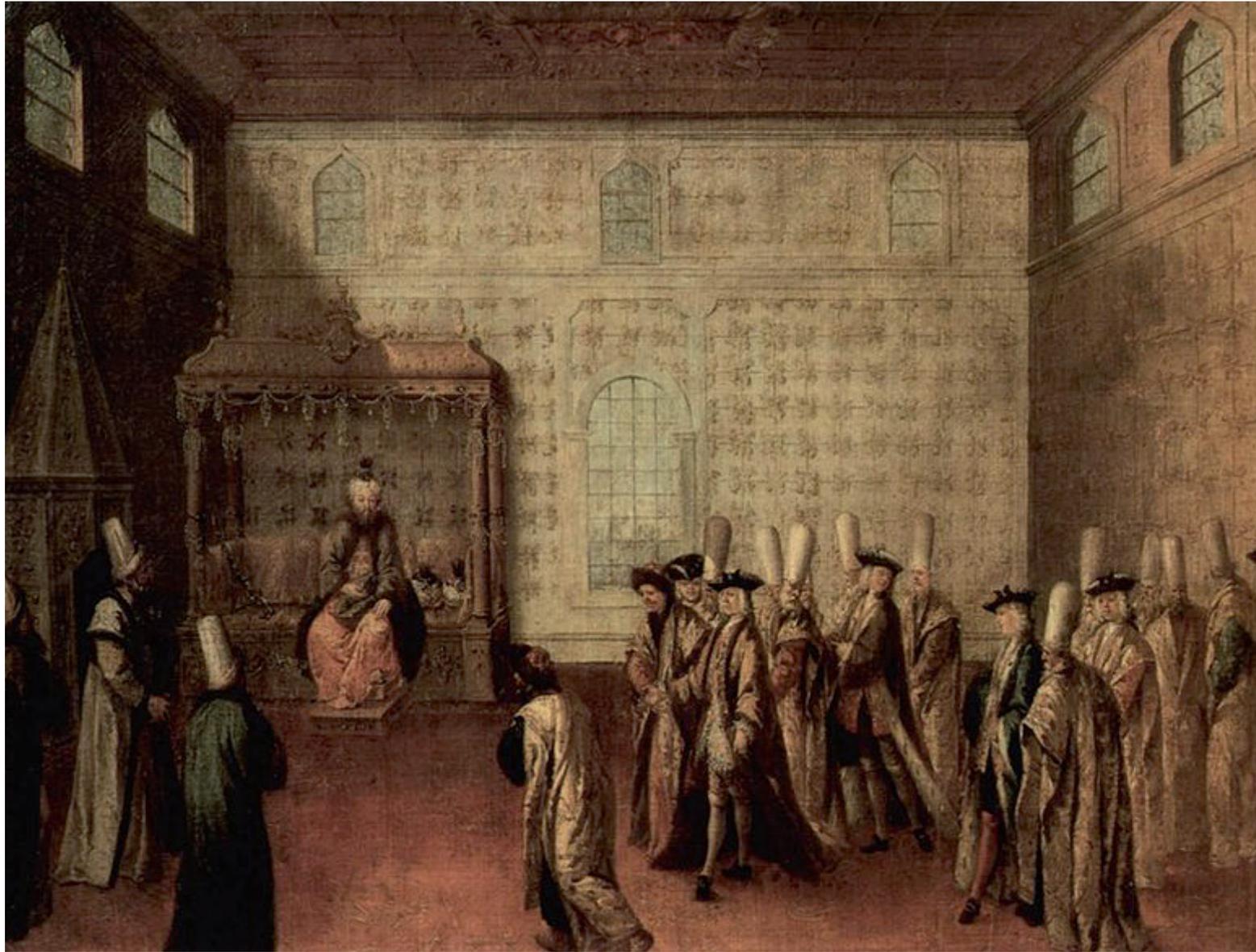




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2017 - Volume 4

www.comparazionedirittocivile.it

**Direttore**

Pasquale Stanzone

Condirettore

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (*Università degli Studi di Salerno*), Gabriella Autorino (*Università degli Studi di Salerno*), Aldo Berlinguer (*Università degli Studi di Cagliari*), Guido Biscontini (*Università degli Studi di Camerino*), Irina J. Bogdanovskaya (*Moscow National Research University*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Virgilio D'Antonio (*Università degli Studi di Salerno*), Rosaria Giampetraglia (*Università Parthenope di Napoli*), Raffaele Lener (*Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*), Mark R. Lee (*University of San Diego*), Gaspare Lisella (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Fiona Macmillan (*Birbeck College – University of London*), Maria Rosaria Marella (*Università degli Studi di Perugia*), Manuel David Masseno – (*Instituto Politécnico de Beja*), Carlo Mazzù (*Università degli Studi di Messina*), Antonello Miranda (*Università degli Studi di Palermo*), Elina Moustaira (*National and Kapodistrian University of Athens*), Francesco Ruscello (*Università degli Studi di Verona*), 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*).

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 (*Aski Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Nicola Brutti (*Università degli Studi di Padova*), Salvatore Casabona (*Università degli Studi di Palermo*), Claudia Cascione (*Università degli Studi di Bari*), Francesco Clementi (*Università degli Studi di Perugia*), Alessandra Cordiano (*Università degli Studi di Verona*), Cristina Costantini (*Università degli Studi di Bergamo*), Valentina Cuocci (*Università degli Studi di Foggia*), Cristina Dalia (*Università degli Studi della Basilicata*), Amalia Chiara Di Landro (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*), Vincenzo Durante (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Facci (*Università degli Studi di Bologna*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric (*University of Zagreb*), Nevena Krivokapić (*University of Belgrad*), Leysser León-Hilario (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Legerén Molina (*Universidad de Coruña*), Francesca Maschio (*Università degli Studi Roma Tre*), Pierluigi Matera (*Università Link Campus, Roma*), Bruno Meoli (*Università degli Studi di Salerno*), Luigi Nonne (*Università degli Studi di Sassari*), Daniela Novello (*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 Mes-*



sina), 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 Hernandez 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

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



4/2017

INDICE

DOTTRINA

The Influence of Fundamental Rights on the Law of Succession
Filippo Viglione

Riflessioni in tema di Network Marketing per un'analisi di Diritto Comparato
Valentina Barela

Financial Conversion of Home Equity by Low Income Elderly Persons. A Supranational Juridical Comparison and a Focus on the Fundamental Financial Architecture
Massimo Biasin, Stefano Guerra, Sirio Zolea

Cleansing effect e Standard di judicial review nella recente giurisprudenza statunitense
Pierluigi Matera, Ferruccio M. Sbarbaro

STUDI E RICERCHE

Beni comuni nel contesto ordinamentale
Eugenio Benevento

Le operazioni di fusione (trasfrontaliere): tra profili internazionalprivatistici, comunitari e nazionali
Andrea Palmisano



Il regime successorio degli uniti civilmente e dei conviventi di fatto
Eduardo Fernandes

NOTE E COMMENTI

L'anatocismo: tra comparazione e prospettive di riforma
Carmine Lazzaro

GIURISPRUDENZA

Contratti bancari – Risarcimento del danno – Valutazione e liquidazione – Criteri equitativi
Cass. civ., sez. I, 27-07-2017, n. 18637

Responsabilità Civile – Spese di Spedalità – Rimborso
Cass. civ., sez. III, 16-10-2017, n. 24289

Procedimento civile – Responsabilità aggravata
Cass. civ., 17-10-2017, n. 24410

Arricchimento senza causa – Azione ed eccezione riconvenzionale
Cass. civ. [ord.], sez. I, 05-12-2017, n. 29114

Politica agricola comune
Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-671/15, 14 novembre 2017

Procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA)
Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-42/17, 5 dicembre 2017

Servizi nel settore dei trasporti
Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-434/15, 20 dicembre 2017



4/2017

DOTTRINA

**THE INFLUENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS ON THE LAW OF
SUCCESSION**

FILIPPO VIGLIONE

SUMMARY: 1. Fundamental rights as a catalyst for the evolution of inheritance law. – 2. The European Court of Human Rights as a guide throughout the evolution of inheritance law: filiation. – 3. Inheritance rights and de facto partnerships. – 4. Fundamental rights and the autonomy of the testator: a slippery equilibrium. – 5. In search of a European Consensus on the limits to testamentary freedom: civil and common law. – 6. Testator's will and fundamental rights: a first conclusion.

1. The debate concerning the enforcement of fundamental rights in private law-based relationships has been going on for a long time in the juridical literature of the Western Countries. The boundaries of this discussion seem, however, to have shifted towards new horizons due to increased importance and protection of these rights within the European dimension. Looking at the theories stemming from the set of rights of the European Convention on Human Rights (hereinafter referred as ECHR), one can note a generalised preference towards the German theory “*unmittelbare drittwirkung*”, which claims that fundamental rights have a double function. On the one hand, they influence the interpretation of civil law; on the other, they allow judges the power to grant the Convention's rights to their respective beneficiaries. This paper will shed light on another interesting aspect: the horizontal application and enforcement of those fundamental rights. The possibility, hence, to enforce them in cases where a violation by another private individual occurs.

Notwithstanding the fact that the topic has been discussed and analysed, by scholars, under wide lenses, there are yet grey areas of private law in which the link between funda-



mental and substantial rights have not been investigated¹. One such area is inheritance law, which, over the last years, has been characterised by homogeneous evolutionary trends in the Western Countries: these common evolutionary patterns seem to be drawn by the increasing importance attributed to fundamental rights.

The aim of this paper is to investigate whether a nexus between the new (evolutionary) patterns of inheritance law and fundamental rights exists in Europe. In doing so, a comparative perspective has to be adopted to make the identification of common roots and causes easier.

It is worth noting, though, that similar comparative studies on inheritance law have not been frequent in the past. Besides, one of the reasons for this can be the belief that succession law, like family law, was mainly a product of domestic law, society and religious beliefs, and that there were not, hence, compelling reasons to adopt a comparative approach. Furthermore, the relatively static nature of succession law, which has characterised most jurisdictions in the 1900s, has shifted scholarly attention towards more dynamic areas of law where a comparative approach would be more fruitful.

More recently, the emerging of a series of factors has made such a comparative approach to succession law necessary.² The introduction of Regulation 2012/650/EU, on jurisdiction, applicable law, recognition of authentic instruments in matters of succession, has also influenced this trend by creating a common regime of private international law in matters of inheritance, without affecting the applicable law of single EU Member States.

The Regulation belies the idea that succession law is a static branch of law, not often subjected to legislative innovations. This theory is nowadays outdated thanks also to changes and mutations to traditional family structures: succession law has been greatly influenced, indeed, by new and more dynamic alternative family structures, such as de facto and other unions. Such enhanced family horizons have claimed the evolution of succession law too, which had to conform itself to new emerging realities, the most relevant of which could be

¹ On the variety of different understandings of fundamental rights and their normative basis, see M.W. HESSELINK, *The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law*, 24 *Eur Rev Private Law* (2016) 425-456.

² The reversal in trend is testified by a series of scientific works on comparative succession law, especially in Europe. See for example, K. REID, M.J. DE WAAL, R. ZIMMERMANN (eds.), *Intestate Succession*, Oxford University Press, 2015; A.L. VERBEKE ed al. (eds.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Professor Walter Pintens*, Intersentia, 2012; M. ANDERSON, E. ARROYO I AMAYUELAS, *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Europa Law Publishing, 2011.



the expansion of the category of heirs and the rights recognised to them by their proximity to the testator.³

The latter circumstances can explain the emergence, in the European Countries, of converging common rules to Inheritance Law. More specifically: the increased importance of a spouse status, the relevance of unmarried or de facto partners, the full equivalence of all the children of the deceased, and the debasement of collateral relatives and ascendants, sometimes excluded, by recent legislative reforms, from the circle of forced heirs.

Different factors - such as social attitudes, new dynamics in family structures and a swift composition of assets - have shaped these trends. The European Court of Human Rights (hereinafter ECtHR) has, with its decisions, shaped and influenced the most significant reforms of inheritance law, at least for what concerns Europe. The main catalyst for them has been the need to avoid forms of discrimination and attribute stronger significance to the right to private and family life, as invoked by the Strasbourg Court in matters of succession, even in the absence of specific rules in the Convention.

At this point, it is interesting to reflect on the increased importance recognised of the (infrequent) decisions of the ECtHR in this field and on the contribution of Supranational Courts in circulating the rules of private international law. Moreover, it can be inferred that the process of revision, within the national judicial systems, of the rules of the law of succession *mortis causa* has been shaped by the following factors: a redefinition of the boundaries of family relationships, and a strong affirmation of the principle of non-discrimination in private law based ones. Both elements find confirmation in various decisions of the ECtHR that will be mentioned below.

New family structures, mentioned above, are challenging the entire devolutionary system, as testified, for instance, by the numerous reform proposals which have been advanced in the field of intestate succession. The rules of inheritance law and the various forms of forced heirship appear nowadays uncertain. In fact, it seems not necessary anymore to impose strict limits to testamentary intention; in this sense, it would also appear useful to reflect on the intersection between this expanded freedom, the strong manifestations of the property rights and the position of the heirs within the family.

Although the legal tradition of the Western Countries lacks uniform patterns of legislative reform, a general tendency towards expanding the testamentary will of the testator can be observed, with the consequence that they can more freely decide to who devolve their assets. This faculty seems, moreover, intensified in the countries where legislative reforms on

³ On the topic of existence of a nexus among the notion of family and the rules of succession law – see M.J. DE WAAL, *The Social and Economic Foundations of the Law of Succession*, in 2 *Stell LR* (1997) 162.



this point have taken place.⁴ Fundamental rights have been identified too, as possible means of interference with a testator's broad freedom of choice.

Fundamental rights - after a 'privatisation process' - have, therefore, emerged as leading factors of influence and have claimed their role of directing legislative reforms and limiting private autonomy; especially in the field of inheritance law. Those new frontiers of inheritance law can help interpreting the various reforms that the system of successions *mortis causa* has gone through in Europe over the last years; and can be used, as well, to anticipate future reforms. The last consideration appears even truer if one accepts the idea that the foundations of the whole inheritance law have switched: from instruments created to pass assets onto the next generations to a mean of safeguarding individual interests of people tied by bonds of solidarity and affection.

The intersection between the rules of succession *mortis causa* law and fundamental rights, yet not very popular in scholarly writings, can be read through the decision of the ECtHR on inheritance law: the following pages will discuss this specific point. The influence of the ECtHR's jurisprudence on national legal systems represents, generally speaking, an important chance to reflect, firstly, on the traditional categories of private law.⁵ Secondly, under the more accurate lenses of inheritance law, the decisions of the Court can help interpreting some of the boldest changes to operational and formal rules.

The first evidence of this can be noted with regards to the identification of the intestate heirs of a deceased person. But, there is little doubt that the core of the succession itself could be affected by a pervasive application of the rules concerning the protection of fundamental rights, taking into account that new type of assets, such as the intangible ones and the digital heritage, came into existence. It is nowadays imperative to balance the rights of

⁴ See M.J. DE WAAL, *Comparative Succession Law*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006, 1071 for a comparison between civil and common law systems, which somehow share common principles and are destined to converge on this same topic, notwithstanding their strong formal differences.

⁵ 'The relation between human rights law and private law is closer than is commonly supposed by lawyers' as it has been observed by H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in LSE Working Papers 7/2012, (2014) 4. The topic has only recently caught the attention of the legal debate; see among the most relevant writings, also from a comparative point of view, D. OLIVER D. OLIVER, J. FEDTKE (eds.), *Human Rights and the Private Sphere: A Comparative Study*, Routledge, 2007; G. BRUGGERMEIER, A. COLUMBI CIACCHI, G. COMANDÈ (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, vol. I, *A Comparative Overview*, Cambridge University Press, 2010; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Fundamental Rights and Private Law*, Sellier, 2011.



the heirs with some fundamental rights of the deceased and recognise them a certain degree of confidentiality, a paramount value to protect after their death.

This paper is organised as follows: part one will verify if and how the rules aimed at identifying the heirs have been influenced by the jurisprudence on fundamental rights (paragraphs 2-3). Part two, instead, investigates the possibility of horizontal application of fundamental rights (paragraphs 4-6). More specifically, if the will of a testator can be, somehow, limited by direct application of those rights, such as the principle of non-discrimination or the respect of private and family life.

2. The connection between the discipline of inheritance law and the rules protecting fundamental rights manifests at its best on the topic of the rights of children born out-of-wedlock, on which the jurisprudence of the European Court of Human Rights has been focusing, and most decisions have been delivered. The same principles have, for sure, played a crucial role in pushing numerous European Countries to modify their internal rules concerning the inheritance rights of children and avoid possible conflicts with articles 8 and 14 of the Convention.

The link between the evolution of inheritance law and the protection attributed to fundamental rights represents one of the clearest examples of civil law's alignment to fundamental rights, also extended to private law; something which would have been impossible to forecast.

The fact that almost all European Countries have modified their legislation on children's inheritance rights, over the last 30 years, always in the direction of removing any difference between children born in or out of wedlock, can be explained by observing the changes in society and traditional concepts of family.

Changes to patrimonial assets, as a consequence of a pluralism of family models,⁶ are at the origins of the latter considerations and form the basis for legislative efforts aimed at modifying the various forms of forced heirship.⁷

⁶ Let us consider, for example, the phenomenon of 'blended families': new family structures originate from the breakdown of former marriages or de facto relationships. Therefore, a review of the entire patrimonial assets and rules to protect the positions of children in or out wedlock shall be envisaged. See. I.L. ELLMAN, S.L. BRAVER, *The Future of Child Support Law*, in J. EEKELAAR (ed.), *Family Law in Britain and America in the New Century. Essays in Honor of Sanford N. Katz*, Brill Nijhoff, 2016, 67-89.

⁷ The most important aspect here is the importance attributed to a relevant state of need or a situation of economic dependence, as the basis for a new legislative reform on inheritance.



The ECtHR, with its repeated decisions, has shaped the evolutionary patterns of domestic legislations and justified those changes by recognising the crucial importance of the fundamental principle of non-discrimination. The principle ignites the entire (revised) system of inheritance law: the identification of the heirs, their respective entitlements, and the means to exercise their rights -and does not apply only to the parent-child relationship.

A comparative approach to succession law can show a convergence of similar legislative remedies, and demonstrate that the jurisprudence of the ECtHR stands as the source of the juridical flow stemming from the private law of the European Countries. Art. 14 of the Convention is usually recalled as the guiding parameter in matters of inheritance law upon which the judges of the Court are called to decide. It requires that the enjoyment of the rights and freedoms outlined in the Convention are secured 'without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or another opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status'.

The principle of non-discrimination is not self-contained. Hence, it is always connected to the violation of other rights: it is well-established that the principle can only be invoked when a discrimination occurred in the enjoyment of other fundamental rights or freedoms set out in the Convention.⁸

Although the mechanism might appear excessively restrictive and cumbersome - as it has been critically addressed by scholars⁹ - in inheritance law it has proved able to defend claimants' rights by appealing to the protection of private family life and, on other occasions, to the protection of property, as identified under Additional Protocol 1.

The first and most popular case, followed by abundant case law, dates back to 1979: the ECtHR decided to uphold the appeal of *Ms Marckx v. Belgium*, and recognise full inheritance rights to her biological daughter, against the maternal family. Following this case, the right to private and family life had to be safeguarded, without differentiating whether a child is born in or out of wedlock. Hence, the case *Marckx v. Belgium*¹⁰ can be identified as the inspiring source for following cases where inheritance rights, family life and the principle of

⁸ The jurisprudence of the ECtHR, since its very first decision dated 23 July 1968 in the case '*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique*' is firm on this point. As it is well-known, the situation seems to change after the introduction of Protocol 12 which bespeaks a more general prohibition of discrimination, not necessarily connected with the violation of other rights and liberties set forth in the Convention.

⁹ For more details on equality and non-discrimination in the ECtHR, see e.g. C. NIKOLAIDIS, *The Right to Equality in European Human Rights Law. The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts*, Routledge, 2015, 50 ff.

¹⁰ *Marckx v. Belgium*, 2 EHRR 330 (1979).



non-discrimination merged. Additionally, it has somehow forced national legislators to comply with the necessity of ensuring full equality to children's rights of succession. Belgium has, albeit following a cumbersome legislative path and greatly influenced by its Constitutional Court's case law, recognised that biological children are part of the family and, therefore, entitled to inheritance rights.¹¹

The Belgian affair is, often, recalled as the first case in which the reasoning of the Strasbourg Court has manifestly shaped the evolutionary patterns of domestic legislation. Similarly, both France and Germany have modified their national law on successions, as a direct consequence of the ECtHR's case law and decisions. More specifically, following the judgment in *Mazurek v. France*,¹² France adopted the Law 2001/1135, which equated the position of biological and legitimate children in matters of inheritance, removing any discriminatory differences.¹³

Notwithstanding the legislative intervention, the transitional arrangements still showed some flaws. Hence, the ECtHR in the recent case *Fabris v. France*,¹⁴ has recognised that excluding a child born from an adulterous relationship from a *donation-partage* in 1970 (to which legitimate children were admitted) constitutes a breach of the principle of non-discrimination, following Additional Protocol 1, Art. 1.

Transitional provisions are also at the heart of the German affair. Although Germany had eliminated the distinction between children born in or out of wedlock in matters of inheritance law since 1997, there were still tangible differences among biological children born before and after 1949. The ECtHR, deciding the case *Brauer v. Germany*,¹⁵ condemned the different treatment of biological children born before and after 1949 for the violation of Articles 8 and 14 of the ECHR. The case sparked the legislative reform of 2011, which removed any reference to the year of birth of a biological child.

The Italian legislative reform on filiation, which recognised biological children as part of the family, had some significant consequences on inheritance rights too: full equality of

¹¹ See L. 31 March 1987 and the Resolution DH 88 (3) 4 March 1988 of the Council of the Ministers.

¹² *Mazurek v. France*, 42 EHRR 9 (2006).

¹³ Law 2001/1135 has broadly reformed inheritance law by editing various parts of the *code civil*. The most relevant of which, together with equalising legitimate and biological children, is the introduction of a new affidavit (art. 730), aimed at solving disputes linked with proving the status of heir. After a few years a new and broader reform (Law 728/2006) has taken place. See M.C. FORGERARD-R. CRONE-B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 juin 2006. Commentaire & Formules*, in *Defrenois*, 2007.

¹⁴ *Fabris v. France*, 57 EHRR 19 (2013).

¹⁵ *Brauer v. Germany*, 51 EHRR 23 (2010).



children. A long and tedious process of recognition which found its spark in the jurisprudence of the ECtHR.¹⁶

3. A new dimension of inheritance law seems to be manifesting throughout Europe as de facto unions have started to acquire greater importance in the identification of heirs. This new trend is still, though, in its infancy, as shown by the domestic legislative initiatives in the field, which are very different one to another.

It is, also, unclear if the extension of inheritance rights to de facto partners finds its roots in the respect for fundamental rights or is, conversely, a reflection of the mutations to traditional family structures happening in the Western Countries.

When it comes to identifying the recipients of portions of an estate, the importance of fundamental rights stands out with the principle of non-discrimination, which has equalised inheritance rights of children but which, unfortunately, cannot be considered as the guiding light, in the same ambit, for de facto partnerships. In fact, the sporadic domestic interventions pointing to the contrary - like the widespread rule which allows a de facto partner to take over the lease agreement after the death of the tenant - do not find their rationale in the principle of non-discrimination. Instead, they are built upon the respect to the right to private and family life, which allows a partner the chance to live in the same place where their de facto union was being enjoyed.

In any case, in a system dominated by the supremacy of married partner's inheritance rights, scholars have shown great support for a makeover of inheritance law, with the aim of attributing increased importance to de facto unions and giving relevance to substantial aspects of family bonds. Marriage is not a mandatory (formal) requirement anymore, and family bonds can be scrutinised under elements like its duration, the contribution offered by each to the *ménage* and or the existence of children.

In the latter sense, one can appreciate a recent Austrian law reforming the law of succession, the legislation of the Scandinavian Countries and the rules of various autonomous Spanish communities. Another, less incisive, legal provision is the recent Italian law on 'civil and de facto unions', by which a de facto partner of a deceased tenant holds the right to keep living in the family home for a variable time, between two and five years depending on various circumstances.

¹⁶ On the Italian reform of filiation see M.G. CUBEDDU WIEDEMANN, *The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Family Law in Italy*, in J. SCHERPE (ed.), *European Family Law, vol. II, The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Elgar Publishing, 2016, 160, 173.



The clash between fundamental and inheritance rights appears stronger in same-sex unions. Inheritance rights are, though, only one of the aspects of a broader group of issues related to same-sex unions and their solution is often the product of political choices which nowadays mark clear distinctions in the legal system of the Western Countries.

If, on the one hand, a de facto partner of opposite sex can be automatically identified as intestate heir only when national legislation recognises de facto unions (this does not apply to France where the legislation on Pacs does not include any mention of inheritance rights), on the other, excluding them tout court from a succession undoubtedly hinders their fundamental rights.

It does not seem like the ECtHR is solving this issue in a significant and convincing way. Leaving out the more general topic of same-sex marriage,¹⁷ it is worth analysing a case dealing with inheritance law-related problem of same-sex couples: *Kozak v. Poland*,¹⁸ decided by the ECtHR on 22 March 2010. The judges of the Court had to deal with an appeal from a Polish citizen lamenting the violation of articles 14 and 8 of the Convention. More specifically, the question regarded whether a de-facto partner of a gay couple had the right to succeed in a lease agreement of their deceased partner, a faculty which national legislation recognised to straight (de facto) couples. The applicant had indeed been refused to take over the lease because of the same-sex nature of his union.

Although the Court admits that the preservation of traditional family structures might potentially justify differential treatment in this case, a violation of Art. 14, as connected with the rights set in art. 8 of the Convention, had occurred. Different treatments cannot be justified on the sexual orientation of individuals of a de-facto couple and constitute a blatant discriminatory act which deserves to be punished. Such a discriminatory treatment, moreover, would neglect the fact that similar forms of cohabitation have shaped new and alternative family structures.

¹⁷ Which is indeed a florid field of discussion among the scholars, following also the ECtHR decision in the case *Schalk and Kopf v. Austria*, 24.06.2010. The Court has included same-gender relationship in the concept of family but at the same time, has made clear that inheritance law-related issues are left to the autonomy of single States. For a more detailed discussion on homosexual unions in scholarly literature, see I. CURRY-SUMNER, *Same-sex relationships in a European Perspective*, in J. Scherpe (ed.), *European Family Law, vol. III, Family Law in a European Perspective*, Elgar Publishing, 2016, 116-45; K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe*, 2nd ed., Intersentia, 2012; J. SCHERPE, *Same-sex Relationships*, in J. BASEDOW, K. HOPT, R. ZIMMERMANN (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, 2012, 1522-25.

¹⁸ *Kozak v. Poland*, 51 EHRR 16 (2010).



Similar reasoning seems to be at the foundation of a recent decision by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the area of social security benefits of a deceased worker to be claimed by their partner.¹⁹ The Court argues that articles 1 and 2 of the Directive 2000/78/EC prevent domestic legislation from excluding same-sex partners, who are in the same legal positions as married ones, from receiving social security benefits, which would have pertained to the deceased. Case identifiable under the German *‘Eingetragene Lebenspartnerschaft’*.

It is easy to understand that single decisions such as the above cannot significantly influence the law of succession and are only a tiny piece of a broader puzzle, which is represented by legislative reforms to fight discrimination. The ECtHR (and the CJEU) admits that differential treatments, which are nevertheless being tackled by legislative reform of individual states, can still be abstractly justified, on political grounds, to protect the traditional idea of family.

This preamble is useful to understand why in countries where same-sex marriage is not legally recognised, there is also resistance to providing full rights to same-gender couples. Inheritance law, hence, is - under the principle of non-discrimination - marginally touched by the intervention of the ECtHR.

The Court somehow resigns from being a driving force in shaping the evolutionary patterns of inheritance law, justifying its lack of intervention under a deficit of consensus, although it would be crucial to act and guide the path. This myopic approach does not take into account, either, the contribution offered, over the last years, by more sensitive courts.²⁰ Courts which were conscious of the fact that some laws, nowadays considered abhorrent (like prohibiting interracial marriages, the inequalities between man and women in family law, or the discriminations based on religious grounds), have dominated the legal systems of the Western Countries for centuries and have been justified under cultural and sociological grounds.

¹⁹ CJUE, 1^o.04.2008, n.267.

²⁰ See the jurisprudence of the Constitutional Court of South Africa, and more specifically the case *Gory v. Kolver NO*, 2007 (4) SA 97 (CC), in which before the introduction of same-sex marriage, the Court recognised to a partner of a same-sex couple the right to be identified as heir as normally a married partner would. Additionally, the case led to declaring the *Intestate Succession Act 1987* constitutionally illegitimate due to discrimination based on sexual orientation grounds. ‘Partners in a permanent same-sex life partnership in which the partners have undertaken reciprocal duties of support’ had the right to be identified among the intestate heirs. See L. PICARRA, *Gory v Kolver*, in 23 *South African Journal on Human Rights* (2007) 563; F. DU TOIT, *The Constitutional Family in the Law of Succession*, in 126 *South African LJ* (2009) 463.



Notwithstanding the lack of guidance of the ECtHR, a comparative look over inheritance law in Europe shows a marked tendency in those countries which have recognised de facto unions: partners hold the same rights of married couples. Eventually, the thirteen countries which introduced same-sex marriage did not even have to point out that same-gender partners held the same succession rights of heterosexual married couples.

4. The scenarios we have so far dealt with belonged to cases where the legislation of the Member States of the Council of Europe showed possible contrasts with fundamental rights of the ECHR. The standard functioning of the Strasbourg Court, in fact, covers cases where the Member States are sanctioned for violations of the rights set forth in the Convention. Hence, since its very first beginning, the case law of the Court has profoundly stimulated their legislation.

A breakthrough in the quality of the protection mechanisms offered by the Court – sometimes invoked but mostly feared and criticised – can arise whereas the protection of fundamental rights operates horizontally, from individual to individual, and not vertically (supranational court, domestic legislation and, eventually, individual values). It goes without saying that, at least in the field of inheritance law, violations of fundamental rights can occur not only by law but also by means of private autonomy.

Direct applicability of the rules guarding fundamental rights, somehow reproductive of the Europeanised doctrine of ‘*Drittwirkung*’,²¹ found one of its most controversial examples in the ECtHR case *Pla and Puncernau v. Andorra*,²² on intestate succession. This legal proceeding, decided on 23 July 2004, and extensively cited in scholarly writings, deserves to be remembered for its attempt, by the judges of Strasbourg, to intervene directly on the interpre-

²¹ I. KANALAN, *Horizontal Effect of Human Rights in the Era of Transnational Constellations: On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations*, in 7 *Eur. Yearbook Int'l Economic Law* (2016) 423-60; A. COLOMBI CIACCHI, *Horizontal Effect of Fundamental Rights, Privacy and Social Justice*, in K.S. ZIEGLER (ed), *Human Rights and Private Law*, Hart Publishing, 2007, 53-64; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*, 3 *Utrecht L. Rev.* (2007) 1-25; P. STANZIONE, *Diritti essenziali della persona, tutela delle minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, II, p. 59; D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personne privées*, Lussemburgo, 1995.

²² *Pla and Puncernau v. Andorra*, 42 EHRR 25 (2006).



tation of an act of private autonomy.²³ The controversial locution contained in the testament of Ms Carolina Pujol Oller, mother of three children, was the bequest of her properties in favour of her only male son, Francesc-Xavier Pla Pujol, with fideicommissary substitution in favour of his nephew if born within an *'legítim y canònic matrimoni'*, allowed in the Principality of Andorra.²⁴ When Francesc-Xavier dies, he leaves his wife Roser Purcenau and their adoptive child Antoni Pla Pucernau as heirs, and the latter legally succeeds to his grandmother's legacy.

The dispute started when two of Carolina's nephews claim Antoni, an adopted child, should not be receiving the entire legacy because in her will only a child born in wedlock would be entitled and, therefore, demanded an equal split of assets. The High Court of Justice of Andorra, backing up the legal grounds of the two nephews and holding that the original intention of the testator aimed at avoiding an intestate succession only in the presence of a legitimate child born in Francesc-Xavier Pla Pujol's wedlock, imposed the split of the patrimonial asset among all the nephews.

Once all the internal remedies were exhausted, the issue came to the attention of the ECtHR, which had to verify whether the decision of the national courts were in breach of articles 8 and 14 of the Convention. As easily discernible, a discriminatory treatment towards the adoptive child was not identifiable under domestic law but manifested under a testamentary will, as interpreted by the courts of Andorra. The Strasbourg judges inquired into the legitimacy of the testamentary will and concluded that a breach of the non-discrimination principle had occurred. In this regard, the ECtHR seems to be propelling for a direct intervention on acts of private autonomy with horizontal efficacy.²⁵

Truly speaking, the decision of *Pla and Pucernau* covers the topic of horizontal efficacy with a very feeble reasoning. It is argued that, to avoid immediate impact on an act of last will, the Court itself could not decide on a discriminatory testament or part thereof, which would be perfectly legal (like if, for example, a grandmother had declared to pass her entire

²³ E. ARROYO I AMAYUELAS, D. BONDÍA GARCÍA, *¿Intepretación del testamento contraria a los derechos humanos? "El caso Pla & Pucernau vs. Andorra"* (STEDH, 13 de julio de 2004), in 18 *Derecho Privado y Constitución* (2004) 7-87, 80.

²⁴ The original wording of the controversial clause is: "El que arribi a ésser hereu haurà forçosament de transmetre l'herència a un fill o net de legítim y canònic matrimoni, al que no obstant podrà posar les condicions que cregui convenients. Y si morsense fills o nets de legítim y canònic matrimoni passarà l'herència als fills o nets dels demés instituit o substituït en la clàusula numero vuit y amb el mateix ordre que en ella s'estableix".

²⁵ For a recent analysis on horizontal direct and indirect efficacy of fundamental rights in private-law based relations see M. FORNASIER, *The Impact of EU Fundamental Rights on Private Relationships*, 23 *Eur. Rev. Private Law* (2015), 29-46.



asset onto her nephews only if they were Catholic). What the Court has the power to do is, as observed by the ECtHR judges, to investigate how national judges have interpreted the testament in a way which is compatible with the rules outlined in the European Convention on Human Rights.

This perspective urges immediate comments. Firstly, and from a substantial standpoint, there is not much of a difference between criticising an act of private autonomy or its interpretative rationale, because the outcome of the testamentary clause would be equally compromised.²⁶ What matters even more, is that the acts of private autonomy shall be interpreted under the guiding principles of the Convention because the introduction of new interpretative parameters (both to *mortis causa* and *inter vivos* acts) can potentially influence all the subsequent cases domestic courts are called to decide. To do so, national judges shall adopt new hermeneutical parameters which appear destined at orienting the interpretative activity more than respecting the will of the parties.

The dissenting opinion of the Polish Judge Lech Garlicki strengthens the idea for which the ECtHR is, with this decision, showing its will to intersect fundamental rights with private-law based relations. For Garlicki, in fact, the real subject matter of the proceeding in *Pla and Purcerneau* was not the interpretative reasoning followed by the judges of Andorra, but the fact that a national judge was empowered to recognise effects to an action which would blatantly violate one of the principles of the Convention. Furthermore, the Court itself censured the interpretation by the Andorran High Court and hastily defined it as ‘*bluntly inconsistent*’ with the real will of the testator. They even evoked the outdated interpretative formula ‘*quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*’, contravening to decades of interpretative teachings.

In the light of the above, on the one hand, it is easy to understand that in cases involving a potential discrimination towards biological children, the law allowing them is scrutinised for legitimacy. In fact, when it comes to analysing a testament, the will of the parties is

²⁶ This seems to be the reasoning at the base of Justice Bratza’s dissenting opinion: “*The fact that, under the Convention, the legislative or judicial organs of the State are precluded from discriminating between individuals (by, for instance, creating distinctions based on biological or adoptive links between children and parents in the enjoyment of inheritance rights) does not mean that private individuals are similarly precluded from discriminating by drawing such distinctions when disposing of their property. It must in principle be open to a testator, in the exercise of his or her right of property, to choose to whom to leave the property and, by the terms of the will, to differentiate between potential heirs, by (inter alia) distinguishing between biological and adoptive children and grandchildren*”.



the real subject matter of the proceeding²⁷; the national legislation allowing a discriminative interpretation of an act of private autonomy is, instead, the apparent subject matter. The Court has declared it cannot remain idle before an interpretation of a *private contract* which violates the fundamental rights of the ECHR. This approach suggests that the evolution of the jurisdiction on fundamental rights could lead to a compression of private autonomy and a paternalistic control over the will of the parties.

Regardless of the fact that a similar event does not seem imminent, considering that the reasoning of the case *Pla* has not been followed yet by any other ECtHR judgment on succession law, one thing stands out: fundamental rights do interfere, generally speaking, with the law of succession *mortis causa*. This interference concerns both the rights of the testator and heirs. From the standpoint of the Convention, the most relevant provisions which could, in this regard, be invoked are Articles 8 (respect for private and family life), 14 (prohibition of discrimination) and Article 1 of Additional Protocol 1 (protection of property).²⁸ The balance between conflicting positions shall take into account the different inheritance rights involved, case by case.

5. The *European consensus* is one of the most utilised interpretative tools by the ECtHR: the Court admits that the ‘margin of appreciation’, recognised to the state parties, compresses every time there is a homogenous approach, shared by several legal systems, towards a similar problem. The Court conducts a comparative study on different legal systems and then identifies, in its decisions, the dominant approach.²⁹

In short, in the absence of a clear rule, whenever the Court notes that several Member States adopt similar legislative solutions in solving a dispute, it will impose them on other states. Whenever there is a lack of uniform solutions, on the other hand, the margin of appreciation (re-)expands and the Court restrains its powers. From this point of view, the dy-

²⁷ Indeed, the basic problem for the construction of wills is always determining the testator’s intention, either with a literal approach or a purposive one. See, in general, R. KERRIDGE, J. RIVERS, *The Construction of Wills*, 116 *LQR* (2000) 287-317.

²⁸ The link between the protection of property and testamentary freedom is confirmed also by the fact that other jurisdictions have included provisions on testamentary freedom in the section of their Constitution aimed at protecting private property. For an example, see the decision of South African Supreme Court *Ex parte BOE Trust Ltd*, 2009 (6) SA 470 (WCC), par. 9, where it is stated that “*the right to property includes the right to give enforceable directions as to its disposal on the death of the owner*”.

²⁹ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, 10 *German Law Journal* (2011) 1730-45.



dynamic circulation of the judicial rules linked with fundamental rights shows a two-sided face: the case law of the ECtHR influences the evolution of domestic legislation but at the same time, appears affected by existing models.

This reasoning, though, is not systematically applied and the case *Pla and Puncernau* can be, clearly, cited as one of the decisions in which the Court has omitted any comparative reference. It seems helpful to identify the reasons why a comparative approach has not been envisaged in regards to the two most important subject matters of the case. Firstly, the applicability of the principle of non-discrimination to acts of private autonomy, especially a testament; and, secondly the interpretation of last will acts which, as stated by the Court, shall be compatible with fundamental rights.

It is important, hence, to look for the existence of a single European approach intended at declaring invalid (or otherwise challengeable) those potentially discriminatory *mortis causa* dispositions. Preliminarily, though, the phenomenon of testamentary discrimination needs to be narrowed down: the testament is, inevitably in its nature, an instrument destined at creating inequalities of treatment, and the emblem of private autonomy as opposed to the principle of equality³⁰.

A discrimination, hence, can only be envisaged when a testator's will expressively violates the dignity of a person under the parameters of their race, sex, skin colour, sexual orientation and religious beliefs. In verifying what the approach followed by domestic legislations is, it is worth noting, firstly, that there is no European law guiding the solution of similar cases in matters of inheritance (as opposed to the one regulating discriminatory contractual clauses). Secondly, that a censure, still marginally envisaged, can only be imposed on provisions limiting certain liberties of the beneficiary.

Moreover, the analysis of the infrequent decisions delivered by national courts show a common approach, shared both by Civil and Common Law countries, aimed at somewhat ignoring a testator's discriminatory intentions - although a lively debate is emerging among the scholars. Possible interferences and collisions between fundamental rights and inheritance rights – under the principle of non-discrimination – develop directly and most commonly in connection with legislative choices. Alternatively, whereas a testament exists, the interferences concern limitations of fundamental freedoms of the beneficiaries (particularly the religious one) and, therefore, happen indirectly.

As for the United Kingdom, homeland of the boldest juridical literature, with the exclusion of charitable trusts, which are scrutinised for legitimacy under the non-discrimination

³⁰ Andorra's Tribunal Superior made a similar statement in *Pla and Puncernau* case: “*tota crida a una successió testamentària és, per definició, discriminatòria en el sentit que genera diferències entre els hereus*”.



principle, the case law has, up to now, favoured full testamentary freedom, even when it could potentially lead to discrimination. The examples, sometimes dating back several years and of anecdotal nature, concern the prohibition to marry a Scottish man³¹ or a housekeeper³² or, even more frequently, people worshipping other religions.³³

Those cases do (only partially) pertain to the sphere of non-discrimination and, to settle down conflicts, have traditionally been identified as limitations imposed on the right to marry. In any case, the English judges, in the cited proceedings, have considered similar provisions to be perfectly legal³⁴ and have, therefore, recognised broad guardianship to a testator's freedom of choice. The wording of the House of Lords confirms the tendency to prioritising testamentary freedom and confining non-discrimination cases to an area of non-interference: '*Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection yet become a matter of public policy*'.³⁵

The adoption of the *Human Rights Act 1998*, which has transposed the principles of the ECHR into the Law of the United Kingdom, suggests the possibility of recognising (soft) horizontal efficacy to the principle of non-discrimination in private law-based relations, as a matter of public policy. Anchoring private law-based relations to the principle of non-discrimination might seem controversial as it could impinge on the fundamental characteristics of private autonomy. However, it would be a logical step to envisage, provided that discriminatory acts of private autonomy might violate public policy and are, therefore, exposed to remedies.

Under the above lenses, then, the importance of the case *Pla and Puncernau V. Andorra* is emphasised by those who think that, from now on, a testament containing a glaring dis-

³¹ *Perrin v Lyon* (1807) 9 East 170 (KB).

³² *Fenner v Turner* (1880) 16 Ch D 188 (Ch).

³³ *Duggan v Kelly* (1848) 10 I Eq R 295; *Hodgson v Halford* (1879) 11 Ch D 959; *Re May (No 2)* [1932] 1 Ch 99 (CA); *Re Morrison's Will Trusts* [1940] 1 Ch 102 (Ch); *Re Selby's Will Trusts* [1965] 3 All ER 386 (Ch); *Re Abrahams' Will Trusts* [1969] 1 Ch 463 (Ch); *Re Tuck's Settlement Trusts* [1978] 1 Ch 49 (CA). See M. HARDING, *Some Argument Against Discriminatory Gifts and Trusts*, in 31 *Oxford J Legal Studies* (2011), 303-326, 304.

³⁴ Most of the cases which have struck down religious conditions have done so on the basis of uncertainty rather than the actual religious condition. Eg *Clayton v Ramsden* [1943] AC 320, 112 LJCh 22, [1943] 1 All ER 16. See R. CROUCHER, P. VINES, *Succession. Families, Property and Death*, 4th edn, LexisNexis Butterworths, Australia, 2013, 530.

³⁵ *Blathwayt v Baron Cawley* [1976] AC 397, 426 (HL), per Lord Wilberforce.



crimatory clause *'should be held to be unenforceable'*³⁶ - because the ECtHR has made the principle of non-discrimination applicable to succession *mortis causa* affairs.

An example, in this regard, may stimulate the discussion: what is, for instance, the destiny of a bequest to the future wife of one's son upon the condition of her being white?³⁷ What would happen to the bequest if, at the death of the testator, their son had married a black woman? Following the above reasoning, the clause would be unenforceable due to its contrast with the fundamental principle of non-discrimination, which applies to every sector, including inheritance law.

The previous argument would overcome the traditional idea for which in Common Law the relevance of the discriminatory character of a *mortis causa* disposition would be limited to charitable trusts, whose public nature have always required compatibility with some principles of democracy, like the prohibition of discrimination. We could think, as an example, to a charitable trust administering a scholarship for university students, provided they are not Jews.

It is worth acknowledging, though, that the direct applicability of the principle of non-discrimination to acts of private autonomy *mortis causa* is still a minority argument. It does not seem, by looking at other Common Law legislations, there is much will to compress private autonomy broadly.³⁸

Similarly, the examples of horizontal efficacy of the principle of non-discrimination, sometimes attributed to Civil Law countries, are not thoroughly persuasive. In the Western Countries, the clauses interfering with the principle of non-discrimination are often, whereas illicit, declared void. If every testamentary provision discriminating the heirs on the grounds of sex, race, sexual orientation or religious beliefs had to be considered illegal, then the whole concept of illegitimacy would, inevitably, need to be revisited too.

³⁶ J. BEATSON ET AL., *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, Sweet & Maxwell, 2008 [4.239].

³⁷ This example is cited by S. GARDNER, *An Introduction to the Law of Trusts*, 2nd ed Clarendon, Oxford, 2003, 48, and later on by M. HARDING (n 31) 320.

³⁸ Conversely, the US case law shows the existence of an interpretative argument aimed at prioritising the will of a testator above all, and which restricts the number of unlawful cases. There are not, consequently, significant precedents in this regards. G.J. SHERMAN, *Posthumous Meddling: An Instrumental Theory of Testamentary Restraints on Conjugal and Religious Choices*, in *U. Illinois L.R.* (1999) 1273. For a review of US cases in which the weirdest conditions impinging on matrimonial and religious freedom have been deemed legal, see R.D. MADOFF, *Immortality and the Law. The Rising Power of the American Dead*, Yale University Press, 2010, 72 ff.



It is moreover strange that all the proposals envisaged by British-American Law suggest attributing a ‘strong’ meaning to discriminatory provisions and require, for relevance, their explicit mention in the act of last will.³⁹

In Civil Law systems the boundaries between the complete irrelevance of discriminatory provisions and (conversely) a sanction of invalidity of the whole testament (or a condition therein) are drawn around the concept of illegitimacy of motives. Great significance is, traditionally, attributed to discriminatory grounds that are identifiable, explicit and conclusive.

6. At first glance, the compression of a testator’s autonomy, as a direct consequence of the principle of non-discrimination, can appear in countertrend with the evolutionary patterns of inheritance law, which show a tendency to expand the margins of private autonomy. If we look at the French model, for example, which has undergone profound reforms over the last 15 years, we can notice that the margins of private autonomy have expanded. As an example, the phenomenon known as ‘contractualisation’ of succession law has manifested under different profiles: an increased possibility to derogate from the prohibition of agreements as to future succession, and the chance to renounce beforehand to a claim of distributive share or intestate succession. This last circumstance has weakened the protection of distributive shares and stimulated pacts between the heirs.

Moreover, extending the guardianship against discrimination to *mortis causa* successions could appear contradictory with the European framework of contract law: the European legislator has, in fact, confined the well-known anti-discriminatory rules to the ambit of contractual law, albeit explicitly excluding testaments. However, the above considerations do not seem sufficient to exclude the relevance of the principle of non-discrimination in succession law. Indeed, the increased ‘contractualisation’ of the law of succession and the firm importance of the principle of non-discrimination within contractual law can offer a different angle of analysis.

³⁹ On the point see M. HARDING (n 31) 323, who reaches a debatable conclusion. The author imagines a situation where a testator, father of two sons and one daughter, believes his sons are better equipped to preserve his assets because ‘women are naturally unreliable’. (This example does not take into account the problems related to the identification of forced heirs, which differ in Common Law countries). In a similar scenario, if the discriminatory intent is manifest, the whole testament should be invalidated.

Obviously, there could be hundreds of other possibilities: a grandfather leaving his assets to heterosexual-only nephews, to the catholic ones only, or to the non-adoptive ones, like in *Pla and Puncernau*.



In fact, envisaging direct efficacy to the principle of non-discrimination in matters of succession law has nothing to do with extending to it the safeguards offered by European Law to contractual matters. Contracts, in fact, involve different conditions of application and remedies, which are unrelated to successions *mortis causa* law. It seems possible, however, to apply the principle of non-discrimination to inheritance law as an interpretative criterion able to foster equality before the death of a testator.

This interpretative criterion could only be applied to legislative interpretation and not to the one investigating a testator's will. On this same point, the ECtHR has envisaged a different approach and suggested, in the cited case *Pla and Puncernau*, that domestic judges should interpret testamentary dispositions in the light of the Convention. This hypothesis appears in contrast with the common framework adopted by national and European legislations and seems likely to be imposing remedial measures on the will of the testator.⁴⁰ Corrective measures feared and avoided in the field of contracts and which appear even more undesirable for testamentary will.

After all, the interpretation of inheritance law has shown, notwithstanding the existing differences within the Council of Europe member states and Civil and Common law (sometimes stereotyped by the scholars), a common direction: it has profoundly rejected the adoption of parameters of objective interpretation originating from legally imposed principles. Furthermore, the existing interpretative experiences show similarities and differences. A common trait is their attempt to search for a testator's will. A difference, instead, can be identified in extending interpretation to documents, able to show the will of the *de cuius*, other than the testament itself. Imposing a method based on interpreting the testamentary dispositions accordingly to the principles of the ECHR, not only can attract substantial critiques but also goes against the orientation of the Court itself concerning a *European consensus*. Following this consideration, I believe this may be the main reason why the judgment *Pla and Puncernau* lacks, in its reasoning, any reference to comparative studies.

Therefore, we can reach a first, albeit limited, conclusion on the intersection between *mortis causa* successions and fundamental rights. In response to a static inheritance law, which seems to, at the European level, retain profound differences on successions, *forced heirship*, and agreements as to succession, one can note a potential bridging force stemming from the judgements of the ECtHR, which moves along the line drawn by prohibition of discrimination, nowadays inspiring principle of the complex system of private law. Hence, a working

J. MEDINA ORTIZ, *Nuevo criterio en la interpretación de las disposiciones testamentarias, introducido por el TEDH*, in *La Notaria*, 10/2004.



hypothesis envisaging a deep analysis of the intersection between fundamental rights and rules of protection, while looking at inheritance rights, does not appear groundless.⁴¹

The way in which this principle will be translated in inheritance law is still unclear, but it seems essential to recognise - in the construction of a regulatory framework of succession law - the existence of new paradigms and relevant interpretative instruments, without excluding possible interferences in the field of testamentary succession.

⁴¹ It is not accidental, then, while reading one of the sharpest essays on private law and fundamental rights to find, from the very first lines, reference to a hypothesis of '*divestment of property rights by a will*' (see H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, 26).



RIFLESSIONI IN TEMA DI NETWORK MARKETING PER UN'ANALISI DI DIRITTO COMPARATO

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. Multilevel marketing e vendita piramidale: nozioni e differenze tra figure lecite e illecite nella normativa italiana. - 2. Elementi presuntivi e nullità contrattuali. - 3. L'elemento discriminante dell'esistenza effettiva del prodotto. Le anticipazioni della giurisprudenza. - 4. Alcune riflessioni sul contratto di "incarico alle vendite". - 5. Volgendo lo sguardo all'esperienza del multilevel marketing statunitense. Primi interventi dei legislatori statali. - 6. *Federal Trade Commission* e prospettive di intervento nell'ordinamento italiano.

1. Negli ultimi anni la tipologia commerciale della vendita diretta, ed in particolare quella definita anche multilevel marketing o network marketing, ha aumentato esponenzialmente la propria rilevanza sul mercato¹, e ciò ha condotto il legislatore, in Italia così come in tutto il mondo, ad occuparsi della fattispecie, non tanto per regolarne gli aspetti più squisitamente contrattuali, quanto per prevenire e sanzionare la possibilità – più volte verificatasi nella pratica – che si configurino ipotesi illecite di vendite piramidali mascherate da marketing multilivello.

Il multilevel marketing è una forma di vendita diretta che consente al cliente finale di

¹ L'Avedisco, Associazione che rappresenta le principali realtà industriali e commerciali, italiane ed estere, che utilizzano la vendita diretta per la distribuzione dei loro prodotti e servizi, ha dimostrato che il settore del multilevel marketing è tra i più solidi a livello nazionale. Nei primi tre mesi del 2017, le 38 aziende associate Avedisco hanno avuto un fatturato complessivo di oltre 177 milioni di euro, registrando un incremento del + 13% rispetto allo stesso periodo del 2016. Il comparto "alimentare-nutrizionale" si dimostra come il settore trainante con quasi 132 milioni di euro (+ 13% di crescita). Poi, il comparto "cosmesi e accessori moda" registra un fatturato di quasi 16 milioni di Euro (+ 12% di crescita). E infine, i settori "casa e beni durevoli" e "tessile", con una crescita rispettivamente di oltre il +15% ed il + 6%. Sorprendente è, invece, la crescita esponenziale del comparto "servizi", che con un incremento di oltre il 51% rispetto al 2016 si rivela il vero settore emergente.

Questi contratti sono anche un'espressione dell'incremento del terziario, detto anche implicito, perché diffuso nell'ambito delle imprese industriali nonché del dato che l'aumento della ricchezza oggi non è più una variabile della produzione industriale. Si v. F. MOMIGLIANO, D. SINISCALCO, *Mutamenti nelle strutture del sistema produttivo e integrazione fra industria e terziario*, in *Mutamenti strutturali del sistema produttivo*, a cura di L. Pasinetti, Bologna, 1986, *passim*. L'Avedisco ha relazionato come il trend positivo delle vendite dirette si sia riflesso anche sul piano occupazionale determinando un incremento superiore al 38%.



diventare a propria volta venditore, trasformandosi da semplice consumatore in “incaricato alle vendite” dei prodotti commercializzati dall’azienda, con l’opportunità di far aderire alla struttura di vendita altri soggetti e guadagnare una provvigione anche sulle vendite che tali soggetti hanno procurato. La capacità di ciascun incaricato di convincere i terzi all’acquisto, sfruttando le proprie relazioni personali e la propria capacità di convincimento (anche per questo si discorre spesso di marketing relazionale) determina in modo esponenziale il successo di questo sistema di vendita. L’esperienza personale diretta che l’incaricato alle vendite ha del prodotto è un elemento tipico perché consente all’incaricato stesso, prima acquirente (per uso personale) e poi venditore, di trasmettere quella fierezza ed entusiasmo nella rappresentazione e nella diffusione della conoscenza del prodotto, molto seducente per il consumatore finale².

Questo sistema peculiare di vendita, espressione della globalizzazione del mercato, intesa quale progressiva caduta delle barriere doganali e dilatazione dei mercati globali, e della transnazionalità del diritto³, trae linfa dalle forte potenzialità delle risorse umane e, in particolare, quando queste si esplicano in attività comunicative e relazionali⁴, soprattutto in riferimento a quei prodotti il cui acquisto non è determinato in modo precipuo da un’analisi economica dell’operazione, ma dalla scelta di abbracciare o sognare uno stile di vita sano, equilibrato, di cui l’interlocutore, incaricato alle vendite, mostra di aver beneficiato. Così, la centralità del rapporto di fiducia e l’empatia sono quasi sempre una condizione indispensabile perché possano avere seguito l’acquisto e la partecipazione al network. Di qui il successo delle aziende che producono prodotti alimentari, integratori, cosmetica, in particolare creme antiossidanti, o società che vendano pacchetti vacanze: tutto ciò che idealmente offre l’opportunità di ambire ad una vita più lunga, più sana e più bella⁵.

²La seduzione è determinata anche dal sogno più ampio che trasmette l’utilizzo delle tipologie della maggior parte dei prodotti, oggetto di queste vendite “relazionali”, spesso legate al benessere: si pensi al comparto alimentare- nutrizionale o a quello della cosmesi.

³Sul concetto di transnazionalità molto eloquenti sono le parole di M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Bari, 2006, p. 65, la quale rileva che «la transnazionalità si presenta nello scenario globale come un rapporto rovesciato tra politica e diritto rispetto a quello che è proprio della sovranazionalità (...) la transnazionalità nasce come nuova possibilità del diritto e rimane in gran parte priva di coperture politiche e più o meno estranea alla sovranità statale, che pure finisce talvolta inevitabilmente per lambire».

⁴L’importanza delle capacità relazionali degli incaricati, anche nell’ambito della stessa rete è evidenziata da E. VALDANI, *Le relazioni personali di fiducia per la costruzione di un modello distributivo di impresa*, in AA.VV., *Network marketing*, Milano, 2003, p. 12.

⁵Invero, il multilevel marketing si sta diffondendo in maniera esponenziale anche nella vendita di prodotti e servizi bancari, assicurativi, nonché in quelli relativi alle telecomunicazioni e persino nell’ambito delle nuove tecnologie; tale tecnica di vendita è stata recentemente utilizzata financo per la distribuzione nel merca-



Tuttavia, l'effervescenza che queste pratiche commerciali tramettono spesso cela attività illecite di soggetti che, lungi dal porre sul mercato un prodotto o un servizio qualsiasi, miravano attraverso dichiarazioni ingannevoli alla mera entrata di quote di accesso nel sistema da parte dei soggetti aderenti, i quali sovente restavano poi nell'impossibilità di avere guadagni e di recuperare le somme impiegate inizialmente.

Lo schema piramidale per cui esistono diversi livelli di venditori a cui corrispondono altrettanti diversi piano di compensi non è illecito di per sé, ma è l'inesistenza di un prodotto commercializzato o la carenza di un sinallagma contrattuale che rende lo schema illecito. Tuttavia, avendo il legislatore utilizzato questa espressione solo per descrivere forme di vendite illecite si è soliti semplicisticamente attribuire illiceità a tutti gli schemi piramidali, proprio perché descritti dal legislatore nella loro sola accezione negativa.

Il legislatore italiano si è occupato delle vendite dirette e delle vendite piramidali illecite, fornendone un'ampia nozione, con la legge 7 agosto 2005 n. 173, fortemente sollecitata soprattutto dalle associazioni di consumatori⁶. Tuttavia, dalla relazione al progetto di legge si evince in modo chiaro che essa sia stata promulgata non soltanto per compensare lo squilibrio socio-economico derivante dalla posizione di forza del professionista di fronte al consumatore, ma anche e soprattutto al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato e la libera concorrenza⁷.

to delle (controverse) criptovalute. Difatti, come si riferiva nella prima nota, il comparto servizi è quello che, ad oggi, rispetto al 2016, ha registrato il maggior incremento (pari a circa il 51%).

⁶Cfr. Legge 17 agosto 2005, n. 173 sulla *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 204, del 2 settembre 2005. Per un primo commento si v. L. TRICOMI, *Nuovi strumenti e tutela dei consumatori contro le forme di vendita piramidale*, in *Guida al dir.*, 2005, f. 37, p. 21; G. BISAZZA, *Vendite diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 398 ss.; C. IRULLI, *Le vendite piramidali nella nuova disciplina delle pratiche commerciali sleali dal business to consumer al business to business*, in *Studium Iuris*, 2008, p. 656; F. PETRICONE, *Legge 17 agosto, 2005, n. 173, Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Giur. italiana*, 2005, suppl. al fasc. 8/9, p. 1.

⁷La relazione al progetto di legge n. 3008 (XIV legislatura), disponibile sul sito web della Camera dei Deputati all'indirizzo http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk3500/relazione/3008.htm, chiarisce infatti che «al fine di tutelare il consumatore occorre fare molta chiarezza ed evitare pericolosi equivoci tra le forme di vendita diretta con il metodo del *multilevel marketing* ed invece vere e proprie forme di truffa a danno del consumatore finale. (...) Infatti, mentre la vendita diretta ha lo scopo di avvicinare il produttore al consumatore finale, le vendite piramidali tendono, al contrario, a moltiplicare i livelli di vendita. Ciò che si compra non è infatti un prodotto od un servizio, ma semplicemente l'accesso alla catena, ovvero la posizione di venditore in sé e per sé. (...) Chiarite le differenze tra vendita diretta e vendita piramidale appare quindi evidente come, al fine di tutelare i consumatori da un lato e il principio della libera e corretta concorrenza



I primi quattro articoli della legge n.173/2005 delineano, senza particolari novità rispetto alla disciplina previgente⁸, la vendita diretta a domicilio (la c.d. vendita porta a porta), che viene definita all'art. 1 come «la forma speciale di vendita al dettaglio e di offerta di beni e servizi, di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, effettuate tramite la raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio del consumatore finale o nei locali nei quali il consumatore si trova, anche temporaneamente, per motivi personali, di lavoro, di studio, di intrattenimento o di svago».

I successivi articoli prevedono prescrizioni sia per i venditori “porta a porta”, al fine di tutelare il consumatore, che viene sollecitato all'acquisto in una situazione particolare come quella del proprio domicilio e spesso senza previo avviso, sia per l'azienda al fine di tutelare gli incaricati alle vendite. Viene espressamente previsto, peraltro, che il compenso dell'incaricato sia calcolato esclusivamente quale provvigione, predeterminata per iscritto, sugli affari andati a buon fine e che abbiano effettivamente avuto regolare esecuzione (art. 4, comma 9). La lettura combinata degli artt. 5 e 6, che definiscono rispettivamente la vendita piramidale ed indicano gli elementi di fatto che concretano una presunzione *ex lege iuris tantum* di una fattispecie illecita, consente di compiere un distinguo tra la vendita piramidale lecita (conosciuta appunto come network marketing o multi-level marketing)⁹ e lo schema piramidale.

L'art. 5 chiarisce immediatamente i termini essenziali dello schema piramidale illecito che consentono di distinguerlo dalla vendita diretta lecita. La struttura si fonda sul mero reclutamento nel sistema di nuovi soggetti, non già sull'effettiva vendita per conto dell'azienda di beni o servizi e quindi sulle capacità dell'incaricato di agevolare affari per conto dell'azienda stessa. Il sistema illecito - come dispone l'art. 5 - è ideato in modo tale che ciò che è oggetto di remunerazione non sia l'attività di promozione dei prodotti dell'azienda e reperimento di nuovi affari per la medesima, bensì l'attività consistente nel portare all'interno della rete la maggior parte di nuovi soggetti possibili. Sono le persone, quindi, e non le vendite, l'oggetto dell'attività dell'incaricato e la controprestazione della remunerazione (allo stesso promessa); il sistema, pertanto, si delinea del tutto estraneo alla logica del mercato ed allo scopo imprenditoriale stabilito nell'art. 2082 c.c. in esso ciò che viene effettivamente com-

dall'altro, sia necessario prevedere gli strumenti normativi che colpiscano in modo specifico e puntuale le organizzazioni che propongono forme di vendita piramidale».

⁸Si tratta, in particolare, del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114, che regolava soprattutto, all'art. 19, alcuni aspetti amministrativi della vendita presso il domicilio del consumatore e l'obbligo per l'incaricato alle vendite di avvalersi di un tesserino di riconoscimento rilasciato dall'azienda.

⁹Spesso si usa l'acronimo MLM (Multi-Level Marketing).



mercatalizzato non è, appunto, un bene o un servizio, bensì esclusivamente una posizione all'interno del sistema stesso.

Lo stesso articolo, al secondo comma, vieta la promozione e l'organizzazione di tutte quelle strutture o piani di sviluppo, tra cui le catene di Sant'Antonio, che permettono un guadagno fondato esclusivamente sul reclutamento di altre persone, "arruolamento" il cui diritto si trasferisce all'infinito da soggetto a soggetto. Si diffonde prevalentemente attraverso un passa parola, alimentato dalla rete di amicizie, familiari e sfruttando la potenzialità delle nuove tecnologie (sms, social network, ecc.) che consentono, praticamente in tempo reale, la diffusione del messaggio in tutto il mondo¹⁰; mentre il trasferimento di denaro avviene prevalentemente attraverso posta elettronica. Anche in questo caso il sistema illecito non è collegato alla circolazione di un prodotto o servizio e, questi ultimi, sono un mero pretesto per la costruzione dello schema piramidale. Alla persona coinvolta non è possibile ricostruire la cronistoria del messaggio, né esiste un ente o organizzazione che controlli la diffusione della catena, o la tracciabilità delle transazioni economiche che la catena genera, né un controllo fiscale o una tutela giuridica della persona che si sia fidata del sistema.

Si tratta di un divieto, peculiare anche per il linguaggio usato dal legislatore, che utilizza una terminologia del tutto atecnica (circostanza questa inusuale per il legislatore italiano), parlando appunto di "catene di Sant'Antonio" e quindi mutuando un concetto dalla pratica commerciale quotidiana¹¹.

La normativa, per certi versi, nel fare espresso riferimento alle "catene di Sant'Antonio" solleva il rischio di essere poco aderente alla realtà¹² e di trovare scarsa applicazione concreta, o meglio di non offrire adeguata tutela, dato che nella maggior parte dei casi il reperimento di aderenti ai sistemi illeciti è comunque associato alla circolazione di un prodotto, sia pur artificiosamente. Ciò perché sono poche le fattispecie riscontrate nella pratica commerciale, nelle quali lo schema illecito non è affatto associato alla circolazione di un vero o presunto prodotto, tra queste sono comprese le *chain letters*, che promettono ingenti guadagni purché si invii una somma di denaro ad altre persone che a loro volta dovranno far

¹⁰Nella prassi, ciascuna rete di incaricati alle vendite comunica tra loro attraverso gruppi di chat (per es. utilizzando la nota applicazione *WhatsApp*), in modo tale che qualsiasi informazione trasmessa dall'azienda venditrice ai propri venditori *top leader*, venga da questi ultimi immediatamente trasferita, tramite chat, agli altri consumatori/potenziati venditori.

¹¹Le catene di Sant'Antonio, come noto, concretano una fattispecie in cui viene a crearsi una sequenza di comunicazioni, formatasi tramite un soggetto che spedisce ad altri una missiva invitando i destinatari ad inoltrarla ad ulteriori soggetti, affinché questi la inoltrino a propria volta ad altri e così via.

¹²Di tale avviso è L. CESTARO, *Multilevel marketing e vendite piramidali nella recente disciplina della L. 173/2005*, in www.altalex.com, 13 febbraio 2006 e M. GATTELLARO, *Le vendite piramidali*, Napoli, 2014, p. 56.



proseguire la catena, e il cosiddetto “8-Ball model”, nel quale, a cominciare dal promotore, ciascun membro dovrà reclutare altri due soggetti, che devono versare una quota di entrata nel Sistema prestabilita. Raggiunta una configurazione in cui alla base della piramide vi siano 8 soggetti (e quindi l'intero schema sia formato da 15 persone), colui che è al vertice viene pagato con le somme versate da coloro che sono alla base, e a quel punto egli esce dallo schema, facendo avanzare di un livello i due soggetti che si trovavano sotto di lui, e formando quindi due nuove strutture che, arrivate a 15 persone, consentiranno al soggetto al vertice di essere pagato, e così via sino alla ovvia consumazione del sistema.

2. Alla luce delle difficoltà di una individuazione precisa dei casi in cui si è di fronte ad una fattispecie di vendita diretta che mascheri uno schema illecito, il legislatore ha indicato gli elementi presuntivi tipici di un sistema illecito¹³.

La legge prevede, in particolare, distinte categorie di elementi presuntivi, che possono essere sintetizzate in tre ricorrenti obblighi a carico del soggetto reclutato: obbligo di acquistare dall'azienda o da terzi una rilevante quantità di prodotto, senza che vi sia diritto di restituzione dell'invenduto; obbligo di corrispondere una ingente somma all'entrata nel sistema, in assenza di una reale controprestazione¹⁴; obbligo di acquistare, all'entrata nel sistema, prodotti o servizi non strettamente necessari o comunque sproporzionati all'attività commerciale svolta.

Si faccia, però, attenzione che anche qualora siano presenti tutti gli elementi presuntivi individuati dal legislatore non significa, automaticamente, che siamo di fronte ad uno schema illecito. Si tratta di presunzioni *iuris tantum*¹⁵, per cui solo un'attenta attività ermeneutica potrà dimostrare, in concreto, se l'esistenza di tali elementi sia indice di uno schema piramidale o di una lecita vendita diretta.

Invero, i maggiori problemi interpretativi si palesano in riferimento alla terza delle predette categorie di elementi presuntivi. Il legislatore, infatti, per tale categoria, espressamente esemplifica le possibili applicazioni pratiche della fattispecie, richiamando i casi in cui venga imposto l'acquisto di materiali didattici o corsi di formazione. La formazione è un elemento

¹³Cfr. art. 6 della legge 173/2005.

¹⁴Cfr. Tribunale di Torino 3 ottobre 2000, che ha accolto la domanda inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 legge 281/1999, volta a impedire la prosecuzione di ogni attività diretta ad ottenere il pagamento delle quote associative e l'iscrizione di nuovi soci verso la promessa di notevoli vantaggi economici, possibili anche quale conseguenza della partecipazione di nuovi adepti.

¹⁵Cfr. A. STRATA, M. PRINCIPE, *Network Marketing. Analisi giuridica di una strategia aziendale*, Roma, 2016, pp. 44-45.



essenziale per chi voglia intraprendere la carriera di incaricato alle vendite, e anche per questo non si deve sottovalutare il rischio (che il legislatore ha colto) che il materiale formativo e didattico possa diventare un pretesto perfetto per innalzare artificialmente e con fini truffaldini i prezzi di prodotti o servizi che in realtà non hanno un valore corrispondente alle somme richieste al consumatore per entrare a far parte del sistema di vendita. Nella pratica, alcuni sistemi di vendita diretta rilevatisi truffaldini richiedono, per l'entrata nel sistema, un importo prestabilito da versarsi a titolo di "formazione", confondendo ad arte la formazione con il prodotto commercializzato. Ciò anche perché il valore della formazione non è agevolmente determinabile e, pertanto, essendo difficilmente contestabile il suo valore intrinseco, si presta a facili strumentalizzazioni. Alcune società di network marketing espressamente nella lettera di incarico alla vendita diretta specificano che l'incaricato è libero di acquistare il "KIT Strumenti" inerente l'attività di distribuzione e ribadiscono questo "messaggio" indicando che l'acquisto è a discrezione del IVD (Incaricato alla Vendite a Domicilio) e che «non è condizione per la stipula e/o la prosecuzione dell'efficacia della lettera d'incarico»¹⁶.

In ogni caso, anche in merito alle altre due categorie di elementi presuntivi, quella relativa al versamento di somme sproporzionate all'entrata nel sistema e quella inerente alla mancata previsione del diritto di restituzione dei beni invenduti da parte dell'incaricato alle vendite, indicate rispettivamente alle lettere b) ed a) dell'art. 5, possono sorgere problemi interpretativi. Nel primo caso, infatti, l'interprete dovrà valutare con la massima attenzione l'esistenza o meno di una effettiva sproporzione del prezzo del bene o servizio commercializzato, soprattutto in relazione a quella tipologia di prodotti il cui valore è per definizione aleatorio, come ad esempio prodotti o servizi finanziari o assicurativi¹⁷. Questa tipologia ricopre l'ipotesi più frequente di vendite piramidali, note anche come schema Ponzi, modello economico di vendita – oggi riconosciuta quale truffa - nelle quali il reclutato - a fondo perduto - acquista la possibilità di coinvolgere nel sistema altri soggetti, previo pagamento di quote di ingresso¹⁸. I primi coinvolti riescono ad avere un ritorno economico recuperato dal

¹⁶Così, punto 5, rubricato Acquisto Kit del contratto di nomina di Incaricato alle Vendite a Domicilio, predisposto dalla società Jeunesse.

¹⁷Per i servizi finanziari o assicurativi l'art. 1 chiarisce che, mentre i primi quattro articoli della legge non sono applicabili, i rimanenti articoli, tra cui quello in esame, si applicano ad essi come a qualsiasi altro tipo di prodotto.

¹⁸Questo schema di truffa prende il nome da Charles Ponzi, un italiano immigrato negli Stati Uniti che applicò questa truffa coinvolgendo più di 40 mila immigrati. Questo schema negli anni è stato riproposto in vesti diverse, spesso i lauti guadagni sono stati promessi attraverso investimenti finanziari, documentati in modo complesso, con la costante che i destinatari fossero non competenti in materia finanziaria. Si ricorda, così, negli anni cinquanta, il caso Giuffrè, da Giambattista Giuffrè, ex impiegato della Banca di Imola, che



fondo cassa dei nuovi adepti, ai quali viene promesso un guadagno previo impegno, assunto e adempiuto, di coinvolgere a loro volta altre persone. Lo schema di Ponzi, in sostanza, richiede continuamente nuove persone disposte a pagare le quote. I guadagni derivano infatti esclusivamente dalle quote pagate dai nuovi “investitori” e non da attività produttive o finanziarie. Il sistema è naturalmente destinato a terminare con perdite per la maggior parte dei partecipanti, perché i soldi che si pensa siano “investiti” non danno alcuna vera rendita né interesse, sono solo incassati dai primi coinvolti nello schema e finalizzati a rispettare le promesse, strumentali all’acquisizione di nuovi investitori e quindi all’aumento del capitale investito. Questo sistema è a ciclo continuo fino a quando la persona giunta ad un guadagno considerevole decide di svanire con tutto il “fondo cassa”, frutto dei versamenti dei numerosi investitori, lasciando questi investitori senza che possano vedere un guadagno o anche solo la restituzione delle somme versate.

Nel secondo caso, invece, ove l’elemento presuntivo è l’obbligo di acquisto di una «rilevante quantità di prodotti» senza possibilità di restituzione o refusione dei prodotti inventati, in principio si pone il problema di quali siano i parametri valutativi per stabilire che si tratti di una “rilevante quantità di prodotti”; tuttavia questo timore è fugato dal precetto per cui in caso di mancata o parzialmente mancata vendita al pubblico la restituzione o refusione deve essere pari almeno al 90 per cento del costo originario, altrimenti la vendita è illecita.

La Legge n. 173/2005 non si limita ad indicare i requisiti che rispondono alle vendite piramidali illecite, ma stabilisce anche la sanzione penale da applicare alle condotte che presentano tali requisiti¹⁹.

Non sempre la sussistenza di una sanzione penale conduce inesorabilmente alla declaratoria di invalidità delle relative clausole contrattuali. Tuttavia, le vendite piramidali con rife-

aveva iniziato ad amministrare i conti delle parrocchie interessandosi di restauri e ristrutturazioni per poi edificare un piano di investimenti che coinvolse sempre più enti ecclesiastici ai quali prometteva lautissimi interessi, che inizialmente venivano anche resi ma attraverso la sottrazione di quanto versato dagli altri investitori.

Su questo stesso schema si fonda la truffa messa in piedi da Bernard Madoff, ex presidente del NASDAQ, che è stato in grado di coinvolgere i maggiori istituti finanziari, per un valore compreso tra i cinquanta e i sessantacinque miliardi di dollari e per questo condannato nel 2009 a centocinquanta anni di carcere. Nonostante la grande risonanza internazionale del caso Madoff che ha messo in ginocchio il mondo finanziario, continuano oggi ad essere smascherate truffe, costruite su questo schema, quando oramai i soldi investiti sono “scomparsi”.

¹⁹Cfr. art. 7 della legge 173/2005 al primo comma prevede che: «salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque promuova o realizza le attività o le strutture di vendita o le operazioni di cui all’art. 5, anche promuovendo iniziative di carattere collettivo o inducendo uno o più soggetti ad aderire, associarsi o affiliarsi alle organizzazioni od operazioni di cui al medesimo articolo, è punito con l’arresto da sei mesi ad un anno o con l’ammenda da 100.000 Euro a 600.000 Euro».



rimento al disposto dell'art. 5 della Legge n. 173/2005 (e dunque della creazione e promozione di schemi piramidali) sono nulle ai sensi del disposto generale di cui all'art. 1418 c.c. La contrarietà a norme imperative e l'illiceità della causa sono palesate sia in considerazione dell'interesse di tutela del soggetto debole del rapporto contrattuale, ovverosia il consumatore, sia, ed invero soprattutto, in quanto la norma è volta alla protezione del corretto funzionamento del mercato e quindi di un principio stabilito dall'art. 41 della Costituzione.

Manifesta è la nullità contrattuale per illiceità della causa dell'accordo lì ove corrisponda allo schema piramidale descritto dal legislatore, così come certa è la nullità per contrarietà non solo a norme imperative, ma anche all'ordine pubblico, quest'ultimo inteso come espressione di principi e valori che garantiscono una determinata organizzazione della società, sia da un punto di vista strettamente personale (libera esplicazione della persona umana ecc.), sia politico-istituzionale, sia – e qui di maggior interesse – da un punto di vista economico e sociale, inerente pertanto alla struttura concorrenziale del mercato, alla protezione dei soggetti deboli contrattualmente ed ai limiti dell'azione economica e dell'autonomia privata. D'altronde la Legge n. 173/2005 è sottesa anche al corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, oltre che alla tutela del contraente debole. Nondimeno, deve riconoscersi che, laddove venga superato positivamente il giudizio di liceità di uno schema di vendita in relazione al divieto di sistemi piramidali, il contraente debole può essere vittima di clausole vessatorie e così avvalersi della tutela garantitagli dalle nullità di protezione nei casi in cui esse siano invocabili in base alla legge e alla tipologia di clausola contrattuale in questione²⁰.

²⁰Si tratta, come noto, di quella tipologia di nullità relativa per cui legittimato ad agire è dunque soltanto il soggetto protetto dalla norma, non già anche l'altro – o gli altri – soggetti parti del contratto, come normalmente avviene per la nullità prevista dall'art. 1418 c.c. Lo stesso D.Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (c.d. Codice del Consumo) ha ripreso questa espressione nell'art. 36, dedicato appunto alle nullità di protezione, prevedendo espressamente, al comma terzo, che «la nullità opera esclusivamente a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». Vi è in dottrina chi ha chiarito che la nullità di protezione derivi in realtà dalla violazione di norme imperative, ma che si è comunque in presenza di una fattispecie dai contorni assolutamente indefiniti, non foriera di un univoco trattamento giuridico, bensì avente una struttura normativa articolata intorno a una costante e ad una molteplicità di variabili. La costante è rappresentata dalla inidoneità dell'atto a produrre gli effetti giuridici voluti, mentre le varianti risiedono nei soggetti legittimati attivamente a richiedere la declaratoria, nella prescrivibilità o meno dell'azione, nella recuperabilità o meno dell'atto stesso. Sarà la modulazione di queste variabili a consentire di raggiungere lo scopo voluto dalla legge, ovverosia la protezione del soggetto debole (il consumatore), rimuovendo lo squilibrio strutturale tra le parti contraenti, cui un criterio normativo attribuisca rilevanza formale. Così, P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova 2003, p. 641. Per uno studio sul tema che supera la diatriba tra eccezionalità e specialità e coglie invece la centralità della legittimazione all'azione, indi dell'interesse ad essa sotteso, si v. I. PRISCO, *La nullità di protezione*, Napoli, 2012, p. 25 ss. e p. 86 ss. che giunge a dimostrare la sola appa-



Le nullità di protezione, estremamente duttili e al tempo stesso invocabili soltanto dalla parte contrattuale legittimata a farle valere, in quanto destinataria della protezione garantitale dalla norma che commina la nullità stessa, sono state pienamente introdotte nel nostro ordinamento a seguito della promulgazione della normativa del Codice del Consumo, con formale ingresso tra i rimedi contrattuali introdotti a tutela del consumatore nel nostro ordinamento. Le clausole che limitano o addirittura escludono la possibilità di restituzione, da parte dell'incaricato, dei prodotti acquistati (molto frequenti), per esempio, devono essere considerate vessatorie ai sensi della normativa di cui al Codice del Consumo. Ne consegue che a fianco alla nullità assoluta, e subordinatamente a quest'ultima, il consumatore finale e colui che acquista per assumere la veste di incaricato alla vendite sono sempre legittimati ad invocare la nullità di protezione, anche quando sia stato superato il giudizio di liceità.

3. Le premesse hanno mostrato senza equivoci che l'esistenza o meno di un effettivo prodotto o servizio oggetto di commercializzazione è l'elemento discriminante che consente di distinguere un sistema lecito di vendita diretta tramite multi-level marketing da uno schema piramidale illecito, sia civilmente che penalmente.

Infatti, nella prima tipologia di sistema di vendita il reclutamento di terzi soggetti assume una rilevanza marginale o comunque semplicemente sussidiaria alla vendita del bene o servizio venduto dall'azienda produttrice, mentre nei sistemi piramidali l'incentivo economico primario per i componenti della struttura si fonda esclusivamente sul reclutamento di nuovi soggetti nel sistema stesso, e la collocazione del prodotto sul mercato passa in secondo piano oppure costituisce semplicemente la proposta²¹ da avanzare al pubblico per nascondere la vera natura dello schema illecito.

Succintamente si può dire che i sistemi illeciti sono fondati sul solo reclutamento di nuovi adepti attraverso la riscossione delle quote di entrata, mentre quelli leciti sono fondati sulla commercializzazione di un prodotto anche attraverso un coinvolgimento continuo di ri-

rente contraddizione tra il potere di agire della sola parte a cui è diretta la clausola e il potere d'intervento *ex officio* del giudice. Ad ogni modo, sebbene si debba prestare ascolto ad dibattito sorto sulla natura della sanzione delle clausole abusive (inefficacia vs nullità) e si debba condividere la scelta del termine "nullità" che rispecchia la razionalità sottesa all'elaborazione nel codice della tutela del consumatore, non può negarsi l'effettiva a-sistematicità della disciplina. In tal senso si v. F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 223 ss; G. DE NOVA, *La disciplina della vendita dei beni di consumo nel "Codice" del consumo*, in *Contratti*, 2006, p. 393; G. De CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Nuove leggi civili e commentate*, 2006, p. 749.

²¹Cfr. R. GIOVANNINI, D. ORECCHIO, *Piramide d'oro. Realtà e miti del multilevel marketing*, Milano, 2002, p. 76.



sorse umane.

Non sempre, però, il discrimine tra sistema lecito e illecito è di agevole comprensione, anche perché il mercato offre una vastissima gamma sempre più ampia di sistemi di vendita diretta, che in realtà celano schemi piramidali. Spetta all'Antitrust, Autorità Garante della concorrenza e del mercato, contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese, verificando, nel concreto, se il sistema analizzato rientra nella vendita diretta lecita o, viceversa, "sconfina" in uno schema piramidale illecito. L'Antitrust ha poteri inibitori e sanzionatori, con multe che arrivano sino a 5.000.000,00 di Euro.

Alcuni casi giurisprudenziali italiani hanno spiegato, con chiarezza, anticipando il legislatore, gli elementi discriminatori di una vendita diretta lecita ed illecita. Si tratta di due casi noti nell'ambito del diritto italiano del consumatore, il c.d. caso Alpha Club e il c.d. caso Tucker.

Il primo caso riguardava un network che si occupava di agevolazioni turistiche, sconti su viaggi e alberghi e promozione di vacanze, che richiedeva il pagamento di una somma molto elevata a titolo di semplice quota di iscrizione al sistema, con l'impegno - ottenuto il più delle volte tramite conventions estremamente suggestive - di portare altri soggetti all'interno del sistema. Le conventions pubblicizzavano in modo estremamente marcato le scontistiche proposte, senza che però fosse mai davvero chiaro quale fosse il prodotto oggetto di presunta commercializzazione, e quali ne fossero le effettive caratteristiche. Il caso Tucker²², invece, riguardava la commercializzazione di un prodotto che avrebbe presuntivamente dovuto garantire enormi risparmi nell'utilizzo di gas all'interno degli appartamenti e

²²Il Tribunale di Torino, con ordinanza del 3 ottobre 2000, ha riconosciuto il carattere piramidale illecito dello schema di vendita Alpha Club, affermando che esso era stato realizzato «per mezzo di contratti con cui, a fronte del versamento di una quota di adesione, si offriva in termini generici la possibilità di usufruire di servizi turistici a prezzi scontati e a condizioni vantaggiose e si prometteva l'attribuzione di provvigioni agli aderenti che avessero reclutato altri soggetti da inserire nella rete di vendita». Tali contratti, ad avviso del Tribunale, erano accordi atipici i quali realizzavano interessi non meritevoli di tutela nell'ordinamento italiano. Tale non meritevolezza risiedeva, ad avviso del Tribunale, nel pregiudizio che la causa di tali accordi arrecava al consumatore, in ragione della spesa gravosa necessaria per entrare nel sistema senza che vi fosse alcuna controprestazione effettiva per questa spesa. Il Giudice rileva la chiara pretestuosità del prodotto commercializzato, utilizzato come "specchietto per le allodole", strumentale a mascherare uno schema meramente basato su quote d'entrata assai alte e sul mero diritto di reclutamento all'infinito di altri soggetti. Appare particolarmente rilevante sottolineare che questa ordinanza veniva emessa in un momento storico in cui ancora non era stata promulgata la legge sulle vendite piramidali del 2005 e il Codice del Consumo era di là da venire.



per i mezzi di autotrazione²³.

In entrambi le vicende si svela la illiceità della “pretestuosità” del prodotto ed in particolare, nel caso Tucker, il Tribunale individua con rigore gli elementi che attribuiscono illiceità alle vendite, definite poi piramidali dalla legge, con la premura di descrivere le situazioni che riescono a celare schemi illeciti dietro forme di vendita apparentemente regolari. In considerazione della prestazione richiesta a chi voglia entrare nel sistema e di ciò che al soggetto in questione viene garantito (o anche soltanto promesso) come controprestazione, si rileva subito la palese inesistenza di un sinallagma contrattuale, con la conseguente non meritevolezza dell’ordinamento giuridico che tutela il bilanciamento degli interessi delle parti all’interno di un contratto sinallagmatico, ove l’una prestazione sia necessariamente funzione e causa dell’altra²⁴. Negli schemi illeciti, di regola, la controprestazione dell’azienda è prevista in modo assolutamente generico e può consistere: o in un prodotto che (qualora sia concretamente esistente) potrebbe non avvicinarsi affatto al valore corrispondente alle somme richieste per l’entrata nel sistema²⁵; oppure in promesse di lauti guadagni futuri, e dunque in

²³Il Tribunale di Rimini, con ordinanza del 7 ottobre 2002, ha indicato tre caratteristiche di questo sistema, che ne evidenziavano il carattere piramidale e quindi illecito: 1) falsa rappresentazione del prodotto commercializzato, descritto come incredibilmente efficace ed invece chiaramente privo di qualsiasi valore; 2) rappresentazione di una struttura in grado di garantire ai partecipanti guadagni ben maggiori rispetto alla spesa iniziale; 3) particolari modalità di rappresentazione del sistema al pubblico, con pubblicità molto aggressiva e conventions durante le quali sistematicamente venivano presentati al pubblico risultati artefatti o comunque mendaci.

²⁴Per questa ragione l’ordinamento prevede i c.d. rimedi sinallagmatici, che consistono in strumenti di tutela della parte contrattuale per reagire a turbamenti dell’equilibrio tra le prestazioni. Cfr. U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *Il contratto in generale, Tomo VIII, La risoluzione*, Torino 2011, p. 5. Si tratta in particolare, della risoluzione del contratto, nelle sue tre possibili articolazioni, della richiesta di adempimento della prestazione, delle eccezioni di cui agli artt. 1460 e 1461 c.c., della riduzione proporzionale della prestazione dovuta, della rescissione e del recesso. Tali rimedi consentono alla parte di rimediare al sopravvenuto squilibrio del sinallagma c.d. funzionale e non genetico, predisposto invece dalle parti in sede di redazione del contratto in funzione dei propri effettivi interessi. Si v. R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, diretto da Pietro Rescigno, 1997, II ed., p. 599 ss.

²⁵A tale proposito, la citata ordinanza del Tribunale di Rimini del 7 ottobre 2002 relativa al c.d. caso Tucker ha avuto modo di sottolineare «il rischio che il prodotto commercializzato possa in realtà assumere un’importanza marginale rispetto all’attività di affiliazione, soprattutto se questo prodotto non rispecchia le caratteristiche promesse e viene proposto come classico specchietto per le allodole. E’ facile, quindi, che alla fine ciascun aderente al network curi maggiormente l’aspetto dell’affiliazione di nuove persone, peraltro caldamente stimolato in tal senso dai vertici aziendali, piuttosto che l’aspetto vero e proprio della commercializzazione del prodotto in quanto è sicuramente più remunerativo. Si tenga presente che a ciascun aderente, dopo essersi costituito una propria rete di collaboratori, basterebbe solo continuare l’opera di gestione degli stes-



una controprestazione sottoposta ad alea (in sé assolutamente lecita), senza che però sia concretamente determinato o determinabile la modalità di raggiungimento degli obiettivi, e soprattutto senza che l'alea in questione sia effettivamente percepibile dal contraente debole.

Qualsiasi contraente, anche il più incauto, non concluderebbe un accordo molto pregiudizievole per i propri interessi in assenza di una promessa di guadagni futuri più che convenienti a fronte dell'investimento iniziale non esiguo. E' evidente che la promessa si presenta tale da assumere ai suoi occhi un valore di credibilità sufficientemente forte da indurlo ad effettuare per primo la propria prestazione (peraltro estremamente onerosa) e poi sperare in un ritorno futuro.

Questo aspetto induce a sottolineare che il vero disvalore dei sistemi piramidali non è insito, in realtà, nel rischio molto elevato connesso al pagamento che viene effettuato da chi ne entra a far parte, bensì è determinato dal fatto che colui che stipula un contratto volto all'ingresso in un sistema piramidale non è consapevole del rischio stesso²⁶. Questi non conclude, con coscienza, un accordo contrattuale pur altamente aleatorio, il che costituirebbe una manifestazione di libertà negoziale tra le parti, bensì viene indotto a concludere un accordo di cui il più delle volte non è in grado di percepire la portata e il significato, anche a causa dei comportamenti ingannevoli e decettivi descritti.

I metodi suggestivi, ove non maliziosi, di pubblicizzazione di questi sistemi, le riunioni dal tenore alle volte addirittura "rituale", così frequenti in simili fattispecie, sono volte appunto all'acquisizione del consenso del contraente debole tramite la convinzione di quest'ultimo delle opportunità di guadagno, spesso mirabolante, che gli vengono promesse.

Non di rado avviene, infatti, che al fine di distogliere l'attenzione del pubblico dall'effettiva inesistenza di un prodotto o servizio al centro del sistema di vendita, l'attività di pubblicizzazione del sistema sia portata avanti tramite un'opera di proselitismo che dal campo commerciale sfocia in quello rituale, se non addirittura in tecniche assai pericolose di *brain washing*²⁷.

si, con conseguente sollecitazione a far entrare, a loro volta, altre persone nel network, per garantirsi un notevole guadagno costituito dalle provvigioni».

²⁶Di tale avviso è anche A. VALLINI, *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidale*, in *Legislazione Penale*, 2006, p. 33 ss.

²⁷Sono numerosi gli esempi di imprese che, dietro l'apparente schermo del multilevel marketing, si sono invece rivelate dedite a condotte truffaldine, facendo estremamente leva sulla promessa di guadagni mirabolanti e promesse di successo, tramite conventions estremamente particolari, fatte di applausi richiesti a comando, jingles volti all'esaltazione dei partecipanti, meccanismi di pesante messa in ridicolo di chiunque esprima dubbi anche minimi sulle possibilità di successo dell'attività proposta, insomma di un proselitismo suggestivo decisamente peculiare quanto pericoloso.



La gravità dei comportamenti ingannevoli è posta in rilievo anche dalla Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo che sancisce il divieto di pratiche commerciali sleali, chiarendo che sono tali quelle contrarie alle norme di diligenza professionale e che siano atte a falsare in modo rilevante il comportamento economico del consumatore. In particolare, l'art. 6 della Direttiva 2005/29/CE definisce, tra le pratiche commerciali sleali, quelle ingannevoli, che consistono in ogni condotta che possa ingannare il consumatore medio in relazione ad alcuni elementi decisivi ai fini delle sue decisioni commerciali²⁸. Questa normativa è stata recepita in Italia con il D.Lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 e introdotta nel Codice del Consumo, come modificato dal D.Lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, che all'art. 23 dispone che tra le pratiche commerciali considerate *ex lege* come ingannevoli (con una presunzione, dunque, questa volta, *iuris et de iure*), vi è anche quella di «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale (art. 23 comma 1 lettera p) nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo dei prodotti». Il dato che il guadagno debba derivare “principalmente” dall'acquisizione di nuovi adempiti al sistema rivela come l'offerta di un prodotto o servizio sia una presenza costante seppur essa funga principalmente da esca²⁹.

In definitiva, al di là dei metodi di convincimento utilizzati, lo sbilanciamento tra prestazione del contraente debole e controprestazione (inesistente o non determinabile) dell'altra parte, rimane il principale elemento discretivo tra fattispecie lecite e illecite, che risiede nell'esistenza ed effettività del bene commercializzato³⁰. L'attività dell'incaricato alle

²⁸Nell'Allegato I della Direttiva, peraltro, sono riportate alcune pratiche commerciali che vengono considerate in ogni caso sleali, e tra queste è annoverata quella di «avviare, gestire, o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale, nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

²⁹Questa duplicazione di normative in materia di divieto di vendite piramidali in Italia, tra Codice del Consumo e la Legge n. 173/2005 è stata criticata da attenta dottrina. In particolare, sulla a-sistematicità rilevata in un giudizio più ampio che coinvolge il coordinamento delle normative inerenti le pratiche commerciali e la concorrenza sleale si v. V. D'ANTONIO, *Le Pratiche commerciali*, in *Trattato di diritto privato, La tutela del consumatore*, a cura di P. Stanzone e A. Musio, Torino, 2009, p. 139. Sulla sovrapposizione del D.L. n. 146 del 2.8.2007 e il D.Lgs. n. 206/2005 in merito alle definizioni delle figure del consumatore e del professionista sia consentito il rinvio a V. BARELA, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *comparazionediritto.it*, p. 9 ss.

³⁰Da ultimo, la stessa Corte di Cassazione è intervenuta sull'argomento con la sentenza n. 37049 del 30 maggio 2012, ribadendo che nelle strutture piramidali illecite «i partecipanti al sistema non svolgono alcuna attività di vendita o di promozione della vendita di beni o servizi, ma ricevono un beneficio economico solo dal



vendite, perché sia lecita, deve dunque essere fondata sul prodotto o servizio da commercializzare, non già sul semplice reclutamento di nuovi adepti al sistema³¹.

La Corte di Giustizia³² ha contribuito all'identificazione dei sistemi piramidali illeciti enucleando - nella sentenza del 3 aprile 2014, resa nel procedimento C-515/12 - tre elementi alla presenza dei quali certamente si è di fronte ad uno schema di vendita illecito e non ricomprendibile nel novero dei sistemi di vendita diretta tramite network marketing: deve esservi una promessa di un beneficio economico per il cliente; tale beneficio economico deve essere legato all'entrata di altri soggetti nel sistema; la maggior parte delle entrate che consente all'azienda produttrice di finanziare i corrispettivi promessi ai clienti non deriva da una reale attività economica.

mero reclutamento di nuovi soggetti. (...) A fronte del pagamento dell'iniziale somma di denaro, il soggetto che si iscrive al sistema non può ottenere alcuna controprestazione, se non in conseguenza del reclutamento di nuovi soggetti da parte del sistema stesso».

³¹E' bene che l'attività ermeneutica si focalizzi sull'accordo contrattuale tra l'azienda produttrice e l'incaricato alle vendite stesso, per comprendere se lo stesso preveda o meno un'attività in capo all'incaricato che ne faccia un vero e proprio "venditore" e non soltanto un mero reclutatore di terzi soggetti (che apportino nuove somme di denaro nel sistema medesimo): pertanto, occorrerà capire se l'attività dell'incaricato sia effettivamente volta alla pubblicizzazione e/o commercializzazione del prodotto oppure alla semplice cooperazione di altri soggetti nel sistema.

³²Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 3 aprile 2014, resa nel procedimento C-515/12. Alla Corte di Giustizia U.E. si era rivolta la Corte Amministrativa Suprema della Lituania, alla quale era stata sottoposta la questione di una società di quel Paese che era stata multata per presunte pratiche commerciali scorrette dalla Autorità nazionale per la tutela dei consumatori, la quale accusava la società in questione di aver organizzato uno schema illecito di vendita piramidale, in virtù della normativa interna derivante dall'applicazione della Direttiva europea sopra esaminata. La sanzione, confermata dal Tribunale amministrativo di primo grado, era stata poi impugnata dinanzi alla Corte Amministrativa Suprema, con la motivazione che nel caso di specie la somma versata dai clienti per l'entrata nel sistema era del tutto irrisoria e quindi non suscettibile di far rientrare lo schema nel novero delle vendite piramidali. La Corte di Giustizia, interessata come detto dalla Corte lituana, ha risposto ai quesiti postile chiarendo che, se da un lato l'esistenza della richiesta di un contributo economico all'entrata è essenziale per riconoscere l'illiceità del sistema, dall'altro lato non esiste un limite posto *ex lege* al *quantum* di tale contributo economico. La linea di discriminazione tra fattispecie lecite e illecite, secondo la Corte, risiede appunto nell'effettività o meno dell'attività economica svolta dall'azienda produttrice (e quindi dall'esistenza e concretezza del bene o servizio commercializzato), che è ravvisabile laddove il finanziamento dei corrispettivi promessi ai membri del sistema sia semplicemente effettuato tramite i contributi dei nuovi membri. In ciò, del resto, consiste il vero disvalore dei sistemi piramidali, a livello giuridico così come a livello concreto: se l'unico finanziamento per i compensi di chi è nella parte alta della piramide sono i contributi versati per l'entrata nel sistema da chi è in basso nella piramide, è evidente che lo schema crollerà su se stesso non appena i contributi non siano più sufficienti per sostenere il pagamento di tutti i compensi.



Ciò che assume particolare interesse è la precisazione della Corte di Giustizia che l'eventuale irrisorietà della somma versata dal cliente per entrare nel sistema (nel caso specifico, opposta dalla controparte) non consente di superare il giudizio di liceità laddove si percepisce in modo tangibile l'inesistenza di un prodotto o servizio³³.

Analogo convincimento, del resto, è desumibile dall'esame dei provvedimenti relativi alle vendite piramidali adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il cui ruolo è sempre più centrale nell'attività di interpretazione della normativa italiana sulle pratiche sleali.

La A.G.C.M., investita dall'art. 27 del Codice del Consumo del compito di controllare le condotte potenzialmente foriere di pratiche commerciali scorrette, e di inibire e sanzionare le condotte stesse³⁴, ha potuto nel tempo adottare un preciso indirizzo interpretativo, anch'esso del tutto analogo a quello della giurisprudenza italiana ed europea, ed anzi addirittura più rigido e meno permissivo di quello dei Tribunali investiti della problematica relativa alla differenza tra schemi piramidali e network marketing lecito. L'attività sanzionatoria dell'Autorità si incentra sul carattere fondamentale consistente nella centralità del prodotto o servizio commercializzato, e nella necessità che i guadagni degli incaricati alle vendite derivino dalla vendita o comunque pubblicizzazione del prodotto, e non dalle quote di ingresso nel sistema di terzi reclutati dagli incaricati stessi³⁵.

4. Colta la centralità del prodotto nel giudizio di liceità e illiceità, desta interesse il rap-

³³Ancora una volta, come si vede, risulta assolutamente centrale il requisito dell'esistenza del prodotto, in ciò risolvendosi il terzo e più importante dei requisiti sopra evidenziati. L'attività economica dell'azienda deve essere effettiva e deve rappresentare il fulcro del sistema di vendita, ed è tramite la stessa che i contributi ai partecipanti al sistema devono essere corrisposti dall'azienda medesima. Se, viceversa, i contributi corrisposti agli incaricati alle vendite sono esclusivamente il frutto del pagamento delle quote di entrata nel sistema dei nuovi partecipanti, si sarà certamente in presenza di una fattispecie illecita, del tutto estranea agli interessi protetti dagli ordinamenti giuridici in relazione all'attività imprenditoriale ed alla libera concorrenza.

³⁴Questo potere rientra nella regolamentazione prevista dal Codice del Consumo a tutela dei consumatori, normativa parallela a quella della Legge n. 173/2005.

³⁵L'Autorità Garante, al proposito, ha avuto modo di osservare che «le condotte oggetto di contestazione consistono nell'aver istituito un sistema di vendita con caratteristiche piramidali, nel quale il professionista guadagna principalmente dall'inserimento e dagli acquisti del prodotto direttamente effettuati da parte degli incaricati e dove lo sforzo promozionale degli incaricati è rivolto al continuo inserimento di nuovi incaricati e alla creazione di una organizzazione prettamente di acquisto (da parte degli stessi incaricati entrati nel sistema) piuttosto che a procurare vendite del prodotto» (provvedimento n. 24784 - PS 7621 - Vemma Italia, assunto nell'adunanza del 5 febbraio 2014).



porto contrattuale tra azienda produttrice o società distributrice e incaricati alle vendite. Il contratto che lega l'incaricato alle vendite alla società produttrice del bene o servizio oggetto di commercializzazione non è un contratto di lavoro dipendente. Il legislatore specifica che l'attività di incaricato alle vendite possa essere svolta tramite un contratto di agenzia o anche tramite un diverso contratto «da soggetti che svolgono l'attività in maniera abituale, ancorché non esclusiva, o in maniera occasionale, purché incaricati da una o più imprese»³⁶.

Dall'esame dei «contratti d'incarico» delle più importanti aziende di network marketing (Herbalife, Amway) si evince che nella maggior parte dei casi il rapporto che si instaura tra l'azienda e l'incaricato alle vendite è un contratto di lavoro autonomo, con il quale l'incaricato si impegna a portare avanti la propria attività in assoluta autonomia finanziaria dall'azienda stessa, senza alcun vincolo di subordinazione e con l'obbligo di apertura della partita IVA in caso di superamento del limite di reddito imponibile annuo di €. 5.000,00³⁷.

Questi contratti mostrano uno sbilanciamento in favore dell'azienda rispetto agli incaricati alle vendite³⁸, giacché se da un lato si sottolinea il carattere di operatori autonomi e non lavoratori dipendenti, dall'altro lato, invece, si indicano stringenti prescrizioni che vincolano la loro attività alle direttive dell'azienda: l'incaricato alle vendite è legato alle indicazioni dell'azienda, indipendentemente dal risultato raggiunto, mentre l'azienda non deve garantire alcun guadagno minimo per l'attività posta in essere, se non quando questa porterà a dei risultati concreti.

Nel contratto Amway, l'incaricato alle vendite riconosce espressamente che ogni spesa che egli si troverà a sostenere sarà integralmente a proprio carico e riferibile soltanto alla propria esclusiva attività e che tutti gli adempimenti di legge, fiscali e contributivi sono esclu-

³⁶Si veda l'art. 3, commi 2 e 3 della legge n. 173/2005. Si tratta di rapporti, in riferimento ai quali gli obblighi contributivi e gli oneri di fine rapporto, il più delle volte sono inquadrati nell'ambito dei contratti di agenzia, peraltro sottoposti alla disciplina degli accordi economici collettivi applicabili al relativo comparto.

³⁷ Il contratto Amway, particolarmente esemplificativo, è disponibile sul sito web www.amway.it, e in merito al rapporto tra azienda e incaricati prevede che *“Lei espressamente riconosce e dichiara di non essere un dipendente né un rappresentante né un agente di commercio di Amway e che il Contratto non dà luogo ad alcun rapporto di lavoro subordinato tra Lei e Amway. Lei, difatti, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della Legge n. 173/2005, agisce in qualità di Incaricato senza alcun vincolo di subordinazione nei confronti di Amway. Nulla di quanto riportato nel Contratto potrà, quindi, essere interpretato al fine di dare origine ad alcun rapporto di lavoro subordinato, franchising, ovvero di agente di commercio, tra Lei e Amway, e Lei rinuncia sin da ora a qualsiasi rivendicazione e/o pretesa in tal senso”*.

³⁸L'incaricato alle vendite si impegna infatti a non utilizzare marchi e segni distintivi dell'azienda senza il consenso espresso di quest'ultima, a non porre in vendita i suoi prodotti in modo ingannevole o comunque non rispondente alla policy dell'azienda stessa, a non mettere a rischio, con le proprie operazioni, la reputazione della società ed a non recare nocimento al suo avviamento commerciale.



sivamente riferibili all'incaricato medesimo³⁹. L'incaricato, inoltre, si impegna a svolgere la propria attività seguendo le indicazioni procedurali della società, sottoponendo al cliente finale uno specifico modulo d'ordine, seguendo la policy aziendale e un codice di condotta nel comportamento nei confronti del cliente stesso; il tutto prevedendo un'espressa manleva in favore della società nel caso in cui l'incaricato ometta di seguire le indicazioni prescritte. Inoltre, a sfavore dell'incaricato, vengono previste precise clausole di non concorrenza nei confronti dell'azienda, e di impossibilità dell'utilizzo in concorrenza, del *know-how* acquisito nell'esercizio della propria attività in favore dell'azienda medesima.

L'azienda, come detto, non garantisce alcun compenso minimo all'incaricato, che avrà diritto alla liquidazione delle provvigioni solo per i prodotti venduti secondo quanto stabilito dal piano dei compensi che diversifica e scaglionava le percentuali di guadagno in relazione al tipo, alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, in aderenza ai parametri valutativi analiticamente spiegati nel piano dei compensi finanziari, così come, predisposto, letto ed approvato⁴⁰.

L'articolato piano dei compensi è in grado di incentivare e gratificare gli incaricati alle vendite distinguendo tra i profitti al dettaglio, bonus per l'acquisizione di nuovi clienti (non sempre possibile, ed in ogni caso contestualmente alla vendita del prodotto), commissioni di squadra, bonus come leader di squadra, sino alla possibilità di ottenere una quota di percentuale delle vendite globali dell'azienda. L'analisi dei compensi, disposti da particolareggiati piani finanziari, rivelano quanto siano gratificanti e meritocratici i guadagni, commisurati all'impegno e alla dedizione di queste persone e determinati attraverso percentuali legate al successo della comunicazione, appunto concretizzatosi in vendite.

Come già anticipato, una riflessione metagiuridica consente di comprendere le peculiarità di questo rapporto di lavoro autonomo, attribuendo rilevanza a talune caratteristiche che accumulano i prodotti che hanno avuto in principio successo con questo sistema di vendite: si tratta di beni e servizi legati al benessere della persona che trasmettono una filosofia di vita che coinvolge emotivamente l'acquirente e crea un'empatia tra l'incaricato alle vendite e il consumatore, che rappresenta la forza trainante dello sviluppo e della globalizzazione del mercato delle vendite dirette. L'esternazione da parte dell'incaricato della sua esperienza per-

³⁹Cfr. www.amway.com

⁴⁰La figura dell'incaricato alle vendite, inquadrata nella lettera di incarico, quale lavoratore autonomo (in linea con quanto previsto dalla Legge n. 173/2005), è però notevolmente sottoposta alle indicazioni e direttive della società, acquisendo dei caratteri propri del lavoratore subordinato. Per un approfondimento di questa complessa tematica si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Milano 1994, p. 99, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Torino 2000, p. 65, L. BATTISTA, *Brevi note sul lavoro subordinato: rilevanza della volontà nella sua qualificazione*, in *Diritto del lavoro*, 1994, vol. II, p. 123.



sonale nell'uso del prodotto e la sua fedeltà allo stesso, sono fattori che invero giustificano una vincolatività dell'incaricato alle rigide regole dell'azienda⁴¹, controbilanciata da una sua grandissima autonomia e responsabilizzazione nella gestione degli orari e modalità lavorative. Del resto, per molte persone questa attività non è più vista come un mero ripiego che consente di "arrotondare lo stipendio" di fronte a questo periodo di crisi, bensì come una vera e propria professione *full time*, che consente una gestione del lavoro all'avanguardia, non vincolata ai classici orari e luoghi di ufficio⁴². Nel concreto, a prescindere dall'inquadramento contrattuale, laddove il rapporto tra l'azienda produttrice e l'incaricato alle vendite sia economicamente proficuo, per entrambe le parti si instaura un rapporto sostanzialmente inscindibile e duraturo nel tempo, in quanto con lo scioglimento del contratto il venditore perderebbe di colpa tutti i benefici economici prodotti tramite la sua rete, e viceversa l'azienda correrebbe il rischio di perdere tutta la clientela acquisita tramite il venditore.

5. La regolamentazione del multilevel marketing e i rimedi alle vendite piramidali, sebbene abbiamo interessato il legislatore, si rivelano ancora lacunosi, soprattutto lì ove la figura contrattuale non presenti manifestamente i requisiti indicati dalla legge. La rapidità dell'evoluzione delle pratiche commerciali e le difficoltà per gli ordinamenti giuridici, come nell'esperienza italiana, di rispondere alle esigenze di tutela sollevate dalle molteplici manifestazioni di globalizzazioni del diritto e del mercato invitano a volgere lo sguardo alle esperienze diverse dalla nostra, che hanno maggiormente affrontato questo tema.

Gli Stati Uniti, patria del multilevel marketing, offrono spunti di riflessione soprattutto per l'approccio adottato, non positivistico ma ispirato pienamente ad un liberismo economico⁴³.

La problematica del divieto di schemi piramidali è tema sensibile negli Stati Uniti sin

⁴¹L'incaricato, ad esempio, non può assumere ordini da dettaglianti, grossisti, o da chi eserciti attività commerciale di rivenditore.

⁴²Di ausilio è l'esperienza riferita di Giovanni Paolino, Presidente di Avedisco, secondo cui "la vendita diretta è un canale d'acquisto sempre più apprezzato dai consumatori che continua ad affermare la sua importanza anche dal punto di vista occupazionale. In una società super tecnologizzata e globalizzata, questo modello di business si distingue per il rapporto interpersonale e di fiducia che viene a crearsi tra incaricati alle vendite e consumatori".

⁴³In ogni caso è bene che si ponga mente alla differenziazione ontologica che caratterizza gli Stati Uniti rispetto agli Stati europei. Per uno studio che coglie la natura trascendente dell'ordinamento americano si v. le dense pagine di P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Lecce, 2013, ed in part. p.139 ove l'A. spiega come negli Stati Uniti lo stato politico sia incarnato «nello stesso regno della giurisdizione come manifestazione della legge».



dagli anni 70 ed in ogni caso bisogna porre mente che le vendite *multilevel* hanno origine negli Stati Uniti ed oggi la WFDSA (Federazione mondiale delle associazioni di vendita diretta) ha indicizzato il mercato delle vendite dirette negli USA quale il primo mercato mondiale⁴⁴.

A livello federale, non esiste una specifica normativa contro gli schemi piramidali; tale circostanza è di per se stessa motivo di stupore, in ragione della *commerce clause*⁴⁵, che riserva al Congresso federale la competenza a disciplinare e controllare il commercio tra gli Stati. Di converso sono stati registrati diversi interventi legislativi statali.

Alcuni Stati, benché pochi, richiamano l'attenzione, in quanto hanno adottato normative particolarmente sofisticate, che non si limitano a definire le caratteristiche dello schema piramidale illecito, bensì forniscono una precisa definizione positiva dell'attività (lecita) di multilevel marketing, come l'attività in base alla quale un'azienda distribuisce i propri prodotti o servizi tramite agenti o distributori indipendenti e le commissioni e i bonus dovuti a questi ultimi, dipendono dalla quantità di prodotto venduto ed anche dai risultati di vendita dei partecipanti a loro volta reclutati nel sistema dagli stessi.

Il Georgia Code, a titolo esemplificativo, dispone che «un'azienda di distribuzione multilivello sta a significare qualsiasi persona, organizzazione, società o qualsiasi altra entità commerciale che vende, distribuisce od offre dietro pagamento beni o servizi attraverso agenti indipendenti, lavoratori autonomi o distributori a differenti livelli ove ciascun partecipante può reclutare altri partecipanti e dove commissioni, bonus, rimborsi, sconti, dividendi o altre controprestazioni nel programma sono pagate o possono essere pagate quale risultato delle vendite di tali beni o servizi o per il reclutamento e i risultati di vendita dei partecipanti aggiunti». Un'interpretazione letterale di tale norma potrebbe sollevare dubbi sulla liceità o meno dei premi garantiti agli incaricati alle vendite per il semplice reclutamento di terzi soggetti nel sistema (che come abbiamo visto in tutte le normative esaminate è il carattere precipuo dei sistemi piramidali illeciti); in realtà, da una lettura sistematica della norma si evince che la legge georgiana ammette la possibilità che i bonus o i guadagni per gli incaricati possano dipendere – come sovente accade in quasi tutte le realtà di network marketing – non sol-

⁴⁴ Le analisi economiche parlano di un fatturato pari al 20% delle vendite mondiali, con un report che indicizza una crescita del 3,9% in termini di prodotto interno lordo. L'enorme scandalo, anche mediatico, scoppiato nel dicembre 2008 a seguito della scoperta dello schema piramidale organizzato dal famoso finanziere (anche Presidente del Nasdaq) Bernie Madoff, in danno di numerosi investitori per un ammanco complessivo di circa 65 miliardi di dollari, pur riprendendo invero lo schema Ponzi, ha maggiormente allertato la *Federal Trade Commission* attraverso l'attività di indagini volte forme di truffe mascherate da vendite multilevel.

⁴⁵ Così testualmente l'art. 1, sezione 8, della Costituzione statunitense, che conferisce al Congresso il potere: «to regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes.».



tanto dai risultati di vendita propri, ma anche da quelli della propria downline, e quindi, in sostanza, dei propri affiliati.

Particolarmente interessante, anche alla luce di queste osservazioni, è la parte della norma che, nel riferirsi agli incaricati alle vendite, li qualifica quali agenti indipendenti, lavoratori autonomi o distributori, così evidenziando il carattere autonomo del lavoro svolto dagli incaricati stessi, che non sono né possono essere dipendenti dell'azienda che opera tramite network marketing.

Queste scelte sono anche espressione dell'influenza sulla disciplina in questione delle istanze di liberalizzazione e di "emancipazione" dal lavoro dipendente da cui prende le mosse la nascita e diffusione poi del multilevel marketing. Ciò nonostante, ed anzi proprio tenendo conto di tale premessa, ancor più immediata è la percezione dell'istanza di tutela dell'incaricato alle vendite, quale contraente debole, nei confronti dell'azienda – sovente multinazionale – operante tramite marketing multilivello.

Nel Maryland, la distinzione del network marketing dagli schemi piramidali è posta sul piano rimediabile e cautelativo, in quanto le aziende che si affidano a tale tipologia di vendita diretta devono consentire a colui che partecipa al sistema di recedere dal contratto per qualsiasi ragione entro tre mesi dalla stipulazione, nonché di restituire almeno il 90% dei prodotti acquistati al momento dell'entrata nel sistema stesso (percentuale analoga a quella disposta dal legislatore italiano). Inoltre la legge del Maryland proibisce all'azienda che opera tramite network marketing di avanzare schemi di guadagno che non siano perfettamente rispondenti all'effettivo piano dei compensi.

A fronte del divieto di schemi illeciti, i poteri - in particolare quelli investigativi - conferiti alle autorità statali per la tutela dei consumatori sono prevalentemente rimessi alle procure competenti (Attorney Generals) e alle azioni civili che possono essere intraprese dai consumatori sia *common law torts* che *statutory causes of action*. La possibilità per i consumatori di ricorrere a class actions e alla tutela offerta dalle associazioni di categoria dei consumatori stessi che in loro vece agiscono per un risarcimento del danno rappresenta un'ulteriore concreta opportunità di tutela.

Molti uffici degli Attorney Generals, peraltro, presentano sui propri siti web *guidelines* per i consumatori contro gli schemi piramidali. Il Procuratore Generale dello Stato del Michigan, ad esempio, sul proprio sito web indica quali siano i fattori di pericolo dai quali i consumatori devono tenersi alla larga al fine di scongiurare truffe, evidenziando l'opportunità di evitare sistemi apparentemente di network marketing che richiamano l'attenzione soprattutto sul reclutamento di terzi soggetti piuttosto che sui risultati di vendita del prodotto, e che dunque cerchino di stimolare il partecipante più alla estensione all'infinito della propria



downline che alla pubblicizzazione del prodotto stesso.

Particolarmente interessante è la parte nella quale il Procuratore Generale invita la generalità dei consumatori a diffidare dai riferimenti a presunte esperienze precedenti di successo, tramite le quali un'azienda può tentare di attrarre partecipanti nel proprio sistema promettendo facili guadagni senza l'impiego di alcuna effettiva attività di pubblicizzazione e vendita di beni o servizi.

Parimenti, il Procuratore Generale dello Stato di New York indica sul proprio sito web le differenze principali tra sistemi leciti di vendita diretta tramite network marketing e schemi piramidali illeciti, spiegando che i primi focalizzano l'attenzione del potenziale incaricato alle vendite sui propri prodotti, i secondi invece promettono facili guadagni attraverso il pagamento, in favore delle persone che raggiungono i livelli più alti del sistema, di somme che derivano da quanto versato dai soggetti che si trovano al livello più basso del sistema stesso. Molto spesso, secondo il Procuratore Generale, nei sistemi piramidali i prodotti proposti sono in realtà invendibili o ne è comunque impedita la restituzione all'azienda da parte del soggetto che sia stato costretto ad acquistarne quantità spesso spropositate, mentre invece le aziende di network marketing normalmente riprendono il prodotto invenduto o comunque applicano uno sconto sul prezzo originario all'incaricato.

6. La carenza di un intervento legislazione nazionale è compensata da una dinamica attività dell'agenzia governativa cui è demandata la protezione federale degli interessi dei consumatori, la *Federal Trade Commission* (FTC), che si occupa di prevenzione da frodi e pratiche commerciali scorrette e di tutela della concorrenza e antitrust⁴⁶.

La Commissione ha ampi poteri investigativi in merito alla violazione della normativa a tutela dei consumatori (e quindi anche relativamente alle pratiche commerciali scorrette tra cui rientra la creazione e promozione di schemi piramidali⁴⁷), ivi compresa la possibilità di pretendere l'esibizione di documenti e chiedere testimonianze verbali e scritte ai soggetti coinvolti. Proprio dall'attività della Commissione è scaturita una definizione a livello federale

⁴⁶La *Section 5* del *FTC Act* prevede che la *Federal Trade Commission* si occupi di far rispettare il divieto di pratiche scorrette o fraudolente o che mettano in pericolo la libera concorrenza sul mercato. Viene espressamente chiarito che una pratica commerciale può dirsi scorretta laddove sia idonea a fuorviare il comportamento razionale di un consumatore che agisca sul mercato in base alle circostanze.

⁴⁷In un recente rivelamento compiuto dalla Commissione le problematiche inerenti a vendite dirette e in particolare al network marketing, di cui si occupa la *Division of Marketing Practices* della Commissione, rappresentano circa il 6% delle denunce che pervengono alla Commissione da parte dei consumatori in relazione a pratiche commerciali presuntivamente scorrette.



di schema piramidale, come quello caratterizzato da «un pagamento in denaro da parte dei partecipanti, i quali ricevono in cambio la possibilità di vendere un prodotto o un servizio e di ottenere guadagni per il reclutamento nel sistema di altri soggetti, guadagni non collegati alle vendite dei prodotti ai clienti finali»⁴⁸. Gli elementi distintivi del sistema piramidale illecito secondo la Commissione, pertanto, possono essere così schematizzati: pagamento di una somma all'entrata in favore dell'azienda; diritto per il partecipante di vendere un prodotto o un servizio dell'azienda stessa; diritto per il partecipante di ricevere guadagni a fronte del reclutamento nel sistema di altri soggetti; inesistenza di un reale collegamento tra tali guadagni e la vendita del prodotto o servizio al cliente finale. Analogamente alla legislazione europea e a quella italiana, in particolare, elemento determinante che individua l'illiceità della fattispecie risiede nel mancato collegamento tra introiti garantiti all'incaricato alle vendite e commercializzazione effettiva del prodotto o servizio. Torna dunque in evidenza la centralità del prodotto o servizio, la cui vendita deve essere fonte primaria (*rectius*, esclusiva) dei guadagni che il sistema garantisce a chi voglia aderirvi.

La Commissione ha l'obbligo di controllare che la tutela del consumatore in base ai predetti elementi distintivi degli schemi piramidali sia effettiva e non meramente teorica, in quanto potrebbero esservi sistemi di vendita diretta nei quali i compensi per gli incaricati siano formalmente collegati alle vendite di prodotto: i cc.dd. *inventory loadings*. Si tratta di quei sistemi nei quali a ciascun nuovo partecipante viene imposto di acquistare rilevanti quantità di prodotto, normalmente a un prezzo decisamente elevato e sproporzionato rispetto al reale valore del bene o servizio e senza diritto di restituzione del prezzo stesso, in modo che anche in questo caso la vera controprestazione per l'incaricato è collegata al reclutamento di nuovi soggetti nel sistema e non già alla effettiva commercializzazione di prodotto che di fatto si risolve in un mero pretesto per la sopravvivenza del sistema stesso. Numerosi sono stati, nell'esperienza della Commissione, i casi nei quali le aziende pretendevano di svolgere attività di network marketing, ma che invece basavano i propri sistemi sull'obbligo, per i partecipanti, di acquisto di elevate quantità di prodotto per uso personale o, nella migliore delle ipotesi, per i propri diretti collaboratori facenti parte della loro *downline* nel sistema⁴⁹.

La Commissione può attivare diversi rimedi contro la promozione di schemi piramida-

⁴⁸*Federal Trade Commission*, procedimento *v. Koscot Interplanetary Inc.*, 1975, n. 1106.

⁴⁹L'attenzione per simili fattispecie truffaldine è stata riposta anche dagli uffici dei procuratori (*Attorney Generals*) e dalle Corti, tanto che nel caso *Webster c. Omnitrition International Inc.*, la *Ninth Circuit Court of Appeal*, con decisione del 4 marzo 1996, ha chiarito che non è sufficiente, per dimostrare la liceità di un sistema di network marketing a livello federale, alla luce dell'interpretazione della Commissione nel caso *Koscot*, che la maggior parte del consumo di prodotto compravenduto sia effettuata direttamente dallo stesso venditore o dai suoi più stretti collaboratori.



li, come ordini di cessazione dell'attività che, laddove vengano disattesi, comportano pesanti sanzioni nei confronti delle aziende colpevoli del mancato rispetto degli stessi. Un rimedio *prima facie* efficace, anche se non esaustivo, di cui dispone la Commissione è la restituzione in favore dei consumatori delle somme ingiustamente percepite dalle aziende autrici degli schemi illeciti oltre alla possibilità di emanare regolamenti in base ai quali definire e precisare il senso di alcune pratiche commerciali scorrette⁵⁰. Questo ampio potere dispositivo consente alla Commissione di traslare in *rules* esigenze e particolarità di casi concreti che la Commissione stessa esamina nel tempo nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio. Un esempio è la *Telemarketing Sales Rule*, regolamento della FTC, secondo cui la promozione tramite telemarketing che eviti di evidenziare apertamente il costo di un determinato bene o servizio oppure di dare indicazioni precise sul diritto di recesso concretizza una condotta ingannevole e quindi illecita⁵¹. Inoltre, non è raro che intervengano nella lotta agli schemi piramidali anche autorità federali, diverse dalla Commissione, come, la *Security Exchange Commission* (SEC., equivalente alla italiana Consob) che è spesso parte attiva nella denuncia alle autorità federali competenti delle aziende che essa ritiene colpevoli di organizzare schemi illeciti piramidali⁵², oltre all'attività preventiva, divulgata, anche nel portale web, ove sono pubblicate le *guidelines* utili al consumatore per difendersi dagli schemi piramidali camuffati da sistemi di vendita diretta attraverso il sistema del network marketing⁵³.

⁵⁰Cfr. S.W. WALLER, J.G. BRADY, R.J. ACOSTA, *Consumer protection in the United States, an overview*, in *European Journal of Consumer Law*, 2011, p. 803 e ss.

⁵¹Cfr. in <https://www.ecfr.gov>, Title 15, 310.

⁵²Ad esempio, nella controversia *Securities and Exchange Commission v. CKB168 Holdings Ltd., et al.*, *Civil Action* No. 13-5584 (E.D.N.Y., filed October 9, 2013), la Commissione ha denunciato l'illiceità di un sistema di vendita che pretendeva di commercializzare corsi online per ragazzi. Secondo la SEC, questo sistema in realtà non prevedeva alcuna vendita di prodotto, ma soltanto la possibilità di reclutare altri partecipanti, guadagnando dalle somme che a questi ultimi venivano richieste all'entrata.

⁵³Alla pagina web https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/investor-alerts-ia_pyramid.htm si legge: «When considering joining an MLM program, beware of these hallmarks of a pyramid scheme: No genuine product or service. MLM programs involve selling a genuine product or service to people who are not in the program. Exercise caution if there is no underlying product or service being sold to others, or if what is being sold is speculative or appears inappropriately priced. Promises of high returns in a short time period. Be leery of pitches for exponential returns and "get rich quick" claims. High returns and fast cash in an MLM program may suggest that commissions are being paid out of money from new recruits rather than revenue generated by product sales. Easy money or passive income. Be wary if you are offered compensation in exchange for little work such as making payments, recruiting others, and placing advertisements. No demonstrated revenue from retail sales. Ask to see documents, such as financial statements audited by a certified public accountant (CPA), showing that the MLM company generates revenue from selling its products or services to people outside the program. Buy-in required. The goal of an MLM program is to sell products. Be careful if you are required to pay a buy-in to participate in the program, even if the buy-in is a nominal one-time or recurring fee (e.g., \$10 or \$10/month). Complex commission structure. Be concerned unless commissions are based on



Il ruolo della *Federal Trade Commission* è astrattamente paragonabile a quello demandato in Italia all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; tuttavia i poteri di cui dispone la FTC sono in modo tangibile maggiori rispetto quelli della A.G.C.M.⁵⁴. La Commissione statunitense, come abbiamo visto, può procedere non solo a sanzionare con una multa e con la sospensione dell'attività (ciò che è anche nei poteri della A.G.C.M. nostrana), ma altresì a condannare l'azienda a risarcire il danno nei confronti dell'incaricato alle vendite che sia rimasto vittima di un sistema illecito. Ma soprattutto, attraverso i regolamenti le è sostanzialmente attribuito un potere disciplinare⁵⁵, assente nella Autorità italiana, limitata invece ad essere un organo inquirente e sanzionante, ma senza effettivo potere di intervento nel settore di cui le è demandato il controllo; tale elemento rappresenta certamente un forte *discrimen* nell'esame dei poteri delle due autorità pubbliche, statunitense ed italiana. La FTC ha anche un potere di compiere attività "non aggiudicative" che rappresentano il complesso *informal enforcement* della legge, volto alla ricerca di una soluzione consensuale prima di intraprendere un procedimento formale⁵⁶. La Commissione è caratterizzata dalla compresenza di più tipi di potere, anche per questo svolge più e articolate funzioni; tuttavia, non mancano perplessità in merito alla violazione della cosiddetta *distributing clause*, principio immanente della Costituzione americana, secondo il quale deve sempre essere attuata una divisione di poteri, attraverso l'attribuzione degli stessi a strutture differenti, seppur collegate e bilanciate dal sistema dei contrappesi.

Ponendo mente che la comparazione giuridica e la globalizzazione del diritto impongono, tra l'altro, anche la necessità di analizzare le esperienze straniere che possono contribuire ad adeguare il proprio sistema alle nuove emergenze, nel rispetto delle radici e degli effetti virtuosi della globalizzazione del diritto, sembrerebbe non peregrino il pensiero di am-

products or services that you or your recruits sell to people outside the program. If you do not understand how you will be compensated, be cautious. Emphasis on recruiting. If a program primarily focuses on recruiting others to join the program for a fee, it is likely a pyramid scheme. Be skeptical if you will receive more compensation for recruiting others than for product sales».

⁵⁴Si v., *ex pluribus* A. ZITO, *Mercato, regolazione del mercato e legislazione antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, 1989, p. 232; AA.VV., *Le autorità indipendenti: norma, procedimento e giudice*, a cura di G. Vesperini e G. Napolitano, Viterbo, 1998, *passim*; S. CASSESE, *Regolazione e Concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo, a cura di G. Tesauro e Me M. D'Alberti, Bologna, 2000, *passim*; M. DE BENEDETTO, *L'autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Bologna, 2000, *passim*; M. TODINO, *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2002, p. 112, AA.VV., *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica, Torino, 2006, *passim*.

⁵⁵La FTC può emanare regolamenti, direttive, fornire raccomandazioni e pareri volti ad integrare e modificare le proposte di regolamentazione; ha un filo diretto con il Congresso.

⁵⁶Sulla nomina dei componenti la FTC, sulle varie divisioni, uffici e bureau si v. G. GIRAUDI e M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bari, 2001, p. 151 ss.



pliare i poteri attribuiti alla nostra Autorità garante⁵⁷. Ciò consentirebbe di riparare in parte alla a-sistematicità della normativa positiva in questo settore nel quale la normativa italiana risente di una disorganicità di fondo, dovuta, ad esempio, alla sovrapposizione di normative sulle vendite sleali (se si pone mente alla Legge n. 173/2005 e al Codice del Consumo). Sarebbe auspicabile una Autorità in grado di adottare indirizzi interpretativi meno rigidi e punitivi, volta a tutelare la posizione delle aziende attive in modo lecito nel settore del network marketing, che al momento in Italia sono spesso sottoposte ad un'attività investigativa quasi "precauzionale" ed a sanzioni non sempre giustificate, senza che ciò aiuti ad identificare chi veramente si renda responsabile di creare e promuovere sistemi truffaldini. Le Autorità garanti appaiono lo strumento più idoneo a rispondere alle esigenze dettate da una globalizzazione del diritto e del mercato, che ha dinamiche temporali che il positivismo giuridico non è in grado di assecondare. Non sono estrinsecazione di un potere democratico e quindi sfornite di un'investitura popolare, tuttavia riflettono i tentativi di adeguamento degli ordinamenti alla globalizzazione della società e per questo sono maggiormente idonee a rispondere alle istanze sociali⁵⁸.

Inoltre, parallelamente alla crisi del positivismo giuridico, di cui le Autorità sono un'alta forma di rappresentazione, e alla necessità di un diritto transnazionale e non sovranazionale, si intravede negli ultimi decenni una rivitalizzazione del contratto atipico, che si rivela uno degli strumenti più celeri di innovazione giuridica, in grado di assecondare e traslare in rapporti giuridici validi e meritevoli di tutela situazioni giuridiche non ancora contemplate dall'ordinamento giuridico⁵⁹. Il fenomeno identificato nel network marketing è una esperienza al riguardo molto esplicativa. D'altronde, la celerità di circolazione di un "modello" contrattuale vincente per il funzionamento del mercato e della libera concorrenza – aspetto che contraddistingue il network marketing –, così come la produzione e la distribuzione su scala

⁵⁷A tale proposito, non sarà fuor di luogo fare riferimento alla possibilità, che viene data all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (A.G.Com.), "gemella" della A.G.C.M., di emettere delibere in materia di telecomunicazioni che chiariscano e precisino le normative vigenti nella materia stessa, e che hanno forza se non di legge (in virtù della delega fornita dalla legge stessa all'Autorità nel conferirle tale potere) quanto meno di regolamento.

⁵⁸In ogni caso l'Autorità è più vicina allo Stato-comunità che allo Stato-apparato e l'indipendenza non deve essere però sinonimo di autoreferenzialità; difatti il controllo del loro operato avviene in primo luogo grazie all'*European Competition network*. Al riguardo si v. A. CATRICALÀ, *Autorità indipendenti e non autoreferenziali*, in AA.VV., *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, a cura di L. Paganetto, Roma, 2007, p. 17.

⁵⁹Sull'elasticità dei criteri di controllo sull'autonomia contrattuale e sulla funzionalizzazione del contratto alla realizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo si v. A. DI AMATO, *Contributo allo studio sul management contract. Il problema della meritevolezza del contratto*, Napoli, 2013, p. 135.



planetaria di prodotti, favoriscono la diffusione di contrattazioni a condizioni uniformi con una tempistica non percorribile per il legislatore. Anche se c'è sempre la spasmodica ricerca di individuare un fenotipo, l'origine dei contratti più innovativi e più aderenti alle logiche e dinamiche del mercato è sempre da ascrivere all'autonomia contrattuale e all'atipicità del contratto⁶⁰. Per altro verso, la maggiore uniformazione del diritto per un mercato globale è oggi prevalentemente garantita non dalle Convenzioni internazionali, né dalle direttive europee (volte proprio all'armonizzazione del diritto nei limiti territoriali dell'Unione), né dai legislatori nazionali, bensì da consulenti giuridici di imprenditori o di associazioni di categorie, spesso americani⁶¹ così confermandosi la tradizione giuridica del common law, fondata su un pensiero politico liberale, la più idonea a traslare quasi immediatamente la norma di patto in regola giuridica.

⁶⁰ Sulla «forza irresistibile» del «tipo contrattuale» si v. R. SACCO, *Introduzione*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale. Questioni commerciali*, in AA.VV., *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, p. XXV. D'obbligo è il richiamo a E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali della Facoltà giuridica, Università di Macerata*, Napoli, 1966, p. 355; G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri, C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 97; P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli- Camerino, 1990, p. 12.

⁶¹ Si rinvia per un'analisi approfondita alle pagine di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 94 ss. D'altronde, come osserva l'A. il leasing, project financing, factoring, outsourcing, franchising e via enumerando, sono origine americana.



FINANCIAL CONVERSION OF HOME EQUITY BY LOW INCOME ELDERLY PERSONS. A SUPRANATIONAL JURIDICAL COMPARISON AND A FOCUS ON THE FUNDAMENTAL FINANCIAL ARCHITECTURE

MASSIMO BIASIN
STEFANO GUERRA
SIRIO ZOLEA

SOMMARIO: 1. Introduction and the Social Problem Setting. – 2. The Core Legal Arrangements of Home Equity Conversion in the Main European Countries. – 2.1. Some European Countries in Detail. – 2.2. A comparative Analysis of the Juridical Success and Failure Factors. – 3. The Financial Design of Home Equity Release Schemes and the Role of Specialized Investment Vehicles. – 3.1. The Financial Design of Sale and Loan Home Equity Release Schemes. – 3.2. Focusing on the Supply Side of Equity Release Schemes: The Role of Specialized Real Estate Investment Funds. – 4. Main findings and Conclusions.

1. Real estate and, specifically, homeownership represent by far the largest single asset class in households' wealth. At European level almost 69% of the household portfolio is allocated in real estate, on average, the residual part (41%) being diversified in financial assets like mutual funds, stocks and bonds, *i.e.* in risky assets (4% of the total assets). Focusing on the real estate investments, the households' main residence ranges to about 51% of the total gross assets, meaning that virtually half of the overall wealth is invested in the primary residence, being the likelihood of owning the main residence positively related with inheritances.¹

The relevance of home ownership is spread over all demographic classes but decreases with age in all major developed countries. In particular, the owner-occupancy rate declines

* Massimo Biasin, University of Macerata, Department of Economics and Law; Stefano Guerra, University of Macerata, Department of Law; Sirio Zolea, University of Macerata, Department of Law; University of Paris II – Panthéon-Assas. The Authors thank Giovanni Capulli (University of Macerata) for assistance provided in data selection and market analysis.

¹ Euro area data; L. ARRONDEL, L. BARTILORO, P. FESSLER, P. LINDNER, T.Y. MATHÄ, C. RAMPAZZI, F. SAVIGNAC, T. SCHMIDT, M. SCHÜRZ, P. VERMEULEN, *How do households allocate their assets? Stylized facts from the Eurosystem. Household Finance and Consumption Survey. Deutsche Bundesbank*, in «Discussion Paper», n. 12, 2014.



considerably after age 60, especially in European (Western) nations,² other things equal, but still representing the major wealth component.

Moreover, real estate investments show large cross-country heterogeneity in terms of participation rate of wealth allocation in the households' main residence, ranging from 44% in Germany to 54% in Spain and nearly 61% in Italy. Moreover, as it might be expected, homeownership and, generally, real estate investments are positively linked to wealth. The participation rate in homeownership reaches almost 95% (94.8%) in the fifth net wealth quintile in every country of the Euro area,³ being limited to 4.8% and 28.7% in the first and second quintile of wealth, respectively.

Low net wealth households clearly neglect additional investments in real estate, being the share of Euro area families belonging to the first and second wealth quintile, holding other real estate than the home of residence, restricted to 2.3% and 8.7%.

Interesting, the cross-country differences reduce significantly when focusing on the demographic characteristics of households of senior and elderly (of age over 50) and controlling for families with low wealth.⁴

In general terms, home equity represents an investment decision that reflects sociological deliberations like housing services and related consumptions needs and the willingness to pass on an inheritance but – as a specific major asset class – also financial considerations. This due to the fact that real estate can be viewed as potential store of value to be used for prospective future conversion should the current disposable income of households be insufficient for covering the consumption needs.⁵ This however considering the intrinsic illiquidity of real estate assets that poses severe transaction issues and costs when deciding its refinancing or reversion in cash through property sales.

In that context, the possibility of converting into cash the intrinsic property value of the primary residence might be of particular interest to elderly people interested in integrating their post-retirement consumption and (medical) spending capability in the case of a low current income deriving from limited (public or private) pension benefits and a reduced

² M. C. CHIURI, T. JAPPELLI, *Do the elderly reduce housing equity? An international comparison*, in «*Journal of Population Economics*», vol. 23, n. 2, April 2010, pp. 643-663.

³ L. ARRONDEL *et alia*, *How do households allocate their assets? Stylized facts from the Eurosystem. Household Finance and Consumption Survey. Deutsche Bundesbank*, cit.

⁴ E. SIEMINSKA, K. DOORLEY, *Decomposing wealth portfolios across countries: an age-old question?*, CEPS/INSTEAD Working Paper, n. 32, 2012.

⁵ A. BENITO, *Who Withdraws Housing Equity and Why?*, in «*Economica*», vol. 76, n. 301, February 2009, pp. 51-70.



availability of (liquid) financial assets, combined with increased life expectancy, *i.e.* elderly that might suffer consumption constraints (also called “low income elderly” hereinafter).

In fact, at European stage (EU, 27 countries),⁶ in 2015, 17.3 individuals of age 65 and over out of 100 were at risk of poverty or social exclusion (however at decreasing trends, consistently with the Europe 2020 headline indicators, in respect to 2010 and 2006 when the rate used to be 20.0% and 24.7%, respectively)⁷. The percentage decreases to 15.4% (2015) if referred to people aged 75 and over (18.1% in 2010 and 22.2.% in 2006), where female gender is associated with a higher poverty risk in respect to males, on average.

Surprisingly, the share of population at risk of poverty or social exclusion increases for home owner with no outstanding mortgage or housing loan (22.1% of the total population in 2015), where the risk of poverty is higher for people living in rural area than in towns and suburbs (EU, 27 and 28 countries).⁸

In that sense, Italy represents no exception: 20.2 elderly people (aged over 65) out of 100 are at risk of poverty or social exclusion, while the percentage reduces to 16.1% for elderly above 75 years.

Given that demographic and portfolio background, the present paper addresses the issue of home equity conversion at supranational stage by comparing the legal and institutional framework across several European countries (Germany, France, Italy, United Kingdom, Spain, Belgium) and highlighting the fundamental financial architecture of home equity conversion.

The basic idea is that given the common scope of enhancing the living conditions and consumption capability of elderly households, it is of remarkable relevance, on the one side, to investigate the key legal framework and national peculiarities in terms of institutions and contracts. This because the home equity conversion products, like reverse mortgages, depict complex financial investment schemes that request detailed regulation also because low income elderly often represent uninformed investors. The comparative analysis serves to identify the factors of success and failure, the structural limits of these products in civil law

⁶ EU-SILC Survey, 2016.

⁷ Based upon the Eurostat Glossary (2016), the at risk of poverty or social exclusion (AROPE) refers to the situation of people either at risk of poverty or severely materially deprived where “at-risk-of-poverty population rate is the share of people with an equivalised disposable income (after social transfer) below the at-risk-of-poverty threshold, which is set at 60% of the national median equivalised disposable income after social transfers. This indicator does not measure wealth or poverty, but low income in comparison to other residents in that country.

⁸ EU-SILC Survey, 2016.



juridical systems and the institutional distinctiveness of the various reversion schemes in place that facilitates the dissemination and acceptance of home equity conversion forms.

On the other side, from a market perspective, one of the main factors that limits the support of home reversion schemes by financial intermediaries and market participants is represented by the need of effectively managing and marketing the underlying real estate properties resulting from the final asset conversion.

In that sense the paper suggests the implementation of investment vehicles devoted to sale and loan equity release. This by executing “social” real estate investment funds (or trusts upon national regulation, REITs hereinafter) specialized in home equity conversion. The participation of selected institutional shareholders like foundations and trusts sensitive to the “social” nature of this type of REITs should also enhance the level of confidence of elderly homeowners in such financial products.

Despite the potential of home equity conversion by elderly in order to enhance their current income and, therefore, consumption, the effective diffusion of such financial products might however (*e.g.* Italy) be limited by social and psychological constraints inducing elderly to bequeath real estates and other tangible assets to their heirs. This regardless of personal sacrifice and consumption limitations,⁹ so that elderly *de facto* act as a kind of inter-generational income buffers. These sociological issues and factors might significantly affect the market dissemination of home conversion.

The study is structured as follows. Section 2 depicts the core legal arrangements of home equity conversion in the main European countries. The comparative analysis (2.2.) serves to identify the factors of success and failure and main institutional peculiarities of the various reversion schemes in place. Section 3 presents (3.1.) the overall financial design of home equity conversion and promotes (3.2.) the development of specialized institutional investors capable of enhancing the dissemination of the financial conversion of home equity. Section 4 summarizes the main findings.

2. Europe knows various forms of financialization of home property by low-current income elderly persons, with consistent differences between countries regulated by a civil law system and those with a common law system. In the legal systems analyzed in the present study, the contractual models aimed at home equity conversion are regulated by several basic legal institutes (usufruct, use, right of occupancy, and life-time annuities – provided by the

⁹ R. DILLING, H. PRAST, M. ROSSI, C. URZI BRANCATI, *The psychology and economics of reverse mortgage attitudes. Evidence from the Netherlands*, Netspar Industry Series, 2015.



civil codes of each country, with the exception of the United Kingdom) with some peculiarities in each system and by other specific rules (provided by civil complementary legislation, other specific laws, or [financial regulatory](#) bodies).

The main types of home equity current in the countries under examination can be subdivided, on the basis of the most used classification, in “Equity Release Schemes” (Loan ERS and Sale ERS).¹⁰

In the USA, in the 1980s, ERS started with reverse mortgages and spread throughout Canada, Australia, New Zealand and the UK, using different definitions and products. «“Equity Release Schemes” is the term primarily used in Anglo-Saxon countries to describe both the process and the products that allow homeowners to secure substantial lump sums or regular income payments by realizing part of the value of their homes, while being able to continue to live in it».¹¹ «They transform fixed assets in owner occupied dwellings into liquid assets for private pensions» and consequently «enable a homeowner to access the wealth accumulated in the form of his or her home, while being able to continue to live in it». In this way, «an illiquid asset becomes a source of liquidity, mainly for consumption purposes».¹²

These schemes are distinguished in two main groups.

Loan ERS (like reverse, also called, lifetime mortgage and other similar products) provide a loan to be repaid by the heirs or through the sale proceeds of the property. Sale ERS (like the sale of the bare ownership and other similar schemes) involve an immediate sale of (usually part of) the property but provide for the right to remain in occupation and to use the cash price for income in retirement.¹³ UK has a significant ERS market; Spain has an existing ERS market with growing outlook; in the Netherlands – that are not specifically ana-

¹⁰ See for example G. M. HOSTY, S. J. GROVES, C. A. MURRAY, M. SHAH, *Pricing and Risk Capital in the Equity Release Market*, in «*British Actuarial Journal*», 14 (1), pp. 41-91, 2008, and U. REIFNER, S. CLERC-RENAUD, E. PEREZ-CARRILLO, A. TIFFE, M. KNOBLOCH, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, Institut für Finanzdienstleistungen, Hamburg, 2009.

¹¹ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., p. 1.

¹² *Ivi*, p. I. For a general description of the equity release products and for a legal and economic landscape of the same products in Europe and in the Anglo-Saxon countries, see A. JOOSTEN, *Equity Release Products. Analysis for the Netherlands*, Netspar Academic Series, 2015, pp. 5-13; for a study concerning the decision problem of the optimal choice between home equity release products from a retired homeowner’s perspective in the presence of longevity, long-term care, house price, and interest rate risk, see K. HANEWALD, T. POST, M. SHERRIS, *Portfolio Choice in Retirement – What is the Optimal Home Equity Release Product?*, Netspar Discussion Papers, 2014; for an analysis of the reasons of the reverse mortgage demand and for a brief history of these products, see S. CASTAGNETTI, *Behavioral Models on Reverse Mortgages. Understanding Reverse Mortgage (Low) Demand*, Netspar – Academic Series, 2015.

¹³ *Ivi*, p. II.



lyzed in this paper –, financial products with similar profile like overdraft facilities and credit lines are preferred to pure ERS schemes. In Germany, Italy, France, and Belgium, ERS are under an intensive debate, but are not yet developed as in the Anglo-Saxon environment (USA, UK, and Australia, overall). Generally, legal conditions for ERS in the six European countries analyzed (UK, Spain, Germany, Italy, France, and Belgium) are rather favorable, except for Belgium where the introduction of equity conversion products is interfered by the prevailing law and fiscal arrangements. Overall, specific ERS legal provisions need to be ruled for some countries and adjusted for others.

In the past, conversion of home property aiming to satisfy the financial needs of elderly people was usually provided by legal institutes such as life rents, dating back to Civil Law Codes or, under Common Law, as provision for the lifetime of a beneficiary.¹⁴ In more recent times, the idea of equity release entered legal systems where loan amortization, personal liability of the borrower and time limits for the duration of the loan agreement remain central for many regulatory schemes.

In the UK, the only country under examination with a common law system, ERSs have already gained large market acceptance. This due to the fact that mortgage and pension legislation has been adapted to the special features, risks and needs of “reverse” financial products. France and Spain favour some equity release schemes within their legal system that, like in other civil law countries, basically contrast loans “eating up” the home value instead of building it up. Spanish legislation, in particular, incentivizes ERS in the form of subsidies and tax benefits in return for certain consumer protection constraints. The other legal orders deal with ERS within their general civil and administrative law systems. In that respect, Belgium is the only country, among the ones considered in this paper, regulating mortgages to impede ERS, in principle.

Equity release schemes are not defined precisely in the European legislation and mortgage law as well as private pension schemes are not regulated at common level. Consequently, they are not applied in the same way and with the same constraints and effects and their market is still fragmented.¹⁵

The ERS legal framework is created on the basis of three main legal areas, namely credit, mortgages and sales, but insurance law is also important. Moreover, special laws impact both models of home equity conversion. Not all countries have a legal definition of loan

¹⁴ *Ivi*, p. V.

¹⁵ The *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets* (2007) by the European commission indicates that existing impediments restrict the grade of cross-border activity, reducing choice and competition in the EU State Members market.



and sale equity release models and current definitions in some countries leave space for further sub-types to be introduced by commercial operators, or even privately, inducing a variety of legal frameworks and methodologies in respect to ERS. The exception is the UK, where the Financial Conduct Authority (FCA)¹⁶ regulation and some special legislations (Social Security, Housing, etc.) provide detailed definition of both loan and sale equity release models. So, the country has modern regulation on ERS of both types (and both are described and placed under authorization and supervision).¹⁷

ERS are traceable in several Civil Law countries that traditionally tend to set their regulation outside the realm of supervision. In France, private sale and lease-back arrangements (*vente en viager*) which fall under sale ERS are governed by contract law and are interpreted as a traditional sale transaction with specific payment modalities. However, where equity release schemes benefit from subsidies like in Spain, sale equity model arrangements also profit from tax advantages if they fulfill specific requirements.

2.1. The selected European legal systems and contractual practices are presented considering the relative relevance of their ERS market. In that sense, the UK ranks first due to the widespread acceptance of home equity conversion, while Spain ranks second considering the growing ERS market. France, Italy and Germany provide home equity release models but their markets are still to be developed. The Netherlands present some ERS products and are recently dealing with ERS.¹⁸ Ultimately, in Belgium legal barriers hinder the dissemination of home equity release schemes and the market is therefore almost inexistent.

The United Kingdom. The UK is characterized by a wide financial market, a high owner occupancy rate and level of homeownership. The market for ERS is favorable and decidedly competitive in terms of product providers also because the population in the age

¹⁶ The FCA is a financial regulatory body in the United Kingdom but operates independently of the UK government, and it is financed by charging fees to members of the financial services industry. The Authority regulates financial firms providing services to consumers and maintains the integrity of the UK financial markets. It focuses on the regulation of conduct by both retail and wholesale financial services firms.

¹⁷ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., pp. 88-90.

¹⁸ Causes for the lack of formal ERS despite the developed use of mortgage based products in the Netherlands could derive from the fact that these products serve a similar purpose to ERS by allowing homeowners to extract liquidity from an earlier age by assigning claims to their property. One field where the Netherlands seem to be in progress is that of the adequate housing for the elderly.



between 55 and 65 is augmenting and savings, pensions, and investments are insufficient to pursue their lifestyle in retirement¹⁹.

The equity release [market](#) in the UK is fully regulated. Both loan and sale ERS fall under the remit of the [Financial Conduct Authority](#). Consumer protection is provided in terms of relevant information to be disclosed in respect to the supply of equity release plan to retail investors. In case of violation the consumer can seek redress through the Financial Ombudsman Service.

Prior to FCA regulation, many lenders signed up to Equity Release Council (ERC) formerly known as Safe Home Income Plans ([SHIP](#)), a voluntary code of conduct that provides a number of guarantees. ERC was formed in 1991 in an attempt to improve the equity release market and its previous poor reputation. The ERC guarantees include a guaranteed right to remain living in the property which is the main purpose of equity release, either for life or until entering long term care. In addition there is a vital “No Negative Equity Guarantee” which basically guarantees that the amount to repay the equity release plan on death or entry into long term care can never exceed the value of the property itself, and so no debt can ever be left behind for beneficiaries of the equity release borrower. In 2012, SHIP re-branded as the Equity Release Council (ERC) and extended its reach to Equity Release advisers as well as product providers.²⁰

The UK home equity release market is basically made up of two types of plans. Loan equity release models are the most offered product but also sale ERS are on the market from a very long time. A considerable move towards the supply of more flexible products is evident, allowing a whole range of possibilities from taking lump sums to a series of smaller sums or access to the equity on an ad-hoc basis. This can be a consequence of competition in the UK ERS market, whereby specific features catering differentiate customer needs.²¹

The most popular plan are lifetime mortgages, where the homeowner retains ownership of the property but the property is charged with the repayment of a mortgage loan; rolled-up interest accrue over the homeowner’s lifetime. To help customers decide, a num-

¹⁹ U. REIFNER, S. CLERC-RENAUD, E. PEREZ-CARRILLO, A. TIFFE, M. KNOBLOCH, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, Institut für Finanzdienstleistungen, Hamburg, 2009, pp. 4-5. In this country, the first home reversion product was sold in 1965. This earlier version of the product was poorly designed and barely sold (A. Joosten, *Equity Release Products. Analysis for the Netherlands*, cit., p. 14).

²⁰ At now, the regulatory regime consists of eleven “high-level” Conduct of Business principles, which apply to all financial transactions within the FCA’s jurisdiction. Detailed rules are present in the Mortgage and Home Finance Conduct of Business Sourcebook (MCOB), available at the FCA website in the Handbook section.

²¹ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 5.



ber of companies provide a free equity release calculator to show a rough estimate of the amount of equity that could be released.

In the UK, the term used for the most common type of ERS is “lifetime mortgage”. More precisely, with lifetime mortgages the consumer can borrow a sum of money up to a maximum loan-to-value ratio set by the provider depending on the age (and the partner’s age, if appropriate). Most products offer amounts based on similar ratios, for a given property value. Some providers are willing to lend higher amounts in return for higher interest rates. Moreover, if the maximum loan size is not taken out from the outset, there may be limitations on such products which restrict the time after that further advances are allowed. Interest rates are generally fixed for the entire duration.²²

In UK, but particularly in England and Wales, three types of lifetime mortgage are widespread, namely roll-up lifetime mortgages, drawdown lifetime mortgages and interest payment loans.²³

With a roll-up mortgage the consumer takes out (principally) a loan against the value of his home. The lender pays a lump-sum to the consumer who has not to make any repayments of interest or capital until he sells his home. Instead, the interest is “rolled-up” and added to the total loan. The full amount of rolled-up interest and the principal are repaid when the borrower sells his home.

In drawdown lifetime mortgages, the borrower gets a smaller initial sum and cash amounts either when needed or on a regular basis. Because he is taking out smaller amounts of money over a period of time, his debt will grow more slowly than taking the whole principal at the start.

With interest payment loans, a loan against the value of the home can be taken out. The consumer receives a lump-sum on which interest payments are charged. He will not have to repay the principal until the sale of the property. The interest rates are normally fixed. The borrower can choose the amount of interest to pay and, if he decides to stop interest payments, the loan will be converted to a roll-up lifetime mortgage. This protection is of particular relevance for couples because if one partner dies and the surviving partner has a reduced income, she or he may not be able to afford the interest payments.

²² *Ivi*, p. 6.

²³ For the analysis of the products described in this paragraph (Loan Model ERS, Sale Model ERS, and other schemes), it has been consulted the following factsheet: *Equity Release*, Factsheet n. 65, Age UK, February 2016. See, with this regard, also the large description of I. HENDRIKS, *Living Longer in Your Own House. Could a Reverse Mortgage Be the Solution?*, Netspar Theses, 2013, pp. 23-28 and *passim*.



Sale equity release schemes are better known in UK as “Home Reversions”. A homeowner sells his property or a part of it to a private reversion company. In return, the seller receives a cash lump-sum or a lesser lump-sum with subsequent payments, normally for a maximum duration. Besides, the seller might be granted a lease which gives him the right to remain in his house rent-free or for a nominal reduced monthly rent for the rest of life. On the other hand, the investor buys a part of the rights of the seller on the real estate.²⁴ When the seller passes away or moves into residential care, the reversion company gains full ownership of the property. Depending on the contractual terms, which clearly influence the lump-sum amount or monthly income, when the home is sold the heirs may participate in the potential market value increase of the property at maturity in respect to its value at start.²⁵

Other schemes, not equity release models *stricto sensu*, consist of two types: Sale and Rent Back (SRB) schemes and Home for Life (or Lifetime lease plans).

SRB schemes are usually offered to homeowners who are in financial troubles and facing repossession action. With this type of arrangement, a firm buys the house of consumer, usually in the range of 70% up to 80% of its market value, and then leases the property back to him at a market rent. The seller can use the cash to settle his existing mortgage and any arrears that he has while remaining in his home. Some companies may offer an option of buying back the house later at market value. In most cases, these schemes do not guarantee occupancy for life. There are two main differences between SRB and equity release schemes: the security of tenure (equity release will usually provide the consumer with the right to live in his home for life); the fact that with equity release schemes, the homeowner usually doesn't pay any rent or rent payment are limited to a nominal amount. The FCA regulates

²⁴ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 6.

²⁵ There are usually some conditions that consumers taking out equity release plans have to meet. These will differ between schemes but could include: a minimum age, usually 55, but also over 60 or 65; a maximum amount the consumer can borrow or sell, typically 18-50% of the property's value; the customer must own his home and it must be of a certain value; he will be required to pay off any outstanding mortgage in full either from the equity that he releases or from other funds; he will have to borrow a minimum amount of money; there may be restrictions on the type and condition of property acceptable to lenders. It is important to underline that money received from equity release can affect the consumer entitlement to Pension Credit (PC) as well as other benefits such as help with health costs and Council Tax Support (welfare benefits).



SRB firms making sure that the deal is appropriate and obliging them to offer for a fixed term assured shorthold tenancies of at least five years.²⁶

Home for Life are not regulated. The investor purchases the property at the market value. The seller is granted a lifetime lease of the property. These plans are normally only available for people aged 60 or over where the homeowner pays a one-off sum for his Home for Life plan and no interest repayments or rents. The one-off sum can include a discount depending on age, gender, marital status and property criteria. It is possible to retain a percentage to provide an inheritance guarantee. When the consumer dies or moves permanently into long-term care, the property reverts back to the company. If the consumer has retained a percentage of his property's value for inheritance purposes, his property is sold and his share of the net sale proceeds is paid to his heirs.

Spain. As indicated, in civil law countries like Spain, the most part of home equity conversion products is regulated by legal norms on usufruct, use and habitation rights (*del usufructo, del uso y de la habitación*).²⁷ Sale of bare ownership – comparable to sale ERS – in exchange for a cash price (to be used for enhancing retirement income of elderly households), keeping the right of usufruct, use or habitation in favour of the seller with or without a rental fee, is indeed the more common and traditional way for elderly people to convert their home equity into cash but remaining in their house for a fixed period of time or for life.

Institutes such as “life rent” are still present in the Spanish Civil Code. These concepts are less used in the modern welfare state. The idea of equity release entered legal orders, where personal liability of the borrower, time limits for the duration of the loan, and loan amortization remain crucial to some regulatory schemes.

The term “Equity Release Scheme” is not formally known in Spain. Nevertheless, various financial products exist in the Spanish market falling within ERS, both as loan and sale models, as well as other peculiar subtype products. Precisely, the Spanish market was shook by the Act 41/2007 regulating the basic requirements and attaching exemptions on some taxes, notary and registrar fees with regard to reverse mortgages. At present, these types of

²⁶ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 7: «The UK can serve as a good example because the competition authorities publish their study on what is in that country a relatively new type of property transaction whereby firms buy homes from individuals, usually at a discount, and then allow those individuals to stay on in the property as tenants».

²⁷ The Spanish Civil Code governs usufruct in articles from 467 to 522, while use and habitation in articles from 523 to 529.



products are current in the Spanish market and some financial intermediaries are introducing specific reverse mortgages.²⁸

The Spanish language underlines the reverse character of the loan, calling it *hipoteca inversa* or *hipoteca revertida* or *re-hipoteca*, whose legal definition is: «Reverse mortgage is a loan or credit warranted with a mortgage over an immovable asset».²⁹

In this legal system, several sub-types of loan ERS might exist under private law but only the products as regulated under Law 41/2007 qualify for subsidies³⁰ if fulfilling the requirements specified in the same law.³¹ It is provided that the mortgaged property has to be the permanent residence of the applicant, insured against damages; providers must be financial intermediaries authorized to operate in Spain and provide independent information according to article 1 of the Act. Applicants must be 65 years of age or more, and/or be affected by situations of real dependence. Credit can consist of funds accessed either as a lump-sum or through various installments and is supposed to be for life but may be cancelled by the mortgagor, who must, in this event, satisfy the provider with a refund of capital plus interest or upon the sale of the property. There are a number of benefits provided for such schemes: a reduction in the taxation of notarial documents, a reduction in notary and registrar fees similar to pension funds.³²

²⁸ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 43. For a comparative study of the reverse mortgage as known in Spain with other EU State Members, see E. DEL POZO GARCÍA, Z. DÍAZ MARTINEZ, L. FERNÁNDEZ SEVILLA, *La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y EEUU*, in «*Revista Universitaria Europea*», n. 15, Julio-Diciembre 2011, pp. 85-106; while for an analysis concerning the utility, the convenience, and the success of this product in Spain, see A. J. QUESADA SÁNCHEZ, *La hipoteca inversa: una opción realmente atractiva?*, in «*Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*», n. 81, 2009, pp. 135-148.

²⁹ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., p. 2.

³⁰ This credit has to be provided by a financial institution that fulfils the requirements of any other Spanish mortgage provider, and has to be signed before a public Notary and registered as a charge over the property at the Land Registry.

³¹ As provided by the Additional Dispositions 1 and 4 of Spanish Act 41 of 7th December of 2007.

³² U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., p. 89. This scheme is usually linked to a life insurance contract (Policy insurance for a life pension or *Seguro de rentas vitalicias*), which has to be contracted with an insurance company that offers the insured a periodic amount, generally monthly, for his life, according to Spanish insurance regulations. At now, the heirs can implement the following options, on the basis of art. 1, point 7 of Act 41/2007. First, they can choose to cancel the credit repaying the loan, in which case no penalty can be imposed on them. Second, the heirs can decide to obtain a fully new credit agreement with the provider, in which case this possibility is left entirely up to the wishes of the parties to the new credit contract. Third, the heirs can decide to let the financial institution simply repossess the home. If the heirs follow the last option, all schemes that were concluded in accordance with the



Sale equity release models allow homeowners to release some of the property equity that may have greatly appreciated in value over time. These products are based on a contract whereby the elderly person sells the homeownership while maintaining the lifetime right over its use and the right to receive a life annuity pension. They are partially regulated in articles 1802 to 1808 of the Spanish Civil Code, as *Renta Vitalicia*, although this lifetime rent is usually combined either with a tenancy contract or a *usufructo*. By transferring ownership, the seller is released from encumbrances such as maintenance of common areas and payments of local taxation. Monthly payments enjoy fiscal benefits.³³

The Spanish personal taxation (IRPF) provides a reduction in notary fees, the exemption from personal gains tax on the capital gain on the property for persons aged over 65, and a beneficial regime for the periodic rents cashed by elderly persons (as for reverse mortgages). The contract can be signed through a realtor acting as a broker for financial intermediaries and insurance companies. The element common to the various subtypes is the sale of property. The law does not typify the contract. In general, in a sale ERS the homeowner sells the ownership of the property and receives a consideration either for himself or for the benefit of a third party included in the contract. The contract could provide the following contents: services (for instance in health care received at home), an advanced lump-sum and a monthly income for life, or a life annuity usually paid in monthly installments. The beneficiary preserves the use, namely the right to use or rent the house for lifetime or for a given duration. The consumer receives a pension payment³⁴.

Moreover, the Spanish legal praxis knows contracts regulated by private law that have the effect of ensuring life care for elderly people in exchange of the handing over to the rent/care provider of a property. On the basis of Act 2/2006 of Civil Law of The Autonomous Region of Galicia, a property, which does not need to be a private residence, can be transferred either by a third person or the recipient. Another subtype provides that the owner sells the house and loses possession in exchange for care in a retired person home. Sale model products can be used by a couple or a group of persons, too. In this case, the life annuity payment is calculated with regard to the youngest person. Upon the death of one of the customers the other keeps the home use in exchange of the same monthly payment. Finally,

Loan Model subtype of Act 41/2007 benefit from a certain “cap” on the amounts to be recovered by the credit provider. Art 1.6 of Additional Disposition of the same Act indicates that the provider can seize the mortgaged property and the estate of the deceased, but the provider’s recovery action cannot reach the heirs estate (U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., pp. 41-42).

³³ *Ivi*, pp. 42-43.

³⁴ *Ivi*, p. 47.



in Spain the owner can sell a house and maintain his possession becoming a tenant. Legal experts observe that this is arranged privately, usually within family relations.³⁵

France. The French legal system offers a multifaceted landscape of classical civil law arrangements, differently combined, as well as modern equity release schemes.

Transfer of bare ownership, keeping the usufruct as governed in the Civil Code, is still the most common and traditional way for elderly people to convert their home ownership into cash without giving up the use of the house for the rest of their lives. French academics recently proposed (in their Project of Reform of Property Law in 2009)³⁶ a deep reform of legislative regulation of usufruct, in order to modernize it, to make it more flexible and more collaborative between the parties and to counter the situations, frequent in practice, of deterioration of the goods subject to a right of usufruct.

The conversion of the usufruct of the surviving spouse, provided by French Civil Code (artt. 759-762), can also be a way for an elderly widower or widow to convert ownership into a financial support. In fact, any usufruct belonging to a spouse upon the property of the predeceased gives rise to a power of conversion into a life annuity (or a capital), on request of one of the heirs bare-owners or of the spouse himself or herself entitled to inherit.

Moreover, on the basis of the Civil Code (artt. 1968-1983), contracts of property sales *en viager* (in return for life-time annuities) are widespread (mostly in Ile-de-France and Côte d'Azur), although today they are concurred by reverse mortgages. They are speculative contracts, in the sense that the total price that the buyer (investor) will pay over time cannot be predicted in advance. At the time of the sale, the investor (usually) pays part of the estimated value of the good with the obligation to pay a monthly, life-long pension to the seller. Of course the parties can agree to variously distribute the amount between the initial capital and the life-long pension (the higher the capital, the lower the pension and *vice versa*); they can also agree an indexation clause of the monthly payments or a cancellation clause returning property to the seller if the purchaser fails to pay several monthly disbursements. A preferential right (*privilege du vendeur*) of the seller on the asset usually guarantees the obligations of the investor.

Sales *en viager* can be free or occupied: in the first case, the buyer immediately becomes the full owner. In the second case, which is more common, the seller retains the right of usufruct or of use and habitation on the good (an important difference is that, enjoying a right

³⁵ *Ivi*, p. 48.

³⁶ H. PÉRINET-MARQUET (edited by), *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une réforme du droit des biens*, Paris, 2009.



of usufruct, the seller has to pay the *taxe foncière*, while, enjoying a right of use and habitation, he has not but the purchaser has to). These contracts guarantee a stable and regular income (more appropriate than a principal which is more difficult to manage) for the needs of the elderly and usually are a suitable investment for potential investors, who do not have to pay a large amount at once and can distribute their payments over the time.

Reverse mortgage (*prêt viager hypothécaire*) has been introduced in France by *Ordonnance* n. 2006-346 in 2006, reforming security law, and today, after several modifications, it is governed by articles L315-1 – L315-23 and R315-1 – R315-2 of Consumer Code. The contract can only be agreed between a financial intermediaries and a natural person. The final amount of the obligation of the borrower or of his heirs is only determined when the contractual relationship terminates, which is either at the death of the borrower (or of the couple of borrower spouses, if the contract is in the name and lasts until the death of both of them) or in an early date when his mortgaged property (which can be exclusively a residential home) is sold or his ownership dismembered. After the death of the borrower or of the borrowers, the heirs can pay the debt, within the limits of the property value at the moment of the opening of succession. Otherwise, the creditor can choose between the seizure and sale of the mortgaged immovable, according to the general rules of civil law (and also in this case the debt is limited to the profits of the sale), or the attribution of the ownership of it by a judicial decision or by an agreement.

Detailed rules are provided in order to implement the protection of the borrower from the typical risks of this type of agreements. The final value of the debt cannot exceed the value of the good at the time of the end of the contractual relationship. Periodical repayments can be agreed only for interests, that are capitalized annually, but not for the principal: this option has been recently introduced by Act n. 992 in 2015, aiming to strengthen the attractiveness of reverse mortgages. Canvassing is forbidden and the publicity has to be informative and honest, in accordance with specific rules. A prior offer has to mention clearly and precisely the main elements of the loan and has to be maintained for 30 days at least, the borrower having a 10 days period of reflection during which he cannot accept the offer.³⁷ Both civil and penal sanctions are provided for violations.

As a variation on the standard scheme, a kind of reverse mortgage called *prêt avance mutation*, introduced by Act n. 992 in 2015,³⁸ aims to finance the costs of works for home renovations.

³⁷ G. MORRI, A. MAZZA, *Property Finance: an International Approach*, Padstow, 2015, p. 192.

³⁸ Currently governed by article L315-2 of Consumer Code.



Italy. In the Italian legal order, the transfer of the bare ownership, governed in the Civil Code, still remains the more common instrument for home equity conversion. Property sales or transfers of the bare ownership in return for a life-time annuity may be agreed in Italy like in France.³⁹

Reverse mortgage (*prestito vitalizio ipotecario* or *mutuo al contrario*) has been introduced in Italy in 2005⁴⁰ and recently modified in 2015.⁴¹ The French choice to introduce regulations on *prêt viager hypothécaire* in the Consumer Code seems more consistent with the alleged purposes of this legal institute than the misleading location of Italian legislation on *prestito vitalizio ipotecario*, between norms concerning welfare state, fiscal law and tax evasion.

The reform, following the example of the French legislator, introduces a more detailed regulation in order to encourage the use of such equity conversion schemes,⁴² also reducing from 65 to 60 years the minimal age for accessing this particular kind of loan, and excluding that the residual value of the debt can exceed the proceeds of the sale of the property, net of expenses. The contract can only be agreed between a financial intermediary, subjected to precise informational disclosure rules, and a natural person. If the borrower is married or cohabits *more uxorio* from more than five years and the couple lives in the house to be mortgaged, the contract must be signed by both the spouses, even if only one of them owns the property, provided that both of them are above the minimal age of 60 years. The full reimbursement in a single payment can only be requested at the death of the borrower (or of the older of the couple of borrowers, when the contract lasts until the death of both of them) or in an early date when the mortgaged property is sold or real rights or enjoyments rights on it are established.

Periodical repayments can be agreed only for interests and costs (not for the principal); interests are otherwise annually capitalized, as an exception to the Italian Civil Code (article 1283).⁴³ The mortgage cannot concern simultaneously more than one real estate of the debt-

³⁹ The Italian Civil Code governs life-time annuities in artt. 1872-1881.

⁴⁰ Article 11 *quaterdecies*, paragraph 12, Law by Decree n. 203 of 30th September 2005, converted in Law n. 248 of 2nd December 2005.

⁴¹ It has been more recently modified by Law n. 44 of 2nd April 2015, which substituted the paragraph 12 of the article 11 *quaterdecies* of Law by Decree n. 203 of 2005 and added paragraphs from 12-bis to 12-sexies. These rules have been integrated for implementation by Decree n. 226 of 22nd December 2015.

⁴² S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in «*Il Corriere Giuridico*», nn. 8-9, 2015, p. 1099.

⁴³ A choice which, authorizing a kind of compound interest, is criticized by some authors: see A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo "sistema" delle garanzie reali*, in «*Le nuove leggi civili commentate*», n. 4, 2016, pp. 735-737.



or. The debtor is not necessarily the owner of the mortgaged residential property, although it is the normal case. The procedure for the sale of the property in order to use the proceeds for repaying the debt, if the heirs do not take over the debt, is simplified and fast, as an exception to the techniques traditionally provided for foreclosure and succession procedures.

Germany. As in the other civil law countries here compared, the German legal system provides similar norms governing the main legal institutes concerning contractual models to financialize the home property by low current income elderly persons. However, in Germany there is no specific legislation governing ERS in the civil code (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), in tax legislation or other laws. Here, home equity release products are not widespread yet.⁴⁴

The main rules regarding usufruct (*Nutznießung*) – not the use and habitation rights, which are not literally foreseen by the German civil code – concern especially elderly who need to convert their property into financial benefits.⁴⁵

German legal order used to have a system of life annuities (*Leibrente*) dating back in the 19th century, which was governed by the Civil Code,⁴⁶ arranged between private individuals: it gradually fell out of use and is now of little relevance in the German legal praxis.⁴⁷

At present, there are no official government sources and statistical data and documents regarding home equity release schemes and there is no important ERS market in Germany.⁴⁸ Current legislative initiatives in respect to home equity conversions are not known, but the debate on their legal introduction is still ongoing where the analogous products are called *Immobilienverzehr*, that literally means “real estate consumption”, while *umgekehrter Hypothekenkredit* stays for reverse mortgage.⁴⁹

⁴⁴ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 100: «payments from reverse mortgages are not a form of income and merely amount to a loan. No income tax is therefore payable. There are however no government subsidies or promotion to encourage reverse mortgage products at the moment».

⁴⁵ These rules are present in sections from 1085 to 1088 of *BGB*, Book III - Law of property, Title II – Usufruct, Subtitle III – Usufruct in property; see also artt. 1199 ff. of German civil code (annuity land charge).

⁴⁶ Articles 759 ff., *BGB*.

⁴⁷ *Ivi*, p. 98.

⁴⁸ See U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 99 and for such data see the following documents: Questionnaire of the Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands (Provider Association) and the Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Regulator).

⁴⁹ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., p. 2. In the last years, there were two providers of ERS in Germany.



Belgium. As in France, the most used legal arrangement by elderly people is the transfer of the bare ownership, as governed in the Belgian Civil Code (very similar and inspired by the French rules).

Similarly to France, the conversion of the usufruct of the surviving spouse (or legal partner) is possible, as foreseen in detail by the Belgian Civil Code;⁵⁰ this regardless of the source of the usufruct. The regulation allows the conversion, in whole or in part, into a life annuity, into a principal or into the full ownership of the property subject to usufruct, upon request of the surviving spouse (or legal partner) or of the bare owner. As amended by Act n. 2014-05-22/09, in order to reduce and avoid family conflicts, unless otherwise agreed by the parties, the capitalized value of a lifetime usufruct or of a bare ownership subject to a lifetime usufruct is calculated according to the precise rules codified in art. 745sexies, §3.⁵¹ Following these parameters, which are distinctive of the Belgian system, every year the Ministry of Justice establishes the conversion tables. The conversion of the the usufruct of the surviving spouse can be a way for an elderly widower or widow to convert an immovable asset into a financial support, in the form of a life annuity or of a principal.

Property sales or transfers of the bare ownership in return for a life-time annuity are diffused, both in the free and in the occupied version. An indexation clause for an automatic revision of the monthly payments is often provided in the contract, which in several cases also contains penalty clauses (establishing that the seller can retain the annuities he has already received in the case of contract termination) and cancellation clauses if the purchaser fails to pay a number of periodical annuities.

Unlike in France, reverse mortgage in Belgium has not been ruled by the law, although there is public discussion on the matter. Differently from financial intermediaries, Belgian consumer associations contrast the introduction of reverse mortgages and request, in the event of their introduction, strict regulation in order to protect the consumers' interests. Two projects of law aiming to introduce a kind of reverse mortgage (*crédit pension*) were respectively proposed in the 52nd (2007-2010) and 53rd legislature (2010-2014) of the Belgian *Chambre des représentants*, but the legislator has not adopted them.

2.2. The ERS development processes are deeply different in each country: the French legislator is trying to support the working out of Loan Model ERS. In Belgium, these products are not for the time being provided. In the Spanish legal system, particular forms of

⁵⁰ Articles 745quater-745octies.

⁵¹ D. STERCKX, *La valorisation légale de l'usufruit viager*, in «J.T.», 2014/29, n. 6573, p. 561.



ERS get tax privileges, while, in other European legal orders, ERS do not qualify for tax privileges for housing finance. In the UK and in Spain, a developed mortgage market and high levels of homeownership are decisive factors making easier ERS. On the contrary, lower levels of homeownership in Germany are seen as elements less facilitating the development of ERS.⁵²

Barriers to development of the ERS market on economic and cultural levels depend on the characteristic sense of its “reverse” factor. Cultural positions towards homeownership could be a long-term obstacle and discourage consumers, particularly in rural areas, to use these kinds of financial products.⁵³

The United Kingdom. The UK is the country in Europe with more awareness, importance, and extended existence of ERS and markets.⁵⁴ This country doesn’t know the typical cultural barriers that apply for other EU countries. «Attitudes to indebtedness and the familiarity with the idea of extracting money from the value of your home are favourable to ERS and it is thus no surprise that the UK is by far the most developed market in the EU».⁵⁵ A relevant benefit contained by certain schemes and that are almost unique to the UK market, is that a customer can leave a proportion of the equity totally protected, thereby ensuring that not all the potential inheritance is used up during later years. The government involvement with ERS in the UK is also important and this is especially centred around the area of social care funding.⁵⁶

Very generally speaking, what can be observed about the success elements that the UK system gained in his financial home equity products history is offered by two elements. The first consists of the large competition existing in this country, which favours the choose for elderly citizens who want to convert their home in liquidity, satisfying more easily the different needs of the elderly population. The second one is the foundation of a specific Authority that regulates under the principles provided by the Government the whole sector concerning

⁵² U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part I General Report, cit., pp. II-III.

⁵³ Converting home in liquidity is indeed based on three concepts (*Ivi*, p. V): believing that «the home is a capital asset, not merely shelter and a consumer asset to be passed on to the next generation; capital can be made liquid without giving it up completely, and liquidation is neither sale nor bankruptcy; this process can be brought forward by means of credit»; radically criticizing these basis, see A. IULIANI, *Il prestito vitalizio ipotecario nel nuovo “sistema” delle garanzie reali*, in «*Le nuove leggi civili commentate*», n. 4, 2016, pp. 721-722.

⁵⁴ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 3.

⁵⁵ *Ivi*, p. 34.

⁵⁶ *Ivi*, p. 35.



the home equity products and at the same time allows the individuals who denounce a violation of the rules claiming directly to a jurisdictional organism.

Spain. Spanish governments have proposed several measures related to dependency over the past years. The reform of the Mortgage Law (Act 41/2007), related to the Personal Tax Law,⁵⁷ has been passed to regulate ERS, linking tax benefits and fee exemptions to the use of those schemes, as described in the Law. So, smaller than the UK in terms of size of the market, Spain has an important number of providers and shares a number of similarities that played a favourable role in the development of a market for ERS.⁵⁸ In the recent years, Spain had a rise in public acceptance of using homes to obtain funds to complement pension plans or allow for homes to be adapted to cater for the increased disability of the elderly persons. This has also been helped by Spanish banks that have launched Loan Model ERS in 2008. Law 41/2007 gives incentives to Loan Model ERS, only under fulfillment of several conditions.⁵⁹

France. The French example seems to show more a failure than a success of the importation of lifetime mortgage schemes in continental legal systems. French authors variously welcomed and lamented the introduction of this legal arrangements. To be more precise, even if some of them predict a growth of his use, considering that it could provide to both the needs of cash and of security and stability of an ageing population,⁶⁰ most of them outline the limitations of the institute, fairly underused until today. Indeed, about 7000 contracts

⁵⁷ Additional Disposition 4 of Act 41/2007, referring to art. 51 of Act 35/2006 of the 28th of November concerning the *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. To this aim, annuities perceived are subject to the same treatment as incomes coming from retirement plans as contained in point 3-b of art 51 of the said Law: a tax exemption after 10 years from the receipt of the first annuity payment.

⁵⁸ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., p. 3.

⁵⁹ *Ivi*, pp. 49-50; p. 44: «Advantages and protection is offered to potential consumers of these schemes (*i.e.* tax and fee reductions), their beneficiaries (*i.e.* by impeding that the provider charge cancellation fees on heirs wishing to repay the loan upon the death of the applicant) and to financial institutions (because the Law provides benefits to only a particular scheme for which financial institutions and/or insurance firms need to be authorized to operate in Spain). This also allows the development of specific mechanisms to increase transparency and consumer protection».

⁶⁰ N. PECOURT, *Les réponses apportées par le prêt viager hypothécaire face aux enjeux du vieillissement de la population*, in «*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*», nn. 45-46, November 2014, p. 1330.



from his introduction in 2006 were estimated to have been agreed in January 2015,⁶¹ while the sales *en viager* (in return for life-time annuities) had been estimated to be an average of about 3000 each year during the period between 2000 and 2006,⁶² Difficulties and obstacles would be linked to cultural (like the strong notion of land ownership in systems based on roman law, as well as the wish to keep immovable assets, to whom moral worth is attributed, within the family), financial (as high interest rates, risks and disadvantages for the heirs and uncertainty surrounding the transaction, when the future trends of housing market and the expectancy of life of the elderly person are difficult to predict), but also juridical reasons,⁶³ as coordination problems with legislation about debt-reduction plans and with several institutes of succession law, including in particular the usufruct of the surviving spouse and his right of use and habitation envisaged in the French Civil Code.⁶⁴

Efficiency and adequacy of reverse mortgage in France can be meaningfully compared with the traditional arrangement provided for similar purposes by French civil law, that is the transfer of the bare ownership, in particular in return for life-time annuities. Reverse mortgage shows some benefits over sales *en viager*, in which the seller and his successors definitely lose the ownership of the good and face the risk of a later situation of insolvency of the purchaser, who cannot pay anymore the annuities. Reverse mortgage also has some fiscal advantages, because the borrower is not taxed on the amounts he receives from the lender (while people are taxed on the annuities as incomes, for a portion of the overall amount depending on the age of the payee when he starts to enjoy the annuities),⁶⁵ that as liabilities are also deducted from the base to calculate the wealth tax (*Impôt de solidarité sur la fortune*). On the

⁶¹ As reported in L. PONIATOWSKI, *Rapp. Sénat 2015 relatif à la transition énergétique pour la croissance verte*, n. 263, t. I, p. 122. See also the data in «Journal officiel (Questions réponses) - Assemblée nationale», XIV législature, 9 avril 2013, p. 3867, n. 14944: <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-14944QE.htm>.

⁶² *Les viagers immobiliers en France: étude du conseil économique et social présentée par Mme Corinne Griffond au nom de la section du cadre de vie*, n. 8, 2008, p. 78.

⁶³ C. GIJSBERG, *L'insuccès du prêt viager hypothécaire*, in «*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*», n. 12, Mars 2016, p. 1103. See also L. A. ANDRIEU, A. GOTMAN, *Réversion du principe du logement humain - Chronique du prêt hypothécaire inversé: Rapport de recherche pour le Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement Durable et de l'Aménagement du Territoire - Plan Urbanisme Construction Architecture (PUCA)*, 2009 (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-01064406/document>).

⁶⁴ Art. 764 of French Civil Code. The situation of the surviving spouse is worst if she/he was not co-borrower in the contract of loan (and she/he could not be part of the contract if he/she was not co-owner of the mortgaged good); but there are possible complications even if she/he was co-borrower, when the succession gives rise to a dismemberment of the property: N. RANDOUX, *L'avenir du prêt viager hypothécaire (Faut-il l'aménager ou le supprimer?)*, in «*Deffrénois: la revue du notariat*», n. 21, 2009, p. 2263, e n. 22, 2009, p. 2401.

⁶⁵ Code général des impôts, art. 158, n. 6.



other hand, the elderly borrower remaining the owner of the immovable good, he still has to pay the property tax (*taxe foncière*) on it and to afford the major maintenance costs. Ultimately, sales in return for life-time annuities seem to be, according to a number of French experts, still preferable to reverse mortgage because of their much better profitability, even more for elderly people having quite a long life expectancy.⁶⁶ In addition, the frequent practice of including in the contract an indexation clause can make it a pretty good deal for the needs of elderly people. In any case, several authors call for a legislative action reforming and adapting both the modern (the reverse mortgage) and the old (sales *en viager*) private law instruments used by the low-current income elderly persons to financialize their home ownership.⁶⁷

The (still unsolved) basic question remains whether arrangements like reverse mortgage, having roots in social environments with a greater propensity to borrowing, and in common law systems, might be a good solution for elderly people issues in civil law systems. In fact, these countries traditionally share a strong and material concept of real property, and thus have several legal institutes aiming to intensively protect the continuity of his transmission from generation to generation as a way to preserve family cohesion and integrity, elderly needs being rather afforded by the welfare state, financed by general fiscal contribution and governed by public law.⁶⁸

Italy. In the Italian legal context, property sales or transfers of the bare ownership in return for a life-time annuity, though possible on the basis of Civil Code rules, are much less used than in France. One of the possible reasons of that can be found in the circumstance that in Italy such incomes are wholly taxed as compensations of employees,⁶⁹ while in France

⁶⁶ S. PRIGENT, *Prêt viager hypothécaire et solutions alternatives: les éléments du conseil*, in «*DeFrénois: la revue du notariat*», n. 4, 2009, p. 414 ; L. GALLIEZ, F. POUZENC, *Compléter ses ressources: comparaison entre la vente en viager et le prêt viager hypothécaire*, in «*Actualité Juridique Droit Immobilier*», n. 5, 2011, p. 351.

⁶⁷ F. ROGUE, *Le viager, renouveau d'un modèle ancien*, in «*Petites Affiches*», n. 106, 2016, p. 66 ; N. TARNAUD, *Le caractère aléatoire du viager peut-il être un frein à son développement?*, in «*Actualité Juridique Droit Immobilier*», n. 2, 2015, p. 85; C. DESCHAMPS, V. LEGRAND, *Trois bonnes raisons de reformer la vente d'immeuble en viager*, in «*La semaine Juridique Notariale et Immobilière*», n. 14, 2016, p. 1117.

⁶⁸ C. GIJSBERG, in *L'insuccès du prêt viager hypothécaire*, in «*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*», n. 12, Mars 2016, p. 1103, investigating the legal, economical and cultural reasons of its failure in France, wishes that reverse mortgage will retain a limited role and that, even in the future, elderly needs will be generally financed by the social intervention of the State.

⁶⁹ Art. 50, subparagraph 1-h, D.P.R. n. 917/1986.



they are only partially taxed, in a portion that is digressively proportional to the age of the payee.

There is discussion in Italy among experts and political and social stakeholders about whether use of reverse mortgage, rare until today, following the reform of 2015 is going to have more chances of success than after his first introduction in 2005.⁷⁰ Italian regulation of reverse mortgage, as recently modified, appears more attentive than the French one to the situation of the surviving spouse and reduces compatibility issues with succession law. Moreover, disadvantages of Italian life-time annuities taxation system, unless modified, could potentially in the next years, for similar purposes, leave to reverse mortgage a space wider than in France. On the other hand, most of financial and cultural reasons that make reverse mortgage quite unattractive in France seem to apply to Italy too, in particular high interest rates, uncertainty of the bargain and risks and detriments for the heirs.

Germany. Dealing with the low interest rates that in Germany are contributing to an upturn in the housing cycle - but related macroeconomic effects are expected to be modest - in 2014 on a report provided by the “International Monetary Fund” is reported what follows: «Because of the features of German housing finance (traditionally conservative loan-to-value ratios absence of equity release products) the effects on consumption are likely to be close to nil or even slightly negative so that the main transmission channel to the economy is through residential investment, which has been robust».⁷¹ Such a thesis has been backed up in the same year by another housing expert, maintaining that «the absence of mortgage equity releases, in combination with prudential appraisal rules, helps to maintain tranquility in the property (...)».⁷² Therefore, the ERS market in Germany is not well developed, but it exists in a very reduced measure, in comparison with UK or Spain.

⁷⁰ See for example R. LUNGARELLA, *Prestito vitalizio ipotecario: perché lo chiedono in pochi*, in «Lavoce.info», 2015, <http://www.lavoce.info/archives/34824/prestito-vitalizio-ipotecario-perche-lo-chiedono-in-pochi/>; M. CAUSI e A. MISIANI, *Prestito vitalizio ipotecario: perché può funzionare*, in «Lavoce.info», 2015, <http://www.lavoce.info/archives/35540/prestito-vitalizio-ipotecario-perche-puo-funzionare/>.

⁷¹ R. TEJA, K. KOCHHAR (approved by), *Germany: 2014 Article IV Consultation – Staff Report; Press Release; and Statement by the Executive Director for Germany*, in *IMF Country Reports*, 14/216, International Monetary Fund, July 2014, p. 25.

⁷² M. VOIGTLÄNDER, *The stability of the German housing market*, in «*Journal of Housing and the Built Environment*», vol. 29, Issue 4, November 2014, pp. 583-594; see also A. HESS, A. HOLZHAUSEN, *The structure of European mortgage markets*, in *Working Paper*, n. 97 of 22th January of 2008 of «*Allianz Dresdner Economic Research*», p. 7: «in Germany equity release products, which often entail the repayment of an existing mortgage, are less popular owing to relatively high early repayment fees and the recent weakness of the housing market. In other



Anyway, impassable legal obstacles don't subsist to reverse mortgage products in Germany. The current barriers consist of the longevity risk against the providers and the prohibition of compound interest (anatocism), which is a problem for ERS. But German lawyers observe that these problems are surmountable. Besides, on the economic level, some providers indicate several barriers to the development of the ERS market. The German market for ERS is too small to be viable. Restrictive German planning laws don't stimulate the private housing market, and the resulting situation is very different from Spain or the UK. Changes to fiscal laws could gradually change the historical tenure breakdown. Another obstacle comes from the fact that the group of older people (60+) not wishing to pass on their home to the heirs results to be too restricted for many providers. Furthermore, German retirement pensions are relatively high and poverty among retirees is not so widespread. Another economic barrier in Germany for potential providers appears to be the demographic factor. Other barriers subsist on cultural level: German consumers result very reticent when they learn the amount of funds the scheme could let them produce from their home, even though they are interested in ERS.⁷³

Belgium. Probably on the basis of concerns about assimilation of ERS in civil law systems, as well as fearing unfair and unbalanced contracts between elderly people and credit or financial institutions, due to situations of information asymmetry and asymmetry of bargaining power between the parties, the Belgian legislator has repeatedly opted to reject all projects of law aiming to introduce reverse mortgage in the country, in accordance with the wishes of consumer associations. Property sales in return for life-time annuities are possible, based on Belgian Civil Code rules: according to several media reports, their number is increasing, maybe also because of the advantageous Belgian tax regime for such kind of annuities, even though these sales still concern only a small part of the whole housing market.⁷⁴

countries regulatory obstacles and in some cases considerable transactions costs prevent the use of these facilities».

⁷³ U. REIFNER *et alia*, *Study on Equity Release Schemes in the EU*, Part II Country Reports, cit., pp. 100-101.

⁷⁴ See in the Belgian press the following works: P. LEONARDI, *Le viager, tout le monde (ou presque) en parle*, <http://www.lesoir.be/998260/article/economie/immo/2015-09-24/viager-tout-monde-ou-presque-en-parle>; ID., *La vente en viager doit encore convaincre*, <http://www.lesoir.be/1309268/article/economie/immo/2016-09-05/vente-en-viager-doit-encore-convaincre>.

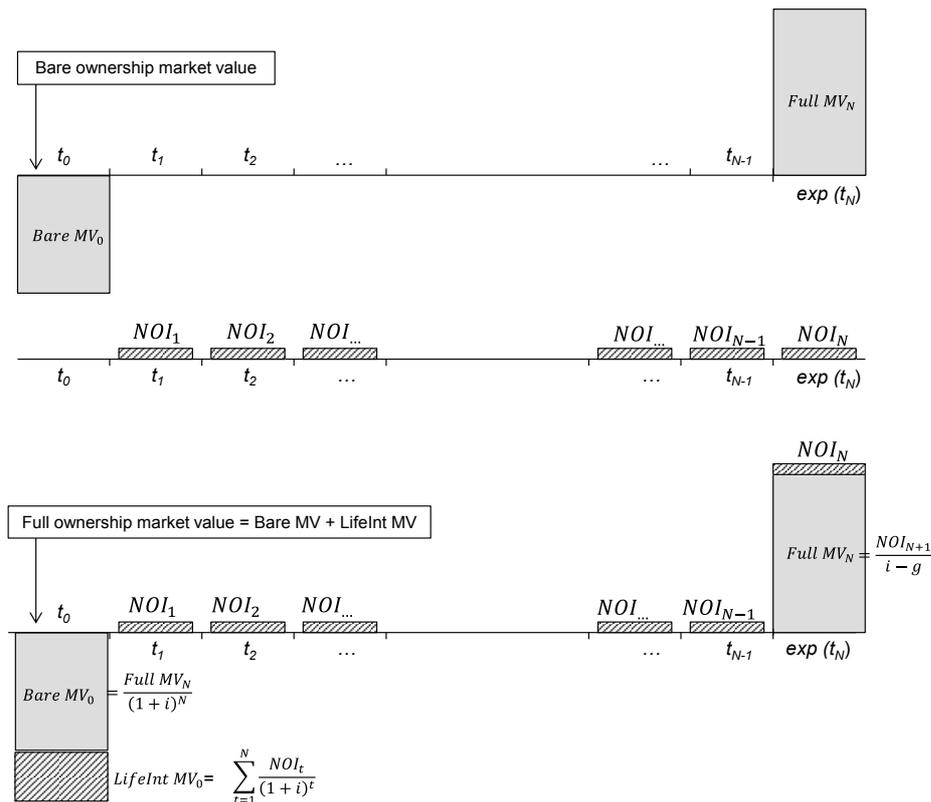


3.1. In financial terms, home equity release, even if variously defined and ruled upon national regulations as highlighted in the previous sections, can be summarized in the reversion into cash of the intrinsic market value of the primary residence. This by applying eventually a proper valuation haircut, described next, in order to consider potential real estate market dynamics (*i.e.* future value fluctuations of the property). The swap between homeownership and cash can be done simply by selling the home of residence and switching to leasing (possibly by renting a smaller unit) or by selling only part of the property rights in terms of bare ownership and other home equity withdrawals (*i.e.* Sale Equity Release models as described in section 2) or by taking out specific financial contracts like reverse mortgages (Loan Equity Release schemes) without the need of selling the property.⁷⁵ The proceeds can be used for enhancing current consumption including medical expenditures.

In all cases (with the exception of the sale of the primary residence aiming to rent another, smaller or differently located, or the same home), the overall financial design of sale (Figure 1) and loan (Figure 2) home equity conversion schemes can be depicted as follows (this from the investor's/lender's perspective):

Figure 1 – *Sale Equity Release Scheme*

⁷⁵ E. HURST, F. STAFFORD, *Home is Where Equity Is: Mortgage Refinancing and Household Consumption*, in «*Journal of Money, Credit and Banking*», vol. 36, n. 6, December 2004, pp. 985-1014.



Where MV_t defines the market value of the bare ownership ($BareMV_t$) and of the life interest ($LifeIntMV_t$), or usufruct, respectively, at time t_0 and at the expected maturity [$exp(t_N)$] (*i.e.* at the end of life of the elderly person). The sum of the bare ownership and of the life interest results in the full market value ($FullMV_N$) of the property serving the equity release scheme.

The signing of a sale equity release scheme represents an investment decision in real estate. In that respect, in general simplified terms and beside marginal factors, the overall market value of an income producing property (like a rental home) should equal the present value of all current cash-flows that the property will generate in the future. These are proxied by the so called net operating income (NOI_t) (*i.e.* the expected rents net of the operating expenses) for each period of time.



The discount rate (i) to be used for calculating the present value of the periodic NOI is the requested total return on the investment; as such it is an opportunity cost of capital for real estate investments, because a sale equity release agreement effectively depicts an investment in that sector.

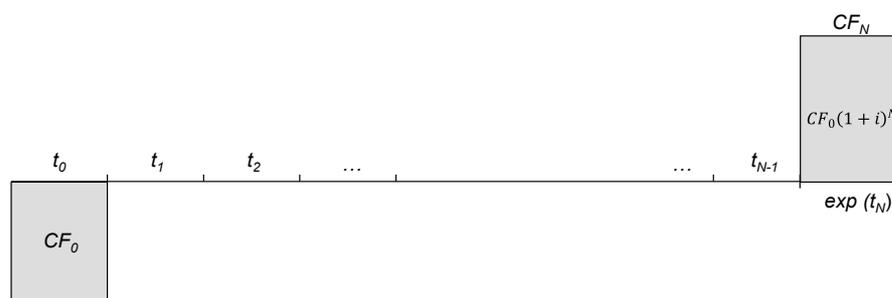
This means that in the absence of intermediate cash-flows between t_0 and t_N as in the case of bare ownerships and similar sale equity forms, the market value of the bare ownership will simply equal the present value at time t_0 of the expected future (full) market value of the property at the end of life [$exp(t_N)$] of the elderly person holding the life interest.

In turn, the (full) market value at [$exp(t_N)$] is obtained *via* direct capitalization of the NOI of time $N+1$ (i.e. NOI_{N+1} divided by the capitalization rate equal to $(i - g)$, where g stays for the expected future growth rate of the prospective net operating income of the property).

Other things equal, that means that assuming a constant amount of NOI that might be generated by the home between t_0 and $exp(t_N)$, the difference between the bare ownership and the full market value of the home (the latter considered at the end of the sale equity agreement) is simply the present value of all figurative net rents (NOI) that would have been cashed by the investor acquiring the bare ownership if he were to own the full ownership of the property to be leased to third parties in the space market. The same difference depicts the intrinsic value of the mere life interest/usufruct ($LifeIntMV_0$).

Put it the other way round, the final market value of the home at maturity should equal the initially price of the bare ownership, capitalized for the entire duration of the contract at the opportunity cost of capital plus the future value of all accrued rents, calculated at the same yield.

Figure 2 – *Loan Equity Release Scheme*





In economic terms, loan equity release agreements are simpler compared to sale ERS due to the fact that they depict financial contracts and do not imply the transfer of the underlying real estate until maturity and this generally only in the case that the heirs of the elderly person engaging the agreement do not repay the debt, if that clause has been agreed on.

In that sense reverse mortgages and similar loan ERS represent a financial investment only indirectly related to the real estate sector due to the fact that the home property is used as collateral.⁷⁶

As already highlighted, loan equity conversion schemes provide an immediate payment (CF_0) at initial stage (t_0) by the lender (typically financial intermediaries), no intermediate interest payments by the debtor – at least in the basic model – and a lump-sum repayment at maturity (*i.e.* when the elderly passes away). The final cash-flow is the sum of the initially borrowed amount plus the accrued interest, at rate (i) over the entire life of the agreement.⁷⁷

Please note that in this case, the rate (i) is intended as opportunity cost of capital for alternative *financial* investments, that is, the interest rate the lender would apply to mortgages with the same risk profile and expected loss.

At maturity, should the heirs not fulfill the debt obligation (*i.e.* decide not to repay the amount due), the bank will realize the value of the real estate used as collateral.

In the case that a “no negative equity guarantee” is agreed (in which case the debt due can never exceed the value of the property), rational heirs will refuse the debt reimbursement only if the market value of the property at maturity were below the amount due, putting the implicit loss on the lender. Again, the potential market value of the property at maturity (although the effective price in the case of forced sales might significantly lower) is function of the prospective net rents, as described above. Variations in the basic financial design might include periodic interest payments which mitigate the final debt amount and, implicitly, the relevance of the collateral value.

The risk profile of the two equity release schemes and the related risk distribution among the counterparties involved in the transaction are clearly not the same and need to be investigated, representing sale ERS pure real estate investment and loan ERS mainly financial debt obligations.

⁷⁶ H. BARTEL, M. DALY, P. WRAGE, *Reverse Mortgages: Supplementary Retirement Income from Homeownership*, in «*The Journal of Risk and Insurance*», vol. 47, n. 3, September 1980, pp. 477-490.

⁷⁷ In that sense, as depicted in Figure 2, loan equity release schemes in the form of reverse mortgages are so called because of the fact that the outstanding debt increases over time instead of decreasing due to the progressive loan amortization.



Both schemes are characterized by uncertainty in respect to: (i) the actual duration of the engagement because the end of life might differ from person to person and (ii) the market value of the property at maturity which, in turn is positively related to the agreement's duration.

In the case of *sale* equity conversion, at first glance, the uncertain length of time affects both counterparties. This means that if the *ex post* duration of the agreement is shorter than the expected maturity (*i.e.* the elderly passes away before the expiry of his life expectancy), the buyer gains a higher yield than initially expected, due to the fact that he will acquire the full ownership in advance in respect to the expected maturity [$exp(t_N)$]. In turn, higher lifespan than expected would have a detrimental effect on the buyer but would have positive effect on the seller.

However, please note that at investor macro-level, a closer examination of the uncertainty pay-offs between buyer and seller might turn out differently. In fact, a potential investor engaging in a plurality of sale equity release schemes will reduce the overall uncertainty referred to the effective maturity of the single equity release agreement because longer and shorter durations, in respect to the forecasted life expectancy, will tend to offset each other as the number of engagements increases. In turn, this portfolio considerations typically do not apply to single elderly persons engaging in sale equity release schemes. Consequently they are not able to diversify away the uncertainty and are fully exposed to their own lifespan volatility.

Moreover, please note that the embedded option value increases the longer the expected residual lifespan. This due to the fact that uncertainty is higher for “young” elderly compared to older people.

This other things constant and beside any considerations in terms of real estate market dynamics (*i.e.* without considering positive or negative capital gains). Uncertainty in respect to the duration of the agreement and the final market value of the real estate property impacts the risk profile of *loan* equity release schemes differently from sale equity conversion. This due to the fact that they depict pure credit products, where real estate comes into play only as credit risk protection tool because of its collateral value.

In the case of traditional reverse mortgages and in the event of the presence of heirs, the lender takes over only a downside risk and no upside opportunity. If the market value of the real estate used as collateral drops below the final credit amount, the creditor will suffer a loss but the lender does not profit from real estate market values exceeding his total credit amount because the heirs will call their option to repay for and on behalf of the debtor.



That means that a key element in the credit risk or, more precisely, in the expected loss valuation of loan home equity conversion products is the assessment both of the current and future market value of the property which will be haircutted by a certain guarantee percentage in order to ensure that the expected value of the collateral at the termination of the reverse mortgage equals or exceeds the sum of the (initial) principal and of the future value of the interests accrued on the loan. Consequently, the loan-to-value ratio (LTV) will be limited to a certain percentage based on the real estate market dynamics forecasted by the bank, also considering the recovery costs and time requested for liquidating the collateral.

3.2. One of the main constraints in the operational management of loan and sale equity conversion products is the need of real estate expertise.

The requested competences will be highest for sale equity release schemes where a deep knowledge of the local space and property real estate market is required. Moreover, because homes are real assets, as soon as the investors (typically financial intermediaries) acquire possession of the property (which is always the case for sale ERS, while it happens only in the event of implicit foreclosure or absence of heirs for loan ERS), the assets need to be operationally managed at property and facility level and properly marketed and enhanced.

While most banks are used to manage mortgages and so, basically, also capable of offering reverse mortgages, financial intermediaries are usually not confident in real estate management and are therefore reluctant to support sale equity release schemes. This explains the limited number of financial intermediaries supporting both loan and sale home equity conversion and the little market success of such products as highlighted in Section 2.

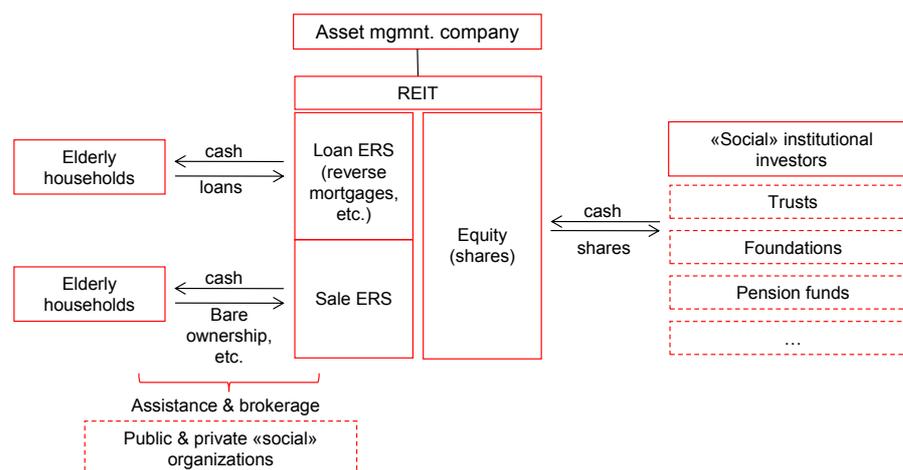
Considering that market background but, at the same time, the social relevance of enhancing the consumption capability of elderly persons at risk of poverty or social exclusion, it may be useful to consider the further establishment of dedicated investment vehicle specialized in the supply of home equity reversion products. The reference is to real estate investment funds or trusts (REITs), differently defined upon national regulation at international stage. As known, REITs are investment vehicles, usually organized in the form of closed end entities, that collect *via* cash or asset contributions a certain equity capital to be invested in real estate. The REIT is in charge for proper management of the assets, acting on an fiduciary basis on behalf of the REIT's shareholders. The management implies the valuation, acquisition, asset, property and facility management, lease and disposal of the assets in place. As investment vehicles, real estate investment trusts or funds are subject to public vigilance and prudential regulation. Below others, the regulatory authority also assesses the



professional capability of the managers, the business governance structure and the implementation of a proper internal control system capable of identifying, measuring and handling risks.

In that perspective the proposal is the establishment of “specialized” REITs dedicated to invest in loan but, especially (because of their higher requested real estate expertise), sale equity release schemes as follows (Figure 3):

Figure 3 – *Specialized REIT’s Operating Scheme*



Equity (*i.e.* cash) contributions should derive from selected institutional shareholders like pension funds, trusts and foundations sensitive to the “social” nature of this type of REITs. As such, unaffected the required professional management of the investment vehicle, these type of investors might also be willing to accept lower investment performances in the face of the recognition of higher benefits to the elderly households (*i.e.* the REIT’s clients).

In that sense, the REIT managers cooperate with public and private organizations devoted to assisting elderly people in order to be able to properly identify households in need of help and to broker the loan or sale equity reversion products.

The supply of equity release schemes by supervised entities subject to prudential regulation like a REIT is also expected to enhance the level of confidence of elderly homeowners



in such financial products and, consequently, their acceptance and dissemination at market level.

4. Despite the potential of home equity conversion by elderly in order to enhance their current income and, therefore, consumption, the effective market diffusion of such financial products in many major European countries (e.g. Italy, Germany, France) is limited. This is also due to social and cultural constraints inducing elderlies to bequeath real estates and other tangible assets to their heirs and, often, due to the lack of a special regulation targeted on home equity conversion products.

In fact, as highlighted in the legal analysis, the market widespread of equity release schemes, like in the UK, seems to be positively related to the provision of a specific Authority capable to regulate home equity products and, at the same time, to control for competition between financial intermediaries in a controlled and supervised environment. In turn, this enhances public confidence in the related real estate and financial products and encourages banks and financial intermediaries to enter the market, eventually also considering the reputational effects associated with the social impact of the supply of such products.

Differently from the case of the UK, in the other European countries, like Italy, a specialized ruling of home equity release schemes seems to be weak or in the early stages. Tax benefits like in Spain⁷⁸ are intended to further favour the spread of home equity conversion schemes but do not seem to be a very relevant success factor, and continental private law systems seem to be generally less suitable for ERSs like reverse mortgages.

Considering the age of the potential market participants on the demand side and the fact that ERSs deal with the most important wealth asset of households, a strict prudential regulation of such home equity reversion products may represent the key element for enhancing the acceptance and reputation of such products, which need to be clearly explained to the consumer in terms of information disclosure by the financial intermediaries and harrowing situations should be reduced as much as possible.

On the supply side, the analysis of the financial design of equity release schemes has highlighted that one of the main constraints in the operational management of home conversion products is the need of a strong real estate expertise. This is especially the case for sale equity release models where the investor has to manage the underlying property.

⁷⁸ About Italy, see G. O. MANNELLA, G. C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milan, 2015, pp. 219 ss.



That means that not all financial intermediaries may possess the requested competences. In that sense, the implementation of specialized investment vehicle like real estate investment funds or trusts (REITs) might be considered. They could collect cash contributions of institutional investors like pension funds, foundations and trusts, sensitive to the social need of elderly people, in order to invest the collected equity in loan and, especially, sale equity conversion products. As financial entities subject to a severe prudential regulation and vigilance, these specialized REITs could enjoy the confidence of the elderly persons, having a low financial competence and background.

At the same time, the participation of “social” investors could also allow to reduce the expected yield that such home equity release products should otherwise generate. This in the face of the recognition of higher benefits to the elderly households and in order to enhance the consumption capability of elderly persons at risk of poverty or social exclusion.



CLEANSING EFFECT E *STANDARD* DI *JUDICIAL REVIEW* NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA STATUNITENSE

PIERLUIGI MATERA, FERRUCCIO M. SBARBARO *

Sommario 1. Introduzione e inquadramento della questione. – 2. *Judicial review standard*, onere probatorio e scelte di *policy*. – 3. (Segue): in particolare, Revlon e l'*entire fairness standard*. – 4. (Segue): i *cleansing device* nella giurisprudenza precedente. – 5. I nuovi orientamenti: Corwin v. KKR Financial Holdings e i casi Revlon. – 6. (Segue): Kahn v. M&F Worldwide e le operazioni con *controlling stockholder*. – 7. Prospettive e criticità. – 8. Un raffronto tra le due sponde dell'Atlantico: lo *scheme of arrangement* di cui alla *Part 26* dello UK *Companies Act* 2006. – 9. Conclusioni.

1. *Power to the people and relief to directors*: è l'icastica e provocatoria formula di apertura che si apprezza in una breve nota¹ di commento ai recenti orientamenti della giurisprudenza del Delaware in materia di *cleansing effect* e *stockholder ratification*².

Sebbene la necessaria sinteticità sacrifichi naturalmente la complessità delle implicazioni sottese, l'espressione si disvela non priva di un qualche fondamento e segnala il minimo comune denominatore di due nuove linee di decisioni. Essa si richiama, infatti, agli effetti in tema di *judicial review standard* che derivano dai nuovi principi affermati in Corwin v. KKR Fi-

* L'opera, sebbene unitariamente concepita, è da attribuirsi come segue: a Pierluigi Matera i parr. 1, 2, 3, 6, 8 e 9; a Ferruccio M. Sbarbaro i parr. 4, 5 e 7.

¹ C. O'BRIEN, A. KURMANOVA, *Power to the People (and Relief to Directors): New Clarity on the Cleansing Effect of Stockholder Ratification*, in *The M&A Law.*, 2017, vol. 21, n. 2, p. 1.

² L'espressione "*stockholder ratification*" ha conosciuto un uso piuttosto variegato nella giurisprudenza statunitense. Tradizionalmente – e così nella indagine che segue –, con siffatta terminologia si fa riferimento a quelle situazioni nelle quali agli azionisti viene richiesta l'approvazione di una decisione del *board of directors* che non necessiterebbe di tale approvazione per la propria validità ed efficacia. Cfr. J. T. LASTER, *The Effect of Stockholder Approval on Enhanced Scrutiny*, in *WM. Mitchell Law Rev.*, 2013, vol. 40 p. 1443.



nancial Holdings³ e in *Kahn v. M&F Worldwide*⁴ rispettivamente nei contesti c.d. *Revlon* e in quelli invece con presenza di *controlling stockholder*; e segnatamente all'applicabilità della *business judgment rule* e delle sue *presumption* qualora l'operazione sia approvata da una “*fully informed, uncoerced majority of disinterested stockholders*”, nonché sia, per fattispecie con *controlling stockholder*, subordinata all'approvazione, in aggiunta, di uno *special committee* indipendente, con pieni poteri e che abbia assolto al proprio *duty of care in negotiating a fair price*.

Per certo, il mutamento nelle modalità dell'eventuale sindacato giudiziale non è conseguenza di poco conto, dacché l'accesso a uno *standard* di *judicial review* notoriamente ben più *director-friendly* risulta sovente determinante per le sorti dell'azione⁵. Ne discende chiaramente come le corti, nell'attribuire un nuovo peso – o meglio effetto, c.d. *cleansing* – al consenso assembleare, eventualmente preceduto e corredato dall'opera del predetto comitato, abbiano consegnato agli amministratori uno strumento, *rectius* una procedura – ora meno gravosa (*Corwin*) ora più gravosa (*M&F Worldwide*) – di notevole rilevanza nell'ambito di riferimento giacché, ove adoperata correttamente, condurrà con altissime probabilità a un veloce e precoce *dismissal* del *case* o ancor prima scoraggerà iniziative di sorta.

Non è però scontato che ciò comporti anche un maggior potere o una miglior tutela per gli azionisti di minoranza. E l'indagine si profila complessa.

³ *Corwin v. KKR Financial Holdings. LLC*, 125 A.3d 304 (Del. 2015), confermando *In re KKR Financial Holdings LLC Shareholder Litigation*, 101 A.3d 980, (Del. Ch. 2014).

⁴ *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, 88 A.3d 635 (Del. 2014).

⁵ Vasta è la letteratura in materia. Per i profili qui in interesse, v., *ex plurimis*, D. WILSON, *Desirable Resistance: Kahn v. M&F Worldwide and the Fight for the Business Judgment Rule in Going-Private Mergers*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2015, vol. 17, n. 2, p. 643 ss.; e in senso critico, L.P.Q. JOHNSON, *Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose*, *Del. J. Corp. Law*, 2013, vol. 38, p. 405 ss. Ragionata disamina degli *standard* in questione e della loro gradazione in relazione alla posizione degli amministratori prima dei nuovi orientamenti in commento in E. W. HECKER, Jr., *Fiduciary Duties in Business Entities Revisited*, in *U. Kan. Law Rev.*, 2013, vol. 61, p. 923 ss. V., altresì, le sempre valide riflessioni di W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *Function Over Form: A Reassessment of Standard of Review in Delaware Corporation Law*, in *Bus. Law.*, 2001, vol. 56, p. 1287 ss. e in *Del. J. Corp. Law*, 2001, vol. 26, p. 859 ss.; L. A. STOUT, *In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defense of Smith v. Van Gorkom and the Business Judgment Rule*, in *Nw. U. Law Rev.*, 2002, vol. 96, p. 675 ss.; A. S. GOLD, *A Decision Theory Approach to the Business Judgment Rule: Reflections on Disney, Good Faith, and Judicial Uncertainty*, in *Md. Law Rev.*, 2007, vol. 66, p. 398 ss.



Di là da formule più o meno suggestive e superando entusiasmi e critiche che pure le evoluzioni giurisprudenziali in parola hanno suscitato⁶, infatti, i citati arresti non solo vanno a collocarsi a giusto titolo nel novero dei “*leading cases*” chiamati a regolare un tema – quello degli *standard* di *review* appunto – tanto delicato quanto determinante per gli esiti dell’azione⁷, ma sono destinati a modificare l’assetto generale – e la *sedes* – dei controlli stessi e più esattamente l’equilibrio tra essi – e ciò quantomeno nella misura in cui le corti non riterranno di riaprire al sindacato giudiziale facendo ad esempio leva sull’assenza di una informazione piena, piuttosto che sulla sussistenza di una *coercion*.

E così, il significato di quanto affermato in *Kahn v. M&F Worldwide* come in *Corwin v. KKR Financial Holdings* finisce con il trascendere finanche la rimarchevole ma specifica variazione in termini di *burden of proof* e *judicial review standard* e con l’aprire a irrinunciabili valutazioni in ordine alle scelte di *policy* sottese alle soluzioni adottate o alle loro conseguenze più generali sul settore – ma soprattutto in ordine alla loro eventuale ascrivibilità nel solco di un più generale *trend* in argomento piuttosto che alla loro potenziale utilità ai fini di una circolazione del principio.

A ben vedere, superando la particolarità delle operazioni nelle quali le citate pronunce sono maturate, la decisione di collegare alla *stockholder ratification* effetti sì importanti sul piano processuale – quale l’applicabilità della *business judgment rule* e del suo regime appunto – è determinazione precipuamente calibrata, con buone probabilità lungamente meditata e che, più che nella prospettiva del potere riconosciuto agli azionisti – in questo caso di minoranza –, va analizzata in termini di contemperamento di interessi e di finalità perseguite o conseguite.

⁶ Già numerosi sono i commenti in materia. Oltre a quanto citato *infra*, v. le annotazioni sulle graduali evoluzioni del *cleansing effect* in R. S. REDER, *Delaware Chancery Court Extends “Cleansing Effect” of Stockholder Approval Under KKR to Two-Step Acquisition Structure*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2016, vol. 69, p. 227 ss.; nonché R. S. REDER, T. M. BULBA, *Delaware Courts Diverge on Whether “Cleansing Effect” of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2017, vol. 70, p. 1 ss. nonché *in* ID., *Delaware Courts Confront on Whether “Cleansing Effect” of Corwin Applies to Duty of Loyalty Claims*, p. 35 ss.

⁷ Per D. WILSON, *op. cit.*, p. 644, solo il raffronto con la giurisprudenza consolidatasi lungo diversi decenni può consentire “*to appreciate the magnitude of this event*”. Ma nel medesimo senso anche gli altri commenti. V. altresì i dati offerti in F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *The Effect of Delaware Doctrine on Freezeout Structure & Outcomes: Evidence on the Unified Approach*, in *Harv. Bus. Law Rev.*, 2015, vol. 5, in part. p. 217 ss.



In altre parole, nessuno dei due provvedimenti può essere considerato alla stregua di un inatteso e improvviso *revirement*, dovendosi per contro rimarcare come entrambe le decisioni siano riconducibili a due direttrici che originano da una medesima ponderazione, presumibilmente elaborata lungo un preciso convincimento quantomeno con riferimento al rapporto costi/benefici degli strumenti di controllo e dell'accesso alla *litigation* più in generale.

Depongono in questo senso molteplici circostanze: le due pronunce sono praticamente coeve e sono maturate nell'ambito della medesima Corte – che, come è noto, vanta la più ampia esperienza in materia di società nel sistema statunitense e le cui innovazioni nel campo hanno attraversato sovente l'Atlantico; entrambe sono state immediatamente ribadite e convintamente seguite anche al di fuori della giurisprudenza del Delaware; un'accurata ricostruzione è in grado di far emergere una serie di decisioni per così dire preparatorie che rinviene nelle due pronunce il culmine di un percorso.

Non solo, ma è agevole rilevare già *prima facie* come le argomentazioni fornite a sostegno delle soluzioni in esame non manchino di accuratezza e non trascurino valutazioni sistematiche.

È stato osservato, in relazione a *Kahn v. M&F Worldwide*, come la decisione sia “*part of a broader, desirable trend of pushback against Lynch*”⁸; o come Revlon stesse esauendo la propria spinta e segnando il passo⁹. Ma un'indagine più ampia, che componga in una corretta prospettiva *Corwin v. M&F Worldwide*, è in grado di supportare conclusioni ben più significative. Non a caso, tra le riflessioni di quest'ultimo caso (*Corwin v. KKR Financial Holdings*) si legge come “*when the real parties in interest – the disinterested equity owners – can easily protect themselves at the ballot box by simply voting no, the utility of a litigation-intrusive standard of review promises more costs to stockholders in the form of litigation rents and inhibitions on risk-taking than it promises in terms of benefits to them*”.

⁸ D. WILSON, *op. cit.*, p. 646; il riferimento è a *Kahn v. Lynch Communications Systems, Inc.*, 638 A.2d 1110 (Del. 1994), di cui più diffusamente *infra*.

⁹ Cfr. L.P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *The Dwindling of Revlon*, in *Wash. & Lee Law Rev.*, 2014, n. 71 p. 167 ss.; cfr. in senso parzialmente difforme, ma prima di *Corwin v. KKR Holdings*, M. MANESH, *Nearing 30, is Revlon showing its Age?*, in *Wash. & Lee Law Rev. Online*, 2014, n. 71, p. 107 ss.



Il che val quanto dire che le esigenze di tutela degli azionisti di minoranza nell'ambito in questione risultano ora recedere rispetto ai costi, anche in termini di politiche manageriali eccessivamente difensive o di eccessi nella corrispondente *litigation*, che l'applicazione di un più penetrante parametro di sindacato delle decisioni comporterebbe. Di modo che il controllo offerto dalla nuova procedura di approvazione da parte dei *disinterested stockholder* – nonché da parte dello *special committee* per l'applicabilità del nuovo *standard* di cui in M&F Worldwide – appare sufficiente nel bilanciamento di interessi anche a fronte della correlata riduzione nell'efficacia dell'eventuale *private enforcement* operato da un socio dissenziente.

Solo componendo *in unum* le due linee di casi originati dalle pronunce in questione e procedendo a una lettura in questa chiave si può tentare di scongiurare la mera annotazione, per virare verso un'indagine che aspiri a non rivelarsi riduttiva o semplicistica. In questa prospettiva, possono evitarsi, per un verso, sottovalutazioni che colgano unicamente gli aspetti particolari – come la pur opportuna eliminazione di talune sperequazioni – e, per altro verso, sopravvalutazioni che proclamino incautamente l'abbandono da parte delle corti di ogni *scrutiny* per le fattispecie in parola – o trascurando la presenza di “valvole” nella procedura di approvazione che possono riaprire al sindacato o anche solo estendendo, oltre quanto deciso dai giudici, i confini soprattutto di M&F Worldwide¹⁰.

A tal fine, però, appare necessario dapprima inquadrare i nuovi orientamenti in esame nel dibattito sulla funzione che nell'ordinamento americano assolvono i diversi *standard* di *judicial review*; punto dal quale è dunque opportuno prendere le mosse, per poi procedere per ordine nella verifica delle intuizioni sopra accennate.

2. Al pari di quanto accennato, gli effetti sull'assetto generale degli strumenti di controllo della *corporate governance* che i principi affermati in *Corwin v. KKR Financial Holdings* e in *Kahn v. M&F Worldwide* possono sortire – e invero già registrano – sono agevolmente immaginabili sol che si consideri la funzione che la *business judgment rule* assolve nel sistema

¹⁰ Avverte del rischio I. FIEGENBAUM, *The Geography of MFW-Land*, in *Del. J. Corp. Law*, 2017, p. 11 ss., in corso di pubblicazione, disponibile in SSRN all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=2850900>.



statunitense; ragione per la quale, peraltro, se non precipuamente ricercati questi effetti sono quantomeno stati consapevolmente previsti. Nondimeno, affinché questa non sembri un'argomentazione *post hoc* e *propter hoc* occorre spendere qualche parola.

Come è noto, la *business judgment rule* – la regola che non è una regola, come è stata definita, in quanto “*it has no mandatory content*” e “*it involves no substantive «do's» or «don'ts» for corporate directors or officers*” – costituisce il più celebre *standard* di *judicial review*; o forse più correttamente di “*non-review*”, giacché permette un limitato sindacato del merito di una *business decision*¹¹.

Essa rappresenta sostanzialmente “*a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company*”; i giudici presumono così che la decisione non ha integrato *fraud, illegality, ultra vires conduct* o *waste*¹². Di modo che non sarà consentito un *second-guess* alla corte la quale, peraltro, secondo la tradizionale e condivisa opinione che ha da sempre dominato il dibattito nordamericano sul punto, non si trova nella posizione ideale per valutare le circostanze che un *director* ha dinanzi quando deve decidere. In tal senso, la *business judgment rule* è un vero e proprio “*cardinal precept*” che restituisce processualmente la convinzione secondo cui “*directors, rather than shareholders, manage the business and affairs of the corporation*”¹³.

¹¹ Le sagaci espressioni sono di D. M. BRANSON, *The Rule at Isn't a Rule - The Business Judgment Rule*, in *Val. U. Law Rev.*, 2002, vol. 36, p. 631. Lo definiscono l'espressione di una “*policy of non-review*” pure W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, Jr., *op. cit.*, p. 870.

¹² *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), citando altresì *Kaplan v. Centex Corp.*, 284 A.2d 119, 124 (Del. Ch. 1971), secondo una delle più comuni descrizioni della regola.

¹³ *Aronson v. Lewis*, cit., 811 o anche *In re PSE&G Shareholder Litigation*, 315 N.J. Super. 325, 718 A.2d 254, 256 (1998). In *In re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation*, 879 A.2d 604, 614 (Del. Ch. 2005) si legge che “*the central idea of Delaware's approach to corporation law is the empowerment of centralized management, in the form of boards of directors and the subordinate officers they choose, to make disinterested business decisions. The business judgment rule exemplifies and animates this idea*”. V. pure *Orman v. Cullman*, 794 A.2d 5, 20 (Del. Ch. 2002), citato in *In re KKR Financial Holdings LLC Shareholder Litigation*, cit., 989. Non mancano nemmeno ordinamenti che rafforzano ulteriormente la posizione dei *directors* come collegata all'applicabilità della *business judgment rule*. A mero titolo esemplificativo, si consideri quanto accade in Virginia: v. L. V. PARKER, JR., *Virginia is for Lovers and Directors: Important Differences between Fiduciary Duties in Virginia and Delaware*, in *Wm & Mary*



Per superare tale presunzione, l'attore si assumerà l'onere di dimostrare che gli amministratori hanno consapevolmente violato i propri “*fiduciary duties*” di “*good faith, loyalty and due care*”¹⁴; e per farlo nemmeno invocare una *gross negligence* sarà sufficiente¹⁵, se è vero che il *plaintiff* dovrà provare che il *director* o l'*officer* ha agito “*intentionally [...] with a purpose other than that of advancing the best interests of the corporation*” o “*with the intent to violate applicable positive law*”, o ancora ha omesso “*to act in the face of a known duty to act, demonstrating a conscious disregard for his duties*”¹⁶. In altri termini, salvo che alle decisioni degli amministratori non si possa attribuire realmente *any rational business purpose*, la regola offrirà un completo schermo dal sindacato giudiziale¹⁷.

L'applicazione della *business judgment rule*, allora, con il proprio gravoso onere probatorio, è destinata a lasciare un assai scarso margine di successo per l'attore, con probabile *dismissal* anche in fase di *pleading*, privando di fatto la situazione giuridica *de qua* di un concreto *private enforcement*. Il che val quanto dire che si riduce sostanzialmente, nell'ambito del novero dei controlli sulla correlata operazione, il ruolo di quello delle corti, talvolta in favore, come nel caso in questione, di una procedimentalizzazione di quella decisione – ipotesi nella quale, poi, è siffatta procedimentalizzazione chiamata ad assicurare *ex ante*, per altro mezzo (ad esempio a mezzo di un *committee of independent directors* e degli azionisti *disinterested*) l'indispensabile controllo.

Bus. Law Rev., 2001, vol. 2, p. 51 ss. Per l'ordinamento italiano cfr., da ultimo, i riferimenti giurisprudenziali in S. SCOTTI CAMUZZI, *Note sull'importazione nel diritto italiano, dal diritto statunitense, della business judgement rule*, in *Foro padano*, 2015, p. 467 ss.

¹⁴ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345, 361 (Del. 1993). Peraltro, rispetto alla triade *care, loyalty* e *good faith*, si noti come quest'ultimo sia in realtà una sottoarticolazione del *duty of loyalty*; per tutti, sul punto, in *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362, 370 (Del. 2006) si legge come “*the fiduciary duty of loyalty is not limited to cases involving a financial or other cognizable fiduciary conflict of interest. It also encompasses cases where the fiduciary fails to act in good faith*”.

¹⁵ *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27, 66 (Del. 2006).

¹⁶ *Id.*, 67-68.

¹⁷ Così *Sinclair Oil Corp. v. Levien*, 280 A.2d 717, 720 (Del. 1971). Laddove l'attore non riesca a provare ciò, la *business decision* sarà “*insulated*” – nella terminologia delle corti statunitensi – da ogni contestazione. V., tra tanti, anche, *Joy v. North*, 692 F.2d 880, 885 (2d Cir. 1982) Cfr. più di recente, *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, cit., 74; v., giustappunto con riferimento a M&F Worldwide, la ricostruzione di D. WILSON, *op. cit.*, p. 647.



In linea teorica, quindi, la determinazione in ordine all'applicabilità o meno della regola in parola sottende valutazioni di *policy* le quali selezionino le situazioni giuridiche o da ritenersi meritevoli di particolare attenzione, *id est* di un più penetrante *judicial scrutiny* e dunque da parametrare a criteri di sindacato altri rispetto alla *business judgment rule*; o per contro da schermare contro azioni di disturbo, vessatorie o comunque non sorrette da evidenze immediate, con conseguente applicazione della *rule* in esame. Tali valutazioni devono richiamarsi necessariamente a considerazioni sistematiche, di matrice inevitabilmente pubblicistica, che tengano conto anche di fattori come il carico giudiziario o i risultati rilevati in ordine ai rimedi disponibili.

Pertanto, le riflessioni che inducono una corte alla individuazione della *business judgment rule* quale *standard* di riferimento non dovrebbero auspicabilmente mai essere estemporanee bensì essere il risultato di un ben preciso processo o finanche progetto per così dire politico; e dunque potrebbero ben essere ponderate più che rispetto agli interessi privatistici in gioco, rispetto a quelli pubblicistici cui il generale assetto dei controlli risponde – particolarmente nell'approccio di legislatori e corti specializzate e che sovente producono modelli¹⁸.

Orbene, di là da speculazioni che possono apparire giustappunto più o meno teoriche e di là dalla verosimiglianza di logiche che disvelerebbero un'asettica lucidità nella redazione delle decisioni, vi sono ragioni che inducono a ritenere che sul tema un impegno in tal senso dei giudici nordamericani si registri in concreto, anche eventualmente con un'opera realizzata in parte nelle pronunce che precedono e seguono completando il precedente; o comunque, in ultima analisi, che tanto sia accaduto in questo caso¹⁹.

¹⁸ In special modo se si discorre delle corti del Delaware, sia per il ruolo che storicamente hanno sempre assolto in materia di *corporate law*, sia perché per tale ragione le relative pronunce sono oggetto di peculiare attenzione da parte della dottrina. Secondo L. P. Q. JOHNSON, *op. cit.*, p. 406, “*apart from the Justices on the United States Supreme Court, it is hard to imagine that any judges in our country receive closer scrutiny than those serving on Delaware's courts*”.

¹⁹ Non mancano opinioni più scettiche in ordine alla capacità o meglio alla consapevolezza dell'elaborazioni giurisprudenziali in termini di politica del diritto, almeno nelle prime pronunce che segnano una significativa innovazione in materia, come si dirà *infra*.



Depongono in favore di questa conclusione, secondo le più autorevoli ricostruzioni²⁰, sia la funzione che in generale il sistema capitalistico riconosce al diritto delle società, sia il modello che la *corporate law* statunitense sembra sempre più perseguire, sia la complessa gradazione di *judicial review standard* man mano elaborata, sia infine la lettera delle stesse pronunce e, per quanto in interesse, di Corwin e di M&F Worldwide, già nella formulazione prodotta dalla *Chancery Court*.

Lasciando il primo profilo alle indagini dedicate al dibattito sul tema²¹ e riservando l'ultima considerazione alla successiva analisi dei due casi in commento, giova precisare con riferimento alle altre due quanto segue.

In primis, come è stato autorevolmente osservato²², la legislazione statunitense in materia di società ha lasciato emergere, nel corso del secolo scorso, un lento ma graduale abbandono del “*mandatory or prescriptive model*” in favore di un “*pure contractual or enabling model*”. Ne discende come, in questo contesto, lo stesso legislatore – *in unum* intendendosi sia quello federale che quelli statali – abbia affidato in misura sempre crescente il perseguimento delle predette finalità all'*ex post judicial review* delle condotte dei *corporate officer* e *director*, valutate sulla scorta dei “*fiduciary duties*”; e ciò con l'ulteriore conseguenza di una sempre più raffinata elaborazione delle categorie dei doveri fiduciari dei *manager* come pure di una crescente sofisti-

²⁰ Sul tema anche se non con specifico riferimento alle due sentenze in commento, cfr. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, Jr., *op. cit.*, p. 860 ss.

²¹ Se è vero che le società costituiscono il principale veicolo del moderno capitalismo e che quindi le regole che ne presidiano il funzionamento, come affermate in sede legislativa e per via giurisprudenziale, sono chiamate a governare uno dei momenti essenziali dell'organizzazione dei fattori produttivi, allora non può che ritenersi che sia l'opera del legislatore sia quella delle corti sia informata, *inter caetera* e almeno negli auspici, a una tensione costante verso l'efficiente allocazione delle risorse; e dunque avere riguardo al rapporto, in quest'ottica, tra costi e benefici di ogni strumento come pure di ogni incentivo al suo impiego, *in primis* con riguardo a quello del *judicial redress*. Ben nota la vasta letteratura in materia, nell'ambito del quale sia sufficiente il rinvio a A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *A Survey of Corporate Governance*, in *J. Fin.*, 1997, vol. 52, n. 2, pp. 737 ss.; R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, R. W. VISHNY, *Legal Determinants of External Finance*, in *J. Fin.*, 1997, vol. 52, n. 3, pp. 1131 ss.; ID., *Law and Finance*, in *J. Pol. Econ.*, 1998, vol. 106, n. 6, pp. 1113-1155; ID., *Investor Protection and Corporate Governance*, in *J. Fin. Econ.*, 2000, vol. 58, n. 1-2, pp. 3-27.

²² W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 861, da cui le citazioni che seguono. Ivi anche il riferimento agli accenti tanto critici quanto celebri di B. A. MANNING, *The Shareholder's Appraisal Remedy: An Essay for Frank Coker*, in *Yale Law J.*, 1962, vol. 72, p. 223 ss.



cazione e graduazione degli *standard* di sindacato chiamati a regolare nel processo l'*enforcement* di questi doveri.

Si pensi, per un verso, all'espansione dei soggetti e delle situazioni in cui i predetti doveri fiduciari siano invocabili²³ o all'emersione, dal più generico *duty of loyalty*, della categoria dell'*entrenchment* – con essa intendendosi i casi in cui gli amministratori non hanno un “*direct pecuniary interest in the transaction but have an «entrenchment» interest i.e., an interest in protecting their existing control of the corporation*”²⁴. Come pure, per altro verso, si consideri la differenziazione dei *judicial review standard* che ha condotto man mano a un quadro particolarmente dettagliato e misurato rispetto alle specifiche situazioni giuridiche in tutela; e soprattutto si consideri, proprio alla luce di tale diversificazione, la possibilità di individuare per via giurisprudenziale regole di *shifting* o dell'onore della prova in capo all'altra parte o finanche dello *standard di review* stesso ogni qual volta gli amministratori seguano particolari procedure.

Ma qui si viene all'altra riflessione.

3. Come detto, il costante lavoro di elaborazione delle corti ha condotto all'affermazione di una raffinata gradazione degli *standard* di *judicial review* per l'azione che allieghi la violazione dei doveri fiduciari, variando parametro in base al contesto di riferimento. Si è soliti affermare come, oltre la *business judgment rule* appunto, sussistano l'*enhanced scrutiny standard* di Unocal²⁵ e Revlon²⁶ nonché lo *standard* più stringente della c.d. *entire fairness*, come pure le regole di Blasius²⁷ e Schnell²⁸.

²³ Inferirti ora in capo agli amministratori, ora in capo finanche ai *controlling stockholder*.

²⁴ Categoria che è andata emergendo dal 1985 in avanti. Cfr. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 862 da cui la citazione. V. Speiser v. Baker, 525 A.2d 1001 (Del. Ch. 1987).

²⁵ Unocal Corp. v. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985).

²⁶ Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986).

²⁷ Blasius Industries v. Atlas Corporation, 564 A.2d 651 (Del. Ch. 1988).



Ma da taluni si è rimarcato altresì come, a eccezione che per i due ultimi *test* citati, qui non rilevanti per l'evoluzione di M&F Worldwide e Corwin, la tendenza delle corti a rimettere agli amministratori le decisioni ovvero a rifuggire dal *second-guess* tende a riemergere sotto la veste di ritorno alla *business judgment rule* giustificato formalmente dall'impiego di “*external monitors*” che offrano alte probabilità di *fairness*, per così dire: amministratori indipendenti, *disinterested shareholder approval*, mercato²⁹. O come in M&F Worldwide mediante una combinazione di due di questi meccanismi.

Anzi, a ben vedere il processo logico non è distante da quel che già accade ordinariamente. Se solitamente gli amministratori riportano la propria condotta alle modalità necessarie per godere dello schermo della *business judgment rule*, nelle nuove linee di Corwin e M&F Worldwide le corti indicano in dettaglio i *trigger* che, anche in combinazione tra loro, attivano la presunzione della *business judgment rule* pure al di fuori delle fattispecie nelle quali è già assicurata, articolando una procedura che replicherebbe un *arm's length purchase*; con la conseguenza da indurre gli amministratori a seguire tali percorsi per innescare il *cleansing effect* e ripristinare la vantaggiosa protezione *de qua*.

Il tutto, invero, secondo una logica già in parte seguita per il contesto in questione nel citato Kahn v. Lynch Communications Systems e ancor prima pure suggerita in Weinberger v. UOP³⁰.

Un passo indietro.

Come noto, il modo più semplice per l'attore di superare le presunzioni della *business judgment rule* evitando che si applichi lo schermo è invocare il *self-dealing*, la violazione del do-

²⁸ Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc., 285 A.2d 437 (Del. 1971). Ragionata e raffinata ricostruzione degli standard e della loro evoluzione, senza dimenticare oltre ai casi citati in questo saggio Simth v. van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del. 1985) o Cede & Co. v. Technicolor, Inc., 34 A.2d 345 (Del. 1993), in W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, pp. 871-890.

²⁹ M. SIEGEL, *The Illusion of Enhanced Review of Board Actions*, in *U. Penn. J. Bus. Law*, 2013, vol. 15, n. 3, p. 600, peraltro con un'intuizione che anticipa i due casi qui in commento.

³⁰ Weinberger v. UOP, Inc., 457 A.2d 701, 703 (Del. 1983). Ovviamente, rispetto a questi meccanismi non manca chi esprime qualche comprensibile perplessità. Cfr. E. B. ROCK, *Corporate Law Doctrine and the Legacy of American Legal Realism*, in *U. Penn. Law Rev.*, 2015, vol. 163, pp. 2031-2.



vere di non agire in conflitto d'interessi nella *transaction* in contestazione³¹. Infatti, a fronte di un *financial interest* di colui sul quale incombe un *duty of loyalty* nella materia decisa – vale a dire in una situazione che sarà “intrinsecamente sospetta” perché il *director* ad esempio consegue un beneficio economico non disponibile agli altri “*similarly situated shareholders*” – si attiverà lo *standard* di sindacato dell'*entire fairness*, ben più stringente perché sul merito (“*substantive merits*”) e con onere della prova a carico del convenuto³². Esso richiederà la prova sia del *fair dealing*, con riguardo quindi al momento procedurale per così dire, sia quella del *fair deal*, investendo così il profilo sostanziale dell'operazione realizzata³³; di guisa che quantomeno sarà assai probabile il superamento della fase preliminare e l'accesso al processo vero e proprio, con tutte le conseguenze anche in termini di desiderabilità per gli amministratori convenuti di un più sicuro accordo transattivo, con i ben conosciuti e indagati effetti distorsivi correlati (*overenforcement, overdeterrence*)³⁴.

Situazioni tipiche in cui il parametro di riferimento diviene l'*entire fairness standard* sono quelle con *controlling stockholder* quale ad esempio, giustappunto per quanto qui in interesse, un *going-private merger* – una delle modalità con cui si realizza il *buyout* della minoranza, anche definito efficacemente *freezeout* o *squeezeout*. La presenza dall'altra parte del medesimo soggetto che controlla la società, con l'ovvia capacità anche di condizionamento del *management*, è

³¹ Parafrasando il celebre *Fliegler v. Lawrence*, 361 A.2d 218, 221 (Del. 1976) o l'ancor più celebre *Aronson v. Lewis*, cit., 812, da cui le citazioni nel capoverso. La regola è così applicata in tutte le giurisdizioni degli Stati Uniti. Cfr., per esempio, *Newton v. Hornblower*, 582 P.2d 1136, (Kan. 1978), in part. pp. 1145-47.

³² E. W. HECKER, Jr., *op. cit.*, p. 925.

³³ *Weinberger v. UOP, Inc.*, cit., 711. La giurisprudenza sul punto è amplissima. Di recente, per altra giurisdizione, *Becker v. Knoll*, 239 P.3d 830, 835 (Kan. 2010).

³⁴ Vasta la letteratura per un problema ampiamente discusso e sempre attuale, nella dialettica tra benefici e costi di public e private enforcement. *Ex plurimis*, il necessario rinvio ai celebri J. C. COFFEE, JR., *Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working*, in *Md. Law Rev.*, 1983, vol. 42, p. 215 ss. e ID., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions*, in *Col. Law Rev.*, 1986, vol. 86, n. 4, p. 669 ss. Più di recente, ID., *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, in *U. Penn. Law Rev.*, 2007, vol. 156, p. 229 ss.; A. M., ROSE, *Reforming Securities Litigation Reform: Restructuring the Relationship Between Public and Private Enforcement of Rule 10b-5*, in *Col. Law Rev.*, 2008, vol. 108, n. 6, p. 1301 ss.



chiaramente foriera di un'elevata possibilità di abusi, in un'ampia varietà di modalità³⁵; e comunque tale da richiedere la più penetrante regola di *review dell'entire fairness*³⁶.

Ricorrente quanto incisiva è la metafora impiegata in argomento dalla giurisprudenza nordamericana per giustificare la scelta in parola, che si richiama alla figura del gorilla da 800 *pound* il quale desidera il resto delle banane per sé e a fronte del quale “*chimpanzees like independent directors and disinterested stockholders could not be expected to make sure that the gorilla paid a fair price*”³⁷.

È parimente noto, nondimeno, come, “*avoiding a crude bifurcation of the world into two starkly divergent categories – business judgment rule review reflecting a policy of maximal deference to disinterested board decisionmaking and entire fairness review reflecting a policy of extreme skepticism toward self-dealing decisions*”³⁸ –, le corti abbiano elaborato un livello intermedio³⁹ di *judicial scrutiny*, una *enhanced business judgment rule* nella quale il sindacato non si arresta alla mera razionalità ma richiede la ragionevolezza delle scelte intraprese pur non spingendosi fino alla prova della *fairness*⁴⁰.

³⁵ Il tema è ben noto. In I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 38 si legge: “*Delaware law recognizes two sets of circumstance that implicate the existence of a controlling stockholder. Ownership of at least 50% of the voting rights provides evidence of control. Alternatively, domination over the board's decision-making process can transform a substantial stockholder owning less than a majority of the voting rights into a controlling stockholder with regards to a challenged board action*”. V. anche R. J. GILSON, J. N. GORDON, *Controlling Controlling Shareholders*, in *U. P.A. Law Rev.*, 2003, vol. 152, p. 785.

³⁶ D. WILSON, *op. cit.*, p. 644 ove anche ampia rassegna di giurisprudenza.

³⁷ *In re Southern Peru Copper Corp. Shareholder Derivative Litigation*, 52 A.3d 761, 788 n.79 (Del. Ch. 2011) (*Strine opinion*), confermato *sub nom.* *Americas Mining Corp. v. Theriault*, 51 A.3d 1213 (Del. 2012). Ma l'esempio è già in *Kahn v. Tremont Corp.*, 694 A.2d 422, 428 e, tra tanti, commentato e rafforzato in L. E. STRINE, JR., *The Inescapably Empirical Foundation of the Common Law of Corporations*, in *Del. J. Corp. Law*, 2002, vol. 27, p. 509.

³⁸ *In re Dollar Thrifty Shareholder Litigation*, 14 A.3d 573, 597 (Del. Ch. 2010), anche cit. in L. BOWER BRAUNSBURG, *Asking the Right Question: Mixed Consideration Denominator Problem*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, p. 996.

³⁹ Lo definisce come tale, *ex multis*, *Equity-Linked Investors, L.P. v. Adams*, 705 A.2d 1040, 1055 (Del. Ch. 1997).

⁴⁰ “*Unlike the bare rationality standard applicable to garden-variety decisions subject to the business judgment rule, the Revlon standard contemplates a judicial examination of the reasonableness of the board's decision-making process*”. Chiaramente “*this reasonableness review is more searching than rationality review*”: così *In re Netsmart Techs., Inc. Shareholders Litigation*, 924 A.2d 171, 192 (Del. Ch. 2007).



Il riferimento è ai menzionati Unocal e Revlon, con particolare attenzione ovviamente al secondo precedente e alla sua lunga progenie, per le situazioni involte nelle pronunce oggetto della presente indagine.

Senza velleità di completezza ed evitando di deviare dalla linea del presente commento, sia sufficiente ricordare che nelle operazioni che comportano un “*sale or change in control*”, obblighi e *standard* di riferimento variano in ragione della specificità del contesto e del momento: l'intero *board of directors* ha il precipuo dovere di ottenere semplicemente il miglior prezzo per gli azionisti e le sue decisioni sul punto sono sottoposte alla verifica di ragionevolezza sopra menzionata.

Più in dettaglio, secondo la Revlon *doctrine*, il dovere degli amministratori muta laddove in tale ambito sia divenuto evidente il *break-up* della società, trasformandosi gli amministratori “*from defenders of the corporate bastion to auctioneers charged with getting the best price for the stockholders at a sale of the company*”⁴¹; non solo, ma per le medesime ragioni, in caso di azione in giudizio, le decisioni degli stessi amministratori saranno in aggiunta valutate appunto alla luce del richiamato e più stringente *standard* della *reasonableness*.

Beninteso, anche il Revlon *standard* è rispettoso – se così si vuol tradurre il termine “*differential*” impiegato da dottrina e giurisprudenza statunitensi – verso le prerogative decisionali degli amministratori, di tal che “*courts will not substitute their business judgment for that of the directors, but will determine if the directors’ decision was, on balance, within a range of reasonableness*”⁴².

⁴¹ Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., cit., 182. Rimarca correttamente M. MANESH, *Defined by Dictum: the Geography of Revlon-Land in Cash and Mixed Consideration Transactions*, in *Vill. Law Rev.*, 2014, vol. 59, n. 1 p. 2 come non si tratti però di un dovere nuovo o indipendente, piuttosto di un riposizionamento, di una variazione nel contenuto dei fondamentali doveri fiduciari degli amministratori. V. Barkan v. Amsted Indus., Inc., 567 A.2d 1279, 1286 (Del. 1989) ove si afferma che i doveri in ossequio alla regola di Revlon comportano semplicemente che i “*directors must act in accordance with their fundamental duties of care and loyalty*”, anche cit. in M. SIEGEL, op. cit., p. 612. Sul tema del perimetro di Revlon, cfr. di recente anche S. M. BAINBRIDGE, *The Geography of Revlon-Land*, in *Ford. Law Rev.*, 2013, vol. 81, p. 3277, ss. e in part. p. 3281 e M. SIEGEL, op. cit., p. 610 ss.

⁴² Così, da ultimo, In re Rural Metro Corp. Shareholders Litigation, 88 A.3d 54, 84 (Del. Ch. 2014). V. già Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc., 637 A.2d 34, (Del. 1994). Equity-Linked Investors, L.P. v. Adams, cit., 1055.



Cosa costituisca “*sale or change in control*” e quando il *break-up* della società sia divenuto evidente, vale a dire quale sia il perimetro della c.d. *Revlon-land*⁴³ e quando scattino i meccanismi illustrati, è quesito cui hanno risposto una serie di casi che hanno perfezionato la pronuncia in parola, in un lavoro continuo e non esente da critiche⁴⁴. Sostanzialmente, lo *standard* di *review* prescritto in *Revlon* trova applicazione in tre circostanze “(1) *a corporation initiates an active bidding process seeking sale or break-up*, (2) *a target abandons its long-term strategy in response to an offer and seeks a transaction involving break-up*, or (3) *the approval of a transaction results in sale or change of control*”⁴⁵.

La logica appare evidente, ove si considerino le dinamiche di questa tipologia di operazioni: gli amministratori, liberi dalla prospettiva della conferma del proprio ruolo, potrebbero essere indotti ad agire per i propri esclusivi interessi, sfuggendo ai propri obblighi e aspirando a monetizzare il proprio investimento e a procedere a nuovi incarichi oppure ad assumerne uno nuovo nel o grazie al *bidder*, senza invece massimizzare il valore dell’uscita per gli azionisti⁴⁶.

In altri termini, l’incremento dei rischi di *disloyalty* – e quindi dei potenziali costi di *agency* – non può che reclamare un livello di sindacato superiore a quello della *deferential business*

⁴³ Come segnalato da M. MANESH, *Defined by Dictum*, cit. p. 2 – ove ampia rassegna di casi – la Corte Suprema del Delaware ha stigmatizzato l’uso dell’espressione assai invalsa di *Revlon-land*, come pure di *Revlon-duties*, sebbene proprio ai *Revlon-duties* essa abbia poi fatto riferimento in *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare, Inc.*, 818 A.2d 914, 928 (Del. 2003). Ma vedi nota precedente.

⁴⁴ Tra cui appunto *Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc.*, cit., e *Arnold v. Society for Savings Bancorp, Inc.*, 650 A.2d 1270 (Del. 1994).

⁴⁵ L. BOWER BRAUNSBURG, *op. cit.*, p. 997 in un’efficace sintesi. Ivi il riferimento anche a M. WHITE-SMITH, *Revisiting Revlon: Should Judicial Scrutiny of Mergers Depend on the Method of Payment?*, in *U. Chi. Law Rev.*, 2012, vol. 79 p. 1177, ove l’evocativo parallelo con la scarsamente saggia ipotesi di “*send out the salesman who just put in his two weeks’ notice*”. Tra i casi che illustrano le ipotesi che attivano lo *standard* di *Revlon*, v. In re *Santa Fe Pac. Corp. Shareholder Litigation*, 669 A.2d 59, 71 ove si menzionano le seguenti situazioni: “(1) *when a corporation initiates an active bidding process seeking to sell itself or to effect a business reorganization involving a clear break-up of the company*; (2) *where, in response to a bidder’s offer, a target abandons its long-term strategy and seeks an alternative transaction involving the break-up of the company*; or (3) *when approval of a transaction results in a sale or change of control*”, anche citando *Arnold v. Society for Savings Bancorp, Inc.*, cit., 1290.

⁴⁶ Cfr. *Reis v. Hazelett Strip-Casting Corp.*, 28 A.3d 442, 457 (Del. Ch. 2011); J. C. HARTZELL, E. OFEK, D. YERMACK, *What’s in It for Me? CEOs Whose Firms Are Acquired*, in *Rev. Fin Stud.*, 2004, vol. 17, n. 1, p. 37 ss.; L. BOWER BRAUNSBURG, *op. cit.*, p. 998.



judgment rule ma comunque non così svantaggioso per gli amministratori convenuti come l'*entire fairness standard* – applicabile ai contesti in cui sussiste il conflitto d'interessi, come per il caso di una *going-private transaction* con *controlling stockholder*.

Orbene, in buona approssimazione, sono questi i territori sui quali si muove la questione oggetto dell'indagine, giacché assai precipui e invero non frequenti risultano le situazioni nelle quali vengono in conto gli ultimi due *standard supra* menzionati, quelli di Blasius e Schnell. Il primo entra in gioco – come poi confermato anche dalla Corte Suprema dello stesso Stato in *MM Cos. v. Liquid Auto*⁴⁷ – ogni qual volta l'attore dimostri che il consiglio di amministrazione ha agito per il “*primary purpose of thwarting the exercise of the shareholder vote for the election of directors*”; e consentirà, di conseguenza, agli amministratori di giustificare per la propria condotta unicamente provando la sussistenza di una “*compelling justification*”⁴⁸. Infatti, ai sensi di questa regola, di fronte a un comportamento teso a vanificare il voto assembleare per la nomina degli amministratori, nemmeno la prova di una loro *good faith* e *due care* sarà rilevante o meglio sufficiente, senza quella della citata *compelling justification*⁴⁹.

Anche nel secondo, *Schnell v. Chris-Craft Industries*, la fattispecie di riferimento si richiama sostanzialmente a una manipolazione del meccanismo elettorale, in un caso in cui gli amministratori avevano modificato luogo e data dell'*annual meeting* della società per neutralizzare una *proxy fights* a loro avversa. Ivi, sebbene la condotta avesse rispettato formalmente ogni previsione dello statuto, la *Supreme Court* del Delaware ha affermato il celebre principio secondo cui una “*inequitable action does not become permissible simply because it is legally possible*”⁵⁰.

⁴⁷ 813 A.2d 1118 (Del. 2003); *Nevins v. Bryan*, 885 A.2d 233, 352 (Del. Ch. 2005), confermato in 884 A.2d 512 (Del. 2005).

⁴⁸ *Blasius Industries v. Atlas Corporation*, cit., 661-2;

⁴⁹ In tal senso, il voto per l'elezione del consiglio di amministrazione viene considerato campo del tutto estraneo ai poteri degli amministratori e al loro controllo; anzi, essendo la fonte della loro legittimazione tale profilo merita la più forte protezione del criterio di sindacato elaborato in questo caso. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 615

⁵⁰ *Schnell v. Chris-Craft Industries, Inc.*, cit., 439. Affermazione che costituisce quella che è comunemente definita appunto *Schnell doctrine* che in larghissima parte, anche se non in tutti i casi, è stata applicata a condotte finalizzate a frustrare il voto assembleare. In *Hollinger International v. Black*, 844 A.2d 1022, 1080-81 (Del. Ch. 2004), citando *Frantz Manufacturing Co. v. EAC Industries*, 501 A.2d 401 (Del. 1985) si come la



Di là dalla necessaria seppur veloce rassegna, allora, appaiono evidenti una serie di corollari cui prima si è accennato: non solo in virtù della citata struttura del processo buona parte del duello tra le parti si consuma sul *discrimen* tra i diversi *judicial review standard*, giacché applicandosi la *business judgment rule* è ben probabile che l'azione non conosca mai le luci del *trial* vero e proprio e per contro, ove il parametro di riferimento sia l'*entire fairness*, il convenuto sarà fortemente indotto a ricercare un *settlement* per non rischiare il *trial* appunto; ma giustappunto graduando lo *standard* o variando quello applicabile, le corti possono intervenire per incrementare la funzione di deterrenza o ridurre un' indesiderata *overdeterrence* – ferme restando le strategie contrarie poste in essere dal *plaintiff's attorney*.

In quest'ottica, i giudici del Delaware innanzitutto non hanno mancato negli anni di raffinare sempre più il collegamento tra specifica situazione e *standard* di *review* applicabile, particolarmente per operazioni quali appunto le fusioni, le scalate, le cessioni d'azienda o anche in funzione dell'allerta suscitata dalla presenza di *interested stockholder* o dalle modalità delle operazioni – ad esempio solo *cash* o *mixed consideration* –, in un formidabile meccanismo che restituisce altresì sensibilità e politiche della giurisprudenza in quel determinato momento storico.

Come pure non sono mancati, al pari di quanto detto, gli strumenti di *cleansing*, in grado di ridurre i rischi di abuso e che permettessero o lo spostamento dell'onere della prova sull'altra parte rispetto a quanto previsto nella regola altrimenti applicabile oppure addirittura il passaggio ad altro *standard* meno gravoso.

E si ritorna al significato e alla dimensione di questi meccanismi, già emersi prima di Corwin e di M&F Worldwide, ma con portata meno marcata di quella al fine ora cristallizzata in queste due decisioni.

regola possa estendersi anche alle ipotesi di assemblee di modifica dello statuto. V. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 616, nota 86, ove anche ulteriore caso.



4. Al pari di quanto accennato, già nel 1983, nel citato *Weinberger v. UOP*, i Supremi giudici dello Stato avevano sostenuto, anche se solo per ipotesi, che gli esiti del caso in decisione sarebbero stati diversi qualora il consiglio di amministrazione della controllata avesse nominato “*an independent negotiating committee of its outside directors*” con il compito di contrattare con il proprio azionista di controllo “*at arm’s length*”⁵¹; e ciò in quanto “*in a parent-subsidiary context, a showing that the action taken was as though each of the contending parties had in fact exerted its bargaining power against the other at arm’s length is strong evidence that the transaction meets the test of fairness*”⁵². Come dire, l’intervento di un soggetto indipendente dotato dei poteri di condurre il negoziato nell’interesse comune di tutti gli azionisti, superando il condizionamento del *controlling stockholder* anche in ragione della propria indipendenza e degli speciali poteri appunto conferitigli, integrerebbe una circostanza (procedura) idonea a riprodurre le condizioni di una normale trattativa e come tale sufficiente a provare quanto richiesto in giudizio in termini di *fairness* sia del *dealing* che del *deal*.

È invero bastato questo spunto per dar vita a una lunga linea di casi, non priva di ripensamenti e contraddizioni, attraverso cui la giurisprudenza ha elaborato il principio e delineato i contorni nonché gli effetti di siffatti *cleansing device*⁵³.

Per le fattispecie cui fosse applicabile l’*entire fairness review*, il punto di arrivo di tale percorso, prima delle recente *M&F Worldwide*, era rappresentato da *Kahn v. Lynch Communications Systems*⁵⁴, pronuncia la quale, giustappunto con riguardo ai contesti in indagine, aveva affermato come o l’operato di uno *special committee*, indipendente e dotato di effettivi poteri, o in alternativa l’approvazione da parte degli azionisti non in conflitto d’interessi, se pienamente informati, avrebbe comportato lo spostamento dell’onere della prova in capo al *non-controlling shareholder* che avesse agito in giudizio⁵⁵.

⁵¹ *Weinberger v. UOP, Inc.*, cit., 709, nota 7.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ V. W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 879.

⁵⁴ *Sub* nota 8.

⁵⁵ In questo senso, *Lynch* era per i *going-private mergers* il riferimento sia per la regola generale secondo cui tali operazioni invocavano *tout court* l’applicazione dell’*entire fairness standard* – regola beninteso affermata nella giurisprudenza del Delaware sin dai tempi di *Sterling v. Mayflower Hotel Corp.*, 93 A.2d 107, 109 (1952)



Nel far ciò, Lynch aveva chiarito la contraddizione creatasi sostanzialmente tra due decisioni della *Court of Chancery*: in *In re Trans World Airlines, Inc.*⁵⁶, i giudici di merito avevano ritenuto che a quanto deciso da uno *special committee* indipendente e con poteri effettivi sarebbe dovuta esser riconosciuta la protezione della *business judgment rule*; mentre in *Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*⁵⁷, individuando in *Rosenblatt v. Getty Oil Co.*⁵⁸ il precedente vincolante, si era sostenuto come né l'approvazione ad opera di uno "*special committee of disinterested directors*" né quella di una "*majority of the minority*", anche se *fully-informed*, avrebbe comportato una variazione dello *standard* di *review* applicabile – *standard* il quale sarebbe rimasto quello dell'*entire fairness*, unicamente con *shifting* del *burden of proof* in capo all'attore, chiamato quindi a provare che la *transaction* fosse *unfair*.

Lynch, nel sostenere questa seconda posizione, da un lato, aveva introdotto una regola che non forniva al *controlling stockholder* un incentivo che lo inducesse a ricercare in una fusione di questo tipo il consenso degli azionisti di minoranza; e tanto per l'ovvia ragione che il medesimo effetto di spostamento dell'onere probatorio poteva già essere conseguito con l'impiego del "solo" comitato. Dall'altro, non aveva affrontato il tema degli effetti di una combinazione dei due strumenti (comitato e approvazione della minoranza). Più esattamente, sebbene l'operazione esaminata non fosse un *merger* condizionato dal *controlling stockholder* a entrambe le "*procedural protections*", quanto affermato in Lynch è stato, prima di *M&F Worldwide*, interpretato nel senso che dall'impiego congiunto non sarebbe derivato alcun beneficio ulteriore in termini di regole di sindacato⁵⁹.

e di *Gottlieb v. Heyden Chem. Corp.*, 91 A.2d 57, 58 (1952) ma non priva di qualche voce contraria poi silenziata da Lynch –, sia per l'efficacia in queste situazioni di un *cleasing device*.

⁵⁶ *In re Trans World Airlines, Inc. Shareholders Litigation*, C.A. No. 9844, 1988 Del. Ch. Lexis 139 (Del. Ch. 21 ottobre 1988), anche in *Del. J. Corp. Law*, 1989, vol. 14, p. 870 ss.

⁵⁷ 84 A.2d 490 (Del. Ch. 1990).

⁵⁸ 493 A.2d 929 (Del. 1985).

⁵⁹ Come rilevato in *In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation*, 67 A.3d 496, 500 (Del. Ch. 2013).



Invero, pur a fronte di un dibattito che sullo tema non è certo mancato⁶⁰, la Corte Suprema del Delaware non aveva avuto occasione di ritornare sulla regola e di esprimersi in particolare sull'impiego combinato in questione fino, a quando non investita del caso M&F Worldwide.

Ma ridurre a questo profilo l'indagine, ovvero sia all'assenza di un'occasione per riprendere uno spunto già suggerito in una serie di pronunce, appare limitativo, finendo altresì con il declinare Corwin al pari di una decisione collaterale, di trascurare ogni approfondimento sulle più profonde motivazioni e sugli effetti sostanziali delle due decisioni nonché di ignorare il più generale contesto delle altre pronunce che di recente hanno impattato significativamente sulla *corporate litigation* del Delaware.

La giurisprudenza successiva a Corwin e a M&F Worldwide, la circolazione verso altra giurisdizione, l'interesse dimostrato dalla dottrina, invece, sono il segno che ben altra valutazione può essere compiuta.

Acquisita la ricostruzione, però, appare necessario procedere all'analisi dei due casi in questione, prima di discorrere di scelte di *policy* e verificare quanto anticipato.

5. *“Finally, when a transaction is not subject to the entire fairness standard, the long-standing policy of our law has been to avoid the uncertainties and costs of judicial second-guessing when the disinterested stockholders have had the free and informed chance to decide on the economic merits of a transaction for themselves. There are sound reasons for this policy. When the real parties in interest — the disinterested equity owners — can easily protect themselves at the ballot box by simply voting no, the utility of a litigation-intrusive standard of review promises more costs to stockholders in the form of litigation rents and inhibitions on risk-taking than it promises in terms of benefits to them. The reason for that is tied to the core rationale of the business judgment rule, which is that judges are poorly positioned to evaluate the wisdom of business deci-*

⁶⁰ Si rinnovi il rinvio a W. T. ALLEN, J. B. JACOBS, L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 879 ss. e a E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2030 ss



*sions and there is little utility to having them second-guess the determination of impartial decision-makers with more information (in the case of directors) or an actual economic stake in the outcome (in the case of informed, disinterested stockholders). In circumstances, therefore, where the stockholders have had the voluntary choice to accept or reject a transaction, the business judgment rule standard of review is the presumptively correct one and best facilitates wealth creation through the corporate form*⁶¹.

Con queste conclusioni, la *Supreme Court* dello Stato del Delaware ha confermato la decisione con cui la *Chancery Court* aveva sostenuto che la *business judgment rule* deve ritenersi “*the appropriate standard of review*” per una *post-closing damages action*, ogni qual volta l’operazione non sia soggetta all’*entire fairness standard of review* e sia stata approvata da una “*fully informed, uncoerced majority of the disinterested stockholders*”⁶².

Il *cleansing effect* che ne discende, pertanto, opera nell’ambito di *Revlon-land*, ripristinando in virtù appunto del “*voluntary judgment of the disinterested stockholders*”, la *business judgment rule* in luogo della *reasonableness* dello *standard* altrimenti applicabile. Con la conseguenza che, in presenza di una *stockholder ratification* nei predetti termini, il rigetto del *claim for breaches of fiduciary duty* sarà l’esito inevitabile di un giudizio nel quale gli attori non siano riusciti a mettere in discussione la linearità del percorso decisionale degli organi sociali, assolvendo al proprio onere della prova.

Nel caso di specie, le doglianze degli attori erano connesse a uno *stock-for-stock merger* successivo all’acquisizione di KKR Financial Holdings LLC (KFN) da parte di KKR & Co. L.P. (KKR), rispetto al quale veniva eccepita la mancanza di indipendenza in capo alla maggioranza degli amministratori dell’incorporata, in ragione di una posizione di sostanziale controllo vantata da KKR. Infatti, pur senza possedere quote rilevanti di capitale, l’incorporante era il principale cliente dell’incorporata, nel senso che il *core business* di KFN era di finanziare le attività di *leveraged buyout* di KKR, sulla base peraltro di un contratto con KKR Financial Advisors (KFA) – una *affiliate* di KKR – che forniva tutti i servizi, incluso il personale, e a cui

⁶¹ Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 314.

⁶² Ivi, 305.



spettava un diritto di recesso unilaterale⁶³. Alla luce di tanto e, in particolare, del presunto accertamento del controllo, si era richiamata l'applicazione della *entire fairness review*.

In primo grado, la *Court of Chancery* aveva rigettato il *claim* evidenziando la mancanza di prova in ordine all'effettiva invasività di KKR rispetto all'autonomia decisionale (in termini di "*independent judgment*") del *board* di KFN, collegando l'applicazione della *standard business judgment rule* al riscontro che il voto dei *disinterested stockholder*, appunto in assenza di prova contraria, non poteva che ritenersi *fully informed* e *uncoerced*⁶⁴. Ancor più in generale, poi, la Corte aveva rilevato come KKR, nel quadro probatorio offerto dai *plaintiff*, non potesse con-

⁶³ Si consideri, peraltro, che KFN era una *limited liability company* e non una *corporation* e quindi il suo capitale non era suddiviso in azioni; non solo non potevano, pertanto, applicarsi una serie di norme espressamente riservate a queste ultime, ma veniva altresì meno l'automatismo nell'accertamento degli indici tradizionali di rilevazione del controllo e delle connesse responsabilità che l'ordinamento statunitense attribuisce alla *parent corporation* nei casi di applicazione della c.d. *doctrine of enterprise*. D'altronde, se per l'applicazione dei principi della *enterprise view* non è sufficiente la prova dell'abuso di controllo, risulta però decisiva la dimostrazione dello stretto collegamento economico fra le attività delle società coinvolte, nel senso di una "*collective conduction of an economically integrated business*", che nel caso di specie poteva in astratto riscontrarsi. Giova in tal senso ricordare come i quattro ulteriori elementi propedeutici all'applicazione degli *enterprise principles* elaborati dalla giurisprudenza siano: (i) unicità di nome commerciale, logo e piano di *marketing* (la c.d. "*common public persona*"); (ii) interdipendenza finanziaria tale che la società "madre" contribuisca in modo decisivo al finanziamento delle sussidiarie, che non conseguono ricavi in maniera indipendente; (iii) interdipendenza amministrativa, per cui le sussidiarie sono prive di propri dipartimenti legali, di *auditing*, fiscali, di pubbliche relazioni, sicurezza, pianificazione, ricerca e sviluppo e si affidano al personale della capogruppo per tali funzioni; (iv) trattamento unificato dei dipendenti (piani comuni di *stock option*, pensionamento, assistenza medica, benefici e privilegi vari, promozioni e trasferimenti). Per una panoramica della materia cfr., *ex multis*, P. I. BLUMBERG, K. A. STRASSER, N. L. GEORGAKOPOULOS, E. J. GOUVIN, *Blumberg on corporate groups*, II ed., 2005, § 3.04, ove si offre altresì ampia rassegna di giurisprudenza; K. PISTOR, Y. KEINAN, J. KLEINHEISTERKAMP, M. D. WEST, *The Evolution of Corporate law, a cross-country comparison*, in *U. Penn. J. Intern. Econ. Law*, 2003, vol. 23, p. 4; P. I. BLUMBERG, *The multinational challenge to corporation law. The search for a new corporate personality*, Oxford, 1993, p. 74 ss.; O. MUCHLINSKI, *International enterprises and the law*, Oxford, 2007, p. 21.

⁶⁴ Nel giungere a una simile conclusione, la *Chancery Court* ha seguito un orientamento consolidato della *Delaware Common Law* volto a sostenere che "*the legal effect of a fully-informed stockholder vote of a transaction with a non-controlling stockholder is that the business judgment rule applies and insulates the transaction from all attacks other than on grounds of waste, even if a majority of the board approving the transaction was not disinterested or independent*". Peraltro, la Corte – diversamente da altre sue pari – ha espressamente ritenuto di leggere il precedente di *Gantler v Stephens* (965 A.2d 695 – Del. 2009) nel senso di non alterare la portata dell'orientamento interpretativo a causa della previsione statutaria di un *mandatory stockholder vote*.



siderarsi quale *controlling stockholder* dell'incorporanda, escludendosi così l'applicabilità dell'*entire fairness standard*⁶⁵.

In grado di appello, la *Delaware Supreme Court* ha espressamente dichiarato di condividere non solo le conclusioni ma anche l'inquadramento della fattispecie offerto dalla *Chancery Court* – letteralmente, “*we embrace the Chancellor’s well reasoned decision and the precedent it cites*”⁶⁶ –, peraltro evidenziando come l'accento sia stato correttamente posto sulla definizione generale del perimetro di efficacia della *stockholder ratification* più che sull'individuazione dello *standard of review* applicabile qualora un'operazione non soggetta all'*entire fairness* sia approvata con voto volontario – e non statutariamente previsto – del *disinterested stockholder*⁶⁷.

In particolare, la Corte Suprema si è soffermata su entrambi i percorsi di indagine svolti dalla *Chancery Court*, confermando sia il mancato superamento della soglia probatoria in ordine alla situazione di controllo di KKR in KFN e alla conseguente qualificazione

⁶⁵ Già nel precedente e connesso *In re KKR Financial Holdings*, cit., 994, era stato rilevato, tra l'altro, che KKR (i) possedeva una quota di KFN inferiore all'1%, (ii) non aveva diritti in ordine alla nomina di alcun componente dell'organo amministrativo e (iii) non aveva contrattualmente nessun potere di veto rispetto a delibere del *board*. Deve considerarsi, d'altronde, che fra tutte le caratteristiche strutturali che compongono il fenomeno di gruppo e la *enterprise law*, il “controllo” è senz'altro quella che ha destato l'attenzione privilegiata del *common law*, non avendo mai ricevuto inquadramento dogmatico negli *statutes* e ruotando attorno a percorsi giurisprudenziali sviluppatasi con riferimento a specifiche fattispecie di abuso della personalità giuridica e, quindi, per lo più nell'ambito di azioni volte a ottenere il c.d. *piercing the veil*. Sul punto cfr. P. I. BLUMBERG, *Limited liability and corporate groups*, in *J. Corp. Law*, 11, 1986, p. 573; K. A. STRASSER, *Piercing the veil in corporate groups*, in *Connect. Law Rev.*, 2005, vol. 37, p. 637; V. HARPER HO, *Theories of corporate groups: corporate identity re-conceived*, in *Seton Hall Law Rev.*, 2012, vol. 42, p. 2.

⁶⁶ *Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC*, cit., 313.

⁶⁷ Proprio con riferimento ai precedenti richiamati dalla *Court of Chancery*, che vengono ad avviso della *Supreme Court* correttamente citati “*to support an interpretation of Gantler [citato supra] as a narrow decision focused on defining a specific legal term ‘ratification’, and not on the question of what standard of review applies*”. *Id.*, 314.



dell'incorporante alla stregua di un *controlling stockholder*⁶⁸, sia la sicura assoggettività dell'operazione alla *business judgment rule*⁶⁹.

Proprio su quest'ultimo versante, la Corte ha approfondito la questione dell'applicabilità dei *Revlon standard*, che gli attori avevano subordinatamente richiamato proprio per l'ipotesi in cui l'*entire fairness* non fosse stato giudicato il parametro di riferimento a causa di un'insufficiente prova del controllo; anzi, più che interrogarsi circa la effettiva possibilità di applicare *Revlon*, la Corte ha sottolineato l'irrilevanza di una simile indagine ogni qual volta vi sia stata una *fully informed e uncoerced stockholder ratification*.

Ed è qui che si concentra la portata innovativa della decisione di *Corwin* e si getta il seme del riconoscimento formale di un più ampio e strutturato *cleansing effect*: non esisterebbe per gli azionisti *disinterested* – né, dovrebbe dedursi, per gli *stakeholder* e per il mercato – una situazione di pericolo meritevole di tutela laddove essi abbiano ratificato l'operazione (anche a prescindere dalla presenza di interessi extrasociali rappresentati all'interno del *board*) con un voto scevro da condizionamenti manifesti e prestato dopo aver ricevuto un'informativa piena circa l'oggetto della delibera; e ciò ovviamente fatto salvo quanto si dirà nell'esame di *M&F Worldwide* per il diverso caso di un'operazione con l'azionista di controllo.

Pertanto, una simile conclusione non potrebbe, ad avviso della *Delaware Supreme Court*, essere messa in discussione eccedendo un'illegittima e "pericolosa" neutralizzazione dei principi di *Revlon* o di *Unocal*⁷⁰.

⁶⁸ In relazione al primo motivo di rigetto, si legge infatti: "*The Court of Chancery properly held that the complaint did not plead facts supporting an inference that KKR was a controlling stockholder of Financial Holdings*", *ibidem*.

⁶⁹ *Ivi*, 308, il secondo motivo di rigetto viene esteso in un capo intitolato proprio "*the Court of Chancery correctly held that the fully informed, uncoerced vote of the disinterested stockholders invoked the business judgment rule standard of review*".

⁷⁰ Senza voler tornare nuovamente sulle prospettive del caso *Revlon*, alcune – quantomeno sintetiche – notazioni meritano di essere svolte circa l'altro caso paradigmatico trattato dalla *Delaware Supreme Court* negli anni '80, prima sottaciuto: *Unocal v. Mesa Petroleum Co.* (480 A. 2d 619 – Del. 1984), laddove si è espressamente posto a carico degli amministratori l'onere di soddisfare un "*enhanced duty*" nell'adozione di tattiche difensive da scalata ostile, a causa dell' "*omnipresent specter that a board may be acting primarily in its own interests, rather than those of the corporation and its shareholder*". Nel caso concreto, una volta ricevuto il parere dei consulenti esterni (in specie dell'*investment banker*), che avevano considerato l'offerta finanziariamente inadeguata e strut-



In primo luogo, mancherebbe la *eadem ratio*, giacché gli *standard* forniti dai due casi citati sono stati elaborati per supportare “*McA decisions in real time*” e costituire meccanismi di prevenzione del danno, attivabili *before closing*; e non sono pensati, in effetti, come rileva la Corte, “*with post-closing money damage claims in mind*”⁷¹. In secondo luogo, Corwin limita espressamente la reviviscenza della *business judgment rule* al ristretto ambito dei “*fully informed, uncoerced stockholder votes*”, garantendo piena operatività ai regimi valutativi più severi in tutti i casi in cui venga meno uno qualsiasi degli elementi della fattispecie, a partire – ad esempio – dall’ipotesi in cui fatti o informazioni rilevanti ai fini della decisione non siano stati correttamente rivelati ai soci chiamati al voto.

Ciò volendo tacere – per il momento – dell’impatto delle riflessioni di *policy* svolte dalla Corte a supporto del giudizio di insindacabilità (e irreversibilità) delle operazioni in cui come detto “*the real parties in interest – the disinterested equity owners – can simply protect themselves at the ballot box by simply voting no*”⁷² e delle derive che un’eccessiva apertura al *second-guess* delle Corti rischierebbe di alimentare sul piano dei costi di lite e più in generale di *agency*.

Piuttosto, a completamento del quadro tecnico di una decisione paradigmatica come quella in Corwin, non può non segnalarsi – al pari di quanto, peraltro, è stato rimarcato in al-

turalmente “*coercive*”, il *board* della *target company* aveva proposto una *defensive exchange offer* a tutti i propri azionisti, ad eccezione del *bidder*. Nell’approvare la tattica difensiva, la Corte ha introdotto un metodo di analisi della fattispecie – in due fasi – che successivamente è stato definito “*enhanced scrutiny*”. In base a questo principio, il trattamento di particolare “*deference*” solitamente riservato alle decisioni degli amministratori, viene disapplicato a fronte dell’evidenza che il *board* abbia adottato unilateralmente (senza l’approvazione dei soci) una tattica difensiva. Ivi, affinché torni a operare la *business judgment rule*, eventualmente giustificando l’adozione della misura, è necessario che risultino soddisfatti due fondamentali requisiti. Innanzitutto, “*directors must show that they had reasonable grounds for believing that a danger to corporate policy and effectiveness existed because of another person’s stock ownership*”; in secondo luogo – salvo che si riscontri *disloyalty* o *negligence* in capo al *board* – deve valutarsi la “ragionevolezza” della difesa in termini di proporzionalità rispetto al “*threat*” eventualmente riscontrabile nella *hostile takeover bid*.

L’*enhanced scrutiny test* proposto da Unocal si caratterizza, quindi, per la ricerca di un “*element of balance*” tra azione e reazione – tra offesa e difesa, si direbbe. Per commenti cfr. R. J. GILSON, R. KRAAKMAN, *Delaware’s intermediate standard for defensive tactics: is there substance to proportionality review?*, in *Bus. Law.*, 1989, vol. 44, p. 247; R. J. GILSON, *Unocal Fifteen Years Later*, *Col. Law School Working Paper* n. 177, 2000; ID., *Unocal Fifteen Years Later (And What Can We Do About It)*, in *Del. J. Corp. Law*, 2001, vol. 26, p. 49.

⁷¹ Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 317.

⁷² Corwin v. KKR Fin. Holdings. LLC, cit., 316.



cuni giudizi successivi – che la Corte ha in tal caso escluso la rilevante pregiudiziale dell'*entire fairness standard* per mancata prova della presenza di un *controlling stockholder*, senza però entrare nel merito dell'altro possibile *triggering event*, e cioè la configurazione di una c.d. *conflicted board majority*.

Si tratterebbe, invero, di un argomento idoneo a compromettere – o quantomeno a ridimensionare – la portata generale del *cleansing effect*. Tuttavia, se è vero che in *City of Miami General Employees v. Comstock*⁷³ la Corte ha effettivamente escluso l'*entire fairness* solo dopo aver verificato che la maggioranza dell'organo amministrativo fosse *disinterested* (così indirettamente confermando un'interpretazione “restrittiva” di Corwin), è altresì vero che in almeno altri due casi successivi (*Larkin v. Shah*⁷⁴ e *In Re Merge Healthcare*⁷⁵) è stato esplicitamente affermato che il *cleansing effect* del *fully informed and uncoerced stockholder vote* si propaga anche laddove la maggioranza degli amministratori abbia un interesse nell'operazione.

E allora, come si accennava *supra* e come si approfondirà *infra*, dinanzi a un simile ispessimento, *rectius* allargamento del perimetro dello schermo protettivo della *business judgment rule*, tale da “normalizzare” addirittura le situazioni di interesse conclamato degli amministratori – e dunque di fisiologica o almeno potenziale compromissione dei doveri fiduciari – l'interprete non può che cercare in una visione di *policy* il senso delle scelte adottate in concreto dal legislatore di *common law*, abbandonando – anche solo per un istante – il sentiero dell'analisi *case-by-case* per proiettarsi in uno scenario più ampio, cogliendo la funzione sociale (e non solo economica) della regolazione dei *capital market* e delle *securities litigation*.

Ma vi è di più.

⁷³ C.A. No. 9980-CB, 2016 WL 4464156 (Del. Ch. 24 agosto 2016).

⁷⁴ C.A. No. 10918-VCS, 2016 WL 4485447 (Del. Ch. 25 agosto 2016).

⁷⁵ C.A. No. 11388-VCG, 2017 WL 395981 (Del. Ch. 30 gennaio 2017).



6. Come rimarcato, un *cleansing effect*, sebbene quale risultato di un meccanismo più gravoso, è possibile, nel nuovo corso della giurisprudenza del Delaware, pure nelle ipotesi di applicabilità dell'*entire fairness*.

Di là dall'analisi più generale già in parte anticipata, con riguardo allo specifico ambito dei *going-private merger* non può tacersi come siano rilevabili, oltre all'irrisolto quesito di Lynch – quello sugli effetti della combinazione degli strumenti dello *special committee* e della *stockholder ratification* –, anche due altre linee di casi che spingevano per una modifica dello *standard*: una originata da Siliconix⁷⁶ e l'altra dal già citato Cox Communications⁷⁷. Quasi che, a mettere in fila le predette pronunce, ci si trovi dinanzi alla cronaca di una decisione annunciata: quella di M&F Worldwide appunto.

Le ragioni sono, per una volta, di semplice comprensione.

Nel primo caso, Siliconix, riguardante sì un'operazione di *freezeout* ma realizzata a mezzo di una *tender offer*, la Corte già aveva optato per la *business judgment rule* in luogo dell'*entire fairness*. Orbene, vero era – avevano affermato i giudici – che un diverso *standard* in questo senso tra *tender offer* e *going-private* sarebbe potuto apparire “strano”⁷⁸, in specie se si fosse considerato che il *controlling stockholder*, conseguendo all'esito di un'offerta andata a buon fine almeno il 90% delle azioni, avrebbe ben potuto realizzare un *short-form merger*, di fatto escludendo anche gli altri azionisti dalla società⁷⁹; ma vero era pure che quest'ultima si profilava quale un'eventualità, probabile certo, ma che comunque distingueva le due situazioni; e soprattutto che una *tender offer*, diversamente da una proposta di fusione, è indirizzata agli – e quindi decisa direttamente dagli – azionisti di minoranza – e non dal consiglio di amministrazione. Mancando così il *self-dealing* che innesca l'*entire fairness*, non si poteva che concludere in favore dell'ordinaria *business judgment rule*.

⁷⁶ In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation, No. CIV. A. 18700, 2001 WL 716787, (Del. Ch. 19 giugno 2001), su cui, in relazione a M&F Worldwide, D. WILSON, *op. cit.*, p. 657-9.

⁷⁷ *Sub* nota 13.

⁷⁸ Segnatamente si legge: “It may seem strange that the scrutiny given to tender offer transactions is less than the scrutiny that may be given to [...] a merger transaction”; In re Siliconix Inc. Shareholders Litigation, *cit.*, 6.

⁷⁹ Si da “end up in the same position as if [...] had tendered or if the transaction had been structured as a merger”; Ivi, 7.



La decisione, che – come è agevole intuire – ha subito assunto per le scalate un’importanza rilevante e che è stata poi raffinata e rafforzata da *In re Pure Resources*⁸⁰ e da *In re CNX Gas*⁸¹, aveva da un lato aperto agli azionisti di controllo una più sicura strada per operare un *freezeout* senza rischiare di confrontarsi in giudizio con l’oneroso *fairness test*; e dall’altro aveva creato una sperequazione in ordine alla quale non erano mancate autorevoli opinioni – corredate da significative evidenze empiriche – che invocassero la riconduzione sotto un unico *standard*⁸².

Non solo, ma a completare la preparazione del terreno, era giunto il citato *Cox Communication*, decisione nella quale lo stesso *Chancellor Strine*, sebbene unicamente nei *dicta*, aveva anticipato giustappunto quanto avrebbe poi avuto occasione di affermare in *In re M&F Worldwide*; vale a dire che una fusione con l’azionista di controllo negoziata e approvata da un comitato speciale di amministratori indipendenti e condizionata al voto favorevole della maggioranza della minoranza avrebbe richiesto l’applicazione della sola *business judgment rule* in un eventuale giudizio⁸³. Non solo tanto era bastato per indurre nella pratica a una strutturazione dell’operazione – se scelta la forma del *going-private merger* – in questo senso; ma la considerazione era apparsa tanto condivisibile che i giudici in *CNX Gas* l’avevano espressamente richiamata⁸⁴, a dispetto del fatto che il caso loro sottoposto non fosse un *merger* come *Cox Communications* ma una *tender offer*, e che come noto un’opinione di una *Chancery Court* non sia mai vincolante per un’altra.

Senza esser tacciati di determinismo si potrebbe, a questo punto, anche sostenere che, dunque, l’orientamento cristallizzato ora in *M&F Worldwide* sia il risultato d’una maturazione pronta a esser colta, al tempo e con l’occasione opportuna.

⁸⁰ *In re Pure Resources, Inc., Shareholders Litigation*, 808 A.2d 421 (Del. Ch. 2002)

⁸¹ *In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation*, 4 A.3d 397 (Del. Ch. 2010). V. anche *In re John Q. Hammons Hotels Inc. Shareholder Litigation*, No. 758-CC, 2009 WL 3165613 (Del. Ch. 2 ottobre 2009).

⁸² Per tutti, G. SUBRAMANIAN, *Post-Siliconix Freeze-outs. Theory and Evidence*, in *J. Leg. Stud.*, 2007, vol. 36, n. 1, p. 1 ss. e F. RESTREPO, *Do Different Standards of Judicial Review Affect the Gains of Minority Shareholders in Freeze-out Transactions? A Re-examination of Siliconix*, in *Harr. Bus. Law Rev.*, 2013, vol. 3, p. 321 ss

⁸³ *In re Cox Communications, Inc. Shareholders Litigation*, cit., 606.

⁸⁴ *In re CNX Gas Corp. Shareholders Litigation*, cit., 400. Puntualmente, D. WILSON, *op. cit.*, p. 661. V. anche V. anche le I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, pp. 26-7 e 30.



E tale occasione si è presentata alla *Court of Chancery* nel 2013, quando, nell'ambito di un'azione relativa al *going-private merger* di M&F Worldwide e finalizzata a vedere riconosciuto un *post-closing damage*, i giudici hanno potuto affermare a chiare lettere, con *opinion* proprio del *Chancellor Strine*, il principio secondo cui, in contesti di tal sorta, ogni qual volta l'operazione venga approvata sia da uno *special committee of independent directors*, sia da una *majority of the minority shareholders* troverà applicazione in giudizio lo *standard* di *review* della *business judgment rule* e non l'*entire fairness*.

L'opera di sistematizzazione cui si è dedicata la *Supreme Court* investita dell'appello, nel confermare le conclusioni dei giudici di prime cure, quindi, non solo ha consentito di far assurgere le predette riflessioni a principio vincolante ma ha fornito risposta, invero parziale, anche alle sollecitazioni circa l'opportunità di un approccio unico a tutte le operazioni di *freezeout* della minoranza, fossero esse realizzate attraverso *going-private merger*, o per mezzo di una *tender offer*⁸⁵. Parziale perché – giova ribadirlo – lo *standard* sarà adesso la *business judgment rule* ove l'operazione sia effettuata come *tender offer* e sarà sempre la *business judgment rule* ove effettuata come *merger* a patto però che si adotti – e correttamente – il *cleansing device* in commento; dacché, pur salutando con favore l'intervento di M&F Worldwide, già non è mancato chi ha rimarcato l'opportunità che la stessa linea con i medesimi oneri procedurali sia adottata per le *tender offer* finalizzate alla liquidazione della minoranza⁸⁶.

Ma con riguardo alla nuova regola e all'*iter* logico-argomentativo seguito dalla *Supreme Court* val la pena, procedendo per ordine, di precisare qualche ulteriore dettaglio.

Nella decisione, i Supremi giudici prendono le mosse dai citati precedenti di Tremont⁸⁷ e di Lynch⁸⁸, per richiamare come lo *standard* di *review* applicabile fino a quale momento per i

⁸⁵ Oltre a quanto già citato, dopo la decisione in commento, v. F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, pp. 206-7. Ivi i riferimenti ai costi, anche in termini di *welfare loss* e non solo di trasferimento di ricchezza dalla minoranza alla maggioranza, che diversi *review standard* comportavano in base alla forma in cui veniva strutturata l'operazione e alla capacità di chi ne pianifica la realizzazione di selezionare quella che produca i benefici per la maggioranza che ne ha il controllo. Ma v. anche L.P.Q. JOHNSON, *op. cit.*, p. 419 ss. nonché M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 639 e 667.

⁸⁶ F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, pp. 224-5.

⁸⁷ *Sub* nota 37.



casi di operazione con un *controlling stockholder* fosse l'*entire fairness*, per le ovvie ragioni già illustrate; come pure per chiarire che Lynch aveva previsto un parziale effetto di *cleansing* perché aveva esaminato le conseguenze dell'intervento o della *stockholder ratification* o dell'istituzione dello *special committee*. Non a caso, la *Court of Chancery* di *In re M&F Worldwide* aveva ritenuto che il caso presentasse una “*novel question of law,*” e segnatamente “*what standard of review should apply to a going private merger conditioned upfront by the controlling stockholder on approval by both a properly empowered, independent committee and an informed, uncoerced majority-of-the-minority vote*”⁸⁹.

Di fronte a siffatta “*question of first impression*”, come l’ha definita la Corte, che per la prima volta veniva in questi termini affrontata dai Supremi giudici dello Stato, il primo rilievo della decisione è caduto sulla circostanza – “*vital distinction*” – che in questo caso, a differenza di quanto accaduto in Lynch o in Southern Peru e Tremont, l’azionista di controllo aveva sterilizzato il proprio controllo in termini di voto sull’operazione, condizionandola irrevocabilmente all’approvazione della maggioranza della minoranza⁹⁰. Piena informazione era stata offerta e l’operazione era stata condizionata pure all’approvazione di un “*independent and fully-empowered Special Committee*” il quale “*fulfills its duty of care*”; e tutto ciò era avvenuto *ab initio*.

In parallelo rispetto alla dinamica di ogni *cleansing device*, allora, lo slittamento dall'*entire fairness* alla *business judgment rule* è, nel logica già della *Court of Chancery* come in quella della *Supreme Court*, chiaramente collegato alla combinazione di una serie fattori che, oltre all’impiego dei due congegni del comitato e del voto favorevole della minoranza, fanno riferimento alle modalità con cui tali strumenti vengono utilizzati – e in conseguenza dei quali “*the controller voluntarily relinquishes its control*”, riproducendosi (“*replicate*”) la normalità dell’*arm’s length bargain*⁹¹.

Anzi, a ben vedere, gli azionisti di minoranza guadagnano, grazie a una strutturazione di tal guisa, anche i benefici di un comitato indipendente dotato dei poteri di negoziare per

⁸⁸ Su cui ampiamente *sub par.* 4.

⁸⁹ *In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation*, cit., 508.

⁹⁰ *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, cit., 645 da cui le citazioni.

⁹¹ *In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation*, cit., 510 e 528; *Kahn v. M&F Worldwide Corp.*, cit., 646. La terminologia impiegata e precipuamente riportata vividamente restituisce il pensiero dei giudici.



ottenere “*the best price*” ed eventualmente sconsigliare alla fine l'accordo, qualora ritenga che “*the deal is not advisable for any proper reason*”; e comunque, alla fine, rimane fermo il loro potere di non accettare, in sede di approvazione assembleare, la proposta negoziata per loro conto⁹².

Controbalanciata, per tale via, l'*undermining influence* viene allora a cadere la ragione stessa che si pone a fondamento dell'applicabilità dell'*entire fairness*. Si noti, in quest'ottica, come tutte le considerazioni tecniche operate dai giudici nella pronuncia, probabilmente nell'intento di non minare le fondamenta del sistema, ruotano attorno appunto all'idoneità di una procedura così organizzata a riportare la situazione nell'ambito della normalità e a rispondere a quanto sarebbe altrimenti richiesto da un *entire fairness test* in termini soprattutto di *fair price*.

Attesa l'importanza dell'effetto, nessuna sorpresa che entrambe le Corti abbiano prestato particolare attenzione alla ricostruzione dell'esatta strutturazione che l'operazione deve *in toto* realizzare, lungo sei specifici momenti: “(i) *the controller conditions the procession of the transaction on the approval of both a Special Committee and a majority of the minority stockholders; (ii) the Special Committee is independent; (iii) the Special Committee is empowered to freely select its own advisors and to say no definitely; (iv) the Special Committee meets its duty of care in negotiating a fair price; (v) the vote of the minority is informed; and (vi) there is no coercion of the minority*”.

Spetterà all'attore in sede di *pleading* allegare una serie di fatti che ragionevolmente provino come una o più delle condizioni elencate non si sia verificata; in caso contrario, l'istanza non resisterà a una *motion to dismiss* e non potrà nemmeno procedere alla fase della *discovery*⁹³. Ma è parimenti ovvio che nella procedura si annidano pure i meccanismi che consentono a

⁹² Nella decisione i giudici utilizzano proprio l'espressione “*negotiating agents*” per qualificare gli amministratori indipendenti che prendono parte allo *special committee*. In re M&F Worldwide Corp. Shareholders Litigation, cit., 529 e Kahn v. M&F Worldwide Corp., cit., 647.

⁹³ Ivi, 657. In re Books-a-Million, Inc., Stockholder Litigation, C.A. No. 11343-VCL (Del. Ch. 10 ottobre 2016) – peraltro confermato dalla Supreme Court con *order* del 22 maggio 2017, si legge – anche citando Swomley v. Schlecht, 2014 WL 4470947, 20 (Del. Ch. 27 agosto 2014), confermato dalla Corte Suprema, 128 A.3d 992 (Del. 2015) –: “*Compliance with the M&F Worldwide structure can be tested on a motion to dismiss. If the defendants have described their adherence to the elements identified in M&F Worldwide «in a public way suitable for judicial notice, such as board resolutions and a proxy statement,» then the court will apply the business judgment rule at the motion to dismiss stage unless the plaintiff has «pled facts sufficient to call into question the existence of those elements»*”.



una corte di ripristinare un sindacato più penetrante, dalla informazione che deve essere completa all'assenza di *coercion*.

Nel caso di specie, tutti i predetti requisiti trovavano corrispondenza nella procedura concretamente seguita, se è vero che, alla luce della propria proposta pervenuta dal *controlling stockholder* della società, MacAndrews & Forbes, il *board* aveva nominato uno *special committee* di amministratori indipendenti con il potere di valutare la proposta, di negoziare con MacAndrews & Forbes e di formulare *recommendation* al consiglio, il quale non avrebbe approvato l'operazione senza il parere favorevole del medesimo comitato; comitato il quale peraltro, nelle proprie conclusioni, veniva chiamato a valutare se l'accordo raggiunto fosse *fair* e nel *best interest* della minoranza nonché veniva dotato del potere incaricare propri legali e consulenti finanziari, come in concreto aveva poi fatto. Non solo, ma condivise tutte le informazioni da M&F Worldwide e, dopo una significativa contrattazione, con rialzo dell'offerta e parere favorevole dell'*advisor* incaricato, l'accordo finale era stato rimesso e approvato anche dagli azionisti – cui era stata offerta di nuovo un'ampia informativa anche storica e finanziaria – e, tra questi, dalla maggioranza di quelli di minoranza⁹⁴.

Di là dal quadro evolutivo descritto, quindi, i fatti ben si prestavano a una pronuncia che garantisse l'effetto di *cleansing*. Ma, alla luce gli effetti che sul sistema della *litigation* la regola è destinata ad avere, l'indagine non si può arrestare all'illustrazione del principio e delle sue dinamiche e motivazioni più strette.

⁹⁴ Prima dell'operazione MacAndrews & Forbes deteneva il 43.3% delle azioni di M&F Worldwide; rispetto all'iniziale offerta di 24\$ per azione, a seguito della trattativa, la proposta finale si era attestata sui 25\$ per azione; infine, nel *proxy statement* predisposto per l'approvazione assembleare erano riportati la ricostruzione della trattativa, cinque diversi *range* di valore che l'*advisor* finanziario aveva prodotto impiegando diverse analisi finanziarie nonché la raccomandazione di voto favorevole. L'operazione era stata così approvata dal 65% degli azionisti di minoranza. V. altresì le riflessioni sulle motivazioni addotte a fondamento delle difese, per lo più in diritto, di D. WILSON, *op. cit.*, p. 648 ss. e I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 26-32.



7. Deve innanzitutto sottolinearsi come, nel vivace dibattito originato dalle due pronunce in commento, appaiano di gran lunga prevalenti le opinioni favorevoli rispetto alle voci critiche. La ragione è, come accennato, anche essenzialmente tecnica, giacché da più parti si è ribadita la riconduzione in una linea unica e coerente della regole di *judicial review* per casi di fatto liminari o comunque assai prossimi. L'eliminazione di una per alcuni versi ingiustificata sperequazione è, in tal senso, il primo motivo di consenso verso i principi affermati in Corwin e di M&F Worldwide.

È pure possibile che in sottofondo, più o meno latente, si muova la menzionata malcelata avversione per qualsivoglia *second-guess* ad opera di una corte.

La valutazione prospettica, però, non può che avvalersi *in primis* dei riscontri che, nel tempo trascorso dalle prime due decisioni, possono già registrarsi sul fronte della diffusione quantitativa e qualitativa.

I dati, dunque, forniscono la misura non solo della supposta importanza in termini di assetto generale dei controlli e incidenza sul *private enforcement*, ma pure danno ragione alla capacità deflattiva del carico giudiziario che può essere entrata nella valutazione dei giudici – anche se questo, come detto, potrebbe profilarsi al pari di un argomento *post hoc* e *propter hoc*.

Se la questione centrale va quindi individuata, in chiave appunto prospettica, nella definizione del perimetro di estensione del *cleansing effect* – *rectius*, nell'accertamento della sua portata – il carattere dominante del dibattito in ordine all'operatività degli *standard* fiduciari nel quadro della *corporate governance* e dell'equilibrio dei *capital market* porta, come si accennava, a svalutare l'importanza esclusiva delle circostanze di fatto *case-by-case* (pur decisive nel quadro dei meccanismi di vincolatività del precedente in *common law*) per annettere alla discussione i rilievi in termini di *policy* cui si faceva riferimento *supra*.

In altre parole, dalla sintesi di Corwin e M&F Worldwide emerge un quadro “regolatorio” che parrebbe analitico e sufficientemente strutturato, se definito alla luce delle fattispecie astrattamente considerate: (i) in assenza di *controlling stockholder* (Corwin) il *cleansing effect* è garantito dall'unico – benché “composito” – requisito della *fully informed uncoerced disinterested*



stockholder ratification; (ii) in presenza di *controlling stockholder* (M&F Worldwide), al requisito *sub* (i) va aggiunta la concorde delibera dello *special committee of disinterested directors*. Tuttavia, l'atteggiamento della giurisprudenza immediatamente successiva mostra, da un lato, la semplicità con cui l'applicazione può essere esclusa eccependo difformità nelle circostanze di fatto e, dall'altro, – simmetricamente – come sia effettivamente possibile, astraendo – pur senza necessariamente esplicitarlo – il principio a categoria generale, forzare le maglie dell'approccio casistico e derivarne un impianto sistematico, con un buon grado di astrazione⁹⁵.

Si pensi, per fare solo alcuni esempi, al caso Saba Software, in cui l'applicazione di Corwin è stata esclusa per via di “*unusual and egregious circumstances*”⁹⁶, rispetto ai cui “*unusual facts of the case*”, però, potrebbe ben argomentarsi *in senso contrario* ovvero si concludendo *a fortiori* come il *trend* di Corwin risulti confermato – e la regola possa essere disapplicata solo in circostanze eccezionali, avendo, dunque, portata generale.

O parallelamente, si consideri il caso Volcano, laddove il *cleansing effect*, che in Corwin si riferiva a un *second-step merger*, è stato invece esteso all'accettazione di una *tender offer*⁹⁷. O, ancora, i casi Solera⁹⁸ e Singh⁹⁹, ove la Corte ha garantito il *cleansing effect* nonostante fossero state sollevate eccezioni in ordine all'effettività dell'informativa ai soci e pur in presenza di un conclamato interesse degli amministratori nell'operazione, espressamente rilevando come la

⁹⁵ Per un'approfondita rassegna della giurisprudenza *post*-Corwin delle Corti del Delaware, cfr. R. R. REDER, *Delaware Supreme Court clarifies “cleansing effect” of fully informed stockholder vote*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2016, vol. 69, p. 221; *ivi ID.*, *Delaware Chancery Court extends “cleansing effect” of stockholder approval under KKR to two-step acquisition structure*, p. 227; R. R. REDER, T. M. BURBA, *Delaware Courts diverge on whether “cleansing effect” of Corwin applies to duty of loyalty claims*, in *Vand. Law Rev. En Banc*, 2017, vol. 70, p. 1; *ivi ID.*, *Delaware Courts confront question whether “cleansing effect” of Corwin applies to duty of loyalty claims*, p. 35.

⁹⁶ *In re Saba Software, Inc. Stockholder Litigation*, C.A. No. 10697-VCS (Del. Ch. 31 marzo 2017, *rev.* 11 aprile 2017). Si tratta in effetti del primo caso in cui la *Delaware Court of Chancery* ha rifiutato espressamente l'applicazione del “*cleansing*” di Corwin.

⁹⁷ *In Re Volcano Corp. Shareholders Litigation*, 143 A.3d 727, 738 (Del. Ch. 2016).

⁹⁸ *In Re Solera Holdings, Inc. Shareholders Litigation*, 2017 WL 57839 (Del. Ch. 5 gennaio 2017).



business judgment rule, in presenza della *ratification* di cui sopra, possa lasciare spazio a *standard* valutativi più severi solo a fronte – rispettivamente – della prova di *waste* o *gross negligence*.

E ciò, infine, a non voler richiamare la già citata decisione in Larkin, che ha sottolineato la portata generale di Corwin e la sua applicabilità anche ai *duty of loyalty claim* e del suo contraltare logico – Sciabacucchi v Liberty Broadband¹⁰⁰ – in cui il *plaintiff* è riuscito a dimostrare circostanze di fatto sufficienti a delineare una *structural coercion* in danno dei soci di minoranza, escludendo così il *cleansing effect*.

Con più specifico riferimento a M&F Worldwide, poi, deve anche rilevarsi come l'estensione del suo perimetro risenta della distinzione tra *going-concern* e *going-private transactions*, che ne contiene la portata generale nei limiti specifici della singola categoria¹⁰¹.

Per contro, la forza del nuovo orientamento ha valicato i confini dello Stato: In re Kenneth Cole¹⁰², la *Court of Appeals* di New York ha espressamente aderito alla regola di M&F Worldwide, affermando con convinta precisione lo MFW-*standard* e rimarcando come “*conclusory allegations or bare legal assertions with no factual specificity are not sufficient, and will not survive*

⁹⁹ Singh v. Attenborough (Zale III), 137 A.3d 151 (Del. 2016).

¹⁰⁰ C.A. No. 11418-VCG (Del. Ch. 31 maggio 2017). La questione della *structural coercion* è peraltro riscontrabile nell'immediato precedente di In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation, C.A. No. 5430-CB (Del. Ch. 4 maggio 2017), in cui i contorni dell'operazione erano però assai diversi.

¹⁰¹ D'altronde, come segnala I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 38, “*a critical distinction between going concern and going private related party transactions is the procedural avenue that a stockholder must follow. Under established Delaware law, going concern claims must be vindicated via a derivative suit, while going private claims are pursued via a class action lawsuit. This distinction is significant*”.

¹⁰² In re Kenneth Cole Prod., Inc., Shareholder Litigation, 2016 WL 2350133 (2016). Il caso riguardava la proposta operata dall'azionista di maggioranza – Kenneth Cole, detentore dell'89% dei voti circa per un *going-private* della società Kenneth Cole Production appunto. All'uopo, il consiglio di amministrazione, senza la presenza dello stesso Cole, aveva nominato uno *special committee*, con due amministratori eletti dalla classe A delle azioni – delle quali Cole possedeva il 46% – e due dalla classe B delle azioni – tutte riconducibili allo stesso Cole. Tale comitato avrebbe così valutato l'offerta, mentre Cole aveva dichiarato che come azionista non avrebbe votato in favore di alcuna diversa operazione da quella approvata dal comitato e che, ove l'operazione stessa non fosse giunta a conclusione, nessuna conseguenza avversa ciò avrebbe avuto per i rapporti con e intrasocietari. Dopo lunga negoziazione, l'offerta era stata accettata, peraltro a un prezzo superiore a quello originariamente proposto, e approvata con il 99,8% dei voti della minoranza azionaria. Ciò nonostante, erano state intentate talune *class action* affermando la *lack in independence* e la violazione dei doveri fiduciari – per non aver cercato altre offerte.



a motion to dismiss”; di guisa che in assenza di concreti riscontri, il *complaint* non supererà nemmeno il *pleadings stage*. Peraltro, la pronuncia appare cercare precipuamente la predetta adesione, se è vero che l’azione era già stata oggetto di *dismissal* presso il giudice di prime cure; ma in appello, anche a fronte di un ricorso che invocava l’applicazione dell’*entire fairness standard* a tutti i casi di *going-private merger*, la Corte ha inteso affrontare il tema dei criteri di sindacato, richiamare il recente M&F Worldwide e riportare il principio applicabile nello Stato di New York in linea con quello del Delaware – con ciò affermando il superamento di *Alpert v. 28 Williams St. Corp.*¹⁰³, fino ad allora applicato.

E allora, per tornare alle riflessioni iniziali, dal quadro sistematico deve estrarsi un principio di fondo – il *trend* cui si accennava – che giustifichi un intervento così profondo sul meccanismo principale del capitalismo manageriale, valvola di apertura verso il mercato della *corporate governance* (appunto la *business judgment rule*) e al tempo stesso ne sia funzione.

Non può omettersi di sottolineare, in questo senso, come l’efficacia deterrente della generalizzazione del principio – il *cleansing effect* o meglio il ritorno per suo tramite alla *business judgment rule* – appaia evidente; a risultare disincentivate, peraltro, non sono solo le azioni dilatorie o puramente strumentali, ma altresì quelle che si innestano nell’ambito di una *corporate transaction* realizzata a condizioni di mercato e con modalità “*fair*” nei rapporti endosocietari.

Il passaggio successivo, una volta affermato il ruolo *pivotal* della *business judgment rule* e accertato l’atteggiamento programmatico del *common law*, dovrebbe portare a interrogarsi su chi benefici di ciò in senso più generale, vale a dire non in prima battuta; o almeno a chi fossero diretti questi benefici nel ragionamento della Corte.

La questione si sposta, quindi, nella direzione del bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti nel fenomeno e, ancor più intensamente, in tutte le operazioni straordinarie. Si disvelano, così, problematiche assai più profonde e rischi ben più evidenti se ci si avventura, ad esempio, lungo il percorso della definizione del perimetro della delega gestoria per evidenzia-

¹⁰³ 63 NY2.d 557 (1984).



re l'irritualità della chiamata al voto dei *disinterested stockholder*¹⁰⁴ o se si rileva come la minoranza di quest'ultima categoria – che in realtà coincide con la “vera” minoranza azionaria – subisca in effetti un sostanziale *freezeout*, totalmente schermato sul piano della validità, efficacia e responsabilità¹⁰⁵.

Si potrebbero evidenziare, inoltre, le caratteristiche del mercato dei capitali statunitense in termini di assetti proprietari e attivismo degli investitori istituzionali, così come, ancor prima, il peculiare rapporto tra diritto e mercato che connota la regolamentazione dell'impresa capitalistica soprattutto – ma ormai non solo – nei due principali ordinamenti di *common law*¹⁰⁶. Oppure, infine, in senso critico verso una chiusura allo *scrutiny*, richiamare l'idea di una sovrapposizione tra *shareholders*, *stakeholders* e consumatori (di prodotti e servizi finanziari) nell'ambito del moderno mercato globale, tale da giustificare l'ingresso di altri interessi pure di matrice pubblicistica nelle valutazioni di chi è chiamato a giudicare la legittimità delle operazioni societarie – in particolar modo straordinarie – ponendo nel confronto tra funzionamento della *litigation*, con rischi di *overenforcement*, e tutela del mercato parimenti danneggiato da rischi di *underenforcement* o *underdeterrence* un difficile contemperamento.

Non serve, però, nemmeno scomodare chi ha teorizzato le criticità derivanti dalla separazione tra proprietà e controllo¹⁰⁷ per rendersi conto che, come insegna proprio la giuri-

¹⁰⁴ Si pensi, al limite, alla posizione degli azionisti privilegiati e alla relative assemblee di categoria, riflettendo sulla procedimentalizzazione delle attività e dei rapporti endosocietari che li riguardano in funzione di una corretta definizione dell'interesse sociale, finalizzata al suo perseguimento. Sul tema sia consentito il rinvio a F. M. SBARBARO, A. SACCO GINEVRI, *The role of preferred shareholders in fundamental transactions*, in *Eur. Bus. Law. Rev.*, 2015, p. 765.

¹⁰⁵ E noto, peraltro, che anche il rapporto tra socio di controllo e azionisti di minoranza può inquadrarsi, in un'ottica di analisi economica del diritto, alla stregua di una *agency relationship*. Così, J. ARMOUR, H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, *Agency problems and legal strategies*, in *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, a cura di R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES, L. ENRIQUES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K. HOPT, H. KANDA, M. PARGENDLER, W. G. RINGE, E. ROCK, III ed., 2016, Oxford, p. 29. Si faccia altresì riferimento a S. ROSS, *The principal's problem*, in *Am. Econ. Rev.*, 1973, vol. 63, p. 134 nonché a J. W. PRATT, R. J. ZECKHAUSER, *Principals and agents: the structure of business*, Boston, 1984, *passim*.

¹⁰⁶ *Ex multis v.*, in generale, M. R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, *passim*.

¹⁰⁷ Il riferimento è, ovviamente, all'opera di A. A. BERLE, G. C. MEANS, *The modern corporation and private property*, New York, 1932, *passim*.



sprudenza statunitense, più la problematica è ampia e coinvolge potenzialmente interessi eterogenei, più il rimedio deve essere puntuale e colpire i comportamenti individuali; o come talvolta le scelte di *policy* intervengono a correttivo d'una urgenza o piuttosto a controbilanciamento di un eccesso o distorsione che si registri non necessariamente per decisioni precedenti non calibrate, ma anche per le reazioni del sistema e in specie dei *plaintiffs' attorney* – si direbbe, quasi a raggiungere l'equilibrio per aggiustamenti successivi.

Il novero di possibili motivazioni che hanno animato le decisioni in commento è, pertanto, ampio e variegato, ma quello che si richiama alla gestione del contenzioso, a fronte di considerazioni non prive di elementi contraddittori, non può non essere tenuto in debito conto, esso stesso non come fattore a sé stante, ma che contribuisce alla regolazione del mercato.

8. Nell'indagine sulla selezione e composizione delle ragioni alla base del nuovo perimetro del *cleansing effect*, di particolare interesse, si disvelano taluni spunti comparatistici offerti da quanto accade sull'altra sponda dell'Atlantico rispetto a quella americana.

Nell'ordinamento inglese¹⁰⁸, infatti, le soluzioni approntate per le medesime questioni in esame segnalano un approccio *prima facie* differente il quale, nel raffronto con il punto di arrivo di Corwin e M&F Worldwide, sollecita ulteriori riflessioni e soprattutto supporta una più critica comprensione dei cambiamenti in corso. Ivi (in Inghilterra), ovverosia in un sistema notoriamente *shareholder-centric* – quantomeno rispetto a quello *board-centric* statunitense¹⁰⁹ –, l'approvazione degli azionisti – *rectius* della classe all'uopo formata – non sarà nel

¹⁰⁸ Invero, lo *scheme of arrangement*, in trattazione *infra*, è istituto ampiamente utilizzato anche per i *takeover* in molti ordinamenti di common law, inclusi Australia New Zealand, Hong Kong, Singapore, Malaysia, British Virgin Islands, Bermuda, Cayman Islands; sorprendentemente, invece, non negli Stati Uniti.

¹⁰⁹ Anche in questo caso il dibattito è ampio quanto celebre. Ove si intenda con *shareholder primacy* non l'obbligo degli amministratori di massimizzare il profitto degli azionisti, principio ben radicato nella *corporate law* nordamericana – eppure oggetto di recenti rivisitazioni – bensì “*the principle of ultimate shareholder control*” (S. M. BAINBRIDGE, *Director v. Shareholder Primacy in the Convergence Debate*, in *UCLA, School of Law Research Paper*



meccanismo maggiormente impiegato sufficiente; o, se invece che in termini di potere – prospettiva probabilmente meno felice –, si vuol discorrere in termini di tutela, l’osservazione dovrà riformularsi nel senso che il momento dell’approvazione ad opera degli azionisti non sarà l’unica e principale *sedes* fisiologica di verifica.

Procedendo per ordine: nella *company law* inglese vi sono sostanzialmente due principali modalità attraverso le quali si effettua una *going-private transaction*: una *tender offer* o uno “*scheme of arrangement*”. Giacché nel primo caso, l’offerta del *bidder* deve essere accettata da azionisti che rappresentino il 90% delle azioni cui si riferisce, soglia non sempre agevolmente raggiungibile, non sorprende come più frequente sia il ricorso al citato *scheme of arrangement*¹¹⁰, strutturalmente non distante dal classico *merger* della legislazione del Delaware, ma operato secondo una procedura non del tutto analoga¹¹¹.

La ragione è chiara sol che si consideri la disciplina applicabile.

In materia, infatti, la *Part 26* dello *UK Companies Act 2006*¹¹² – rubricata “*Arrangements and Reconstructions*” e contenente le *sec.* da 895 a 901 –, applicabile a *compromise* o *arrangement* tra la società e i propri “*members*” o “*creditors*” o “*any class of them*”, disciplina uno strumento utile a effettuare un ampio raggio di operazioni di riorganizzazione di una società o di un gruppo

January 2002, n. 02-04, p. 2, disponibile in SSRN all’indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=299727> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.299727>), non è dubbio che l’ordinamento inglese debba qualificarsi come decisamente meno *director-oriented*. *Ex plurimis*, le osservazioni in J. ARMOUR, S. DEAKIN, S. KONZELMANN, *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*, in *Brit. J. Ind. Rel.*, 2003, vol. 41, p. 531 ss. e quelle in S. M. BAINBRIDGE, *Director Primacy and Shareholder Disempowerment*, in *Harv. Law Rev.*, 2005, vo. 119, p. 1735 in risposta a L. A. BEBCHUK, *The Case for Increasing Shareholder Power*, in *Harv. Law Rev.*, 2005, vo. 118, p. 883, ove riferimenti e origini del profilo.

¹¹⁰ I dati che dimostrano il crescente impiego di questo schema per operazioni di scalata societaria sono ben noti e riportati, con puntuale analisi critica, in J. PAYNE., *The use of schemes of arrangement to effect takeovers: a comparative analysis*, Oxford Legal Studies Research Paper, 2014, n. 1, p. 1, disponibile in SSRN all’indirizzo: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2480941.

¹¹¹ Cfr. la *sec.* 251 del *Delaware General Corporation Law*.

¹¹² Che dal 6 aprile 2008 ha sostituito la *sec.* 425 del *Companies Act 1985*, senza sostanziali modifiche.



che siano *solvent*, ivi comprese fusioni e scissioni – come pure di ristrutturazioni in caso di insolvenza, a mezzo ad esempio di *debt for equity swap* ma non solo¹¹³.

Orbene, con tutta evidenza, è la possibilità di organizzare in classe gli azionisti da sollecitare che rende l'istituto di comodo utilizzo per le operazioni qui in interesse – organizzazione che si rappresenta alla corte quando, “*on application*”, questa sarà chiamata a convocare il *meeting* di cui alla *sec. 896 del Companies Act 2006*¹¹⁴. Ma è la percentuale richiesta per il suo funzionamento che lo rende anche particolarmente desiderabile.

Lo schema – secondo una ben articolata procedura, con annessi e condivisibili obblighi informativi – richiede, infatti, l'approvazione di soci¹¹⁵ che rappresentino almeno il 75% del valore della classe¹¹⁶, oltre che la maggioranza numerica della classe stessa, come presente e votante nel *meeting* convocato¹¹⁷.

Laddove lo schema sia approvato, si procederà poi all'ulteriore passaggio previsto dalla procedura: la corte sarà chiamata a una sorta di omologazione del medesimo, ai sensi della

¹¹³ In riferimento all'argomento in esame, nel senso qui riportato E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2037 ss. Più in generale, sul tema, cfr. J. TRIBE, *Companies Act Schemes of Arrangement and Rescue: the lost cousin of restructuring practice?*, in *J. of Int. Bank. Fin. Law*, 2009, p. 389 ss. Ma soprattutto, oltre a quanto già citato, v. J. PAYNE, *Schemes of Arrangement, Takeover and Minority Shareholder Protection*, in *J. Corp. Law. Stud.*, 2011, vol. 2, p. 67 ss.; ID., *Schemes of Arrangement: Theory Structure and operation*, Cambridge, 2014, p. 7 ss. In ottica europea, cfr. A. GOLDREIN, *Ready, Willing and Able, but Perhaps Not Always Acceptable: UK Schemes of Arrangement in Europe*, in *Pratt's J. Bankruptcy Law*, 2011, vol. 2, p. 113 ss.

¹¹⁴ È questo il primo passaggio procedurale, cui seguono il voto di soci o creditori convocati eventualmente in una o più classi e infine l'istanza di *sanction* dello *scheme* con conseguente decisione della corte e trasmissione al *Registrar* degli atti modificativi di quanto sottoposto a obblighi di registrazione. Con riguardo alle modalità di convocazione, essa deve avvenire secondo la menzionata disposizione “*in such manner as the court directs?*”.

¹¹⁵ Per altri casi di creditori.

¹¹⁶ Se è avvenuta l'organizzazione in classe, come nel caso qui in commento.

¹¹⁷ V. *sec. 899 Companies Act 2006*. Se poi lo schema prevede una riduzione dello share capital della società, sarà necessaria una separata *special resolution* dei soci, con maggioranza qualificata del 75%. La giurisprudenza ha escluso che quando l'istituto in questione sia impiegato quale alternativa a una tender offer si dovrebbe richiedere una percentuale pari al 90% per la relativa approvazione. Re *National Bank* [1966] 1 WLR 819; Re *TDG plc* [2008] EWHC 2334 (Ch); [2009] 1 BCLC 445. La scelta è infatti rimessa alla società e la soglia più bassa sarà controbilanciata dal meccanismo di omologazione affidato alla corte.



sec. 899 (“*the court may [...] sanction the compromise or arrangement*”) che, ove accordata, renderà l'accordo vincolante per tutti i soci¹¹⁸.

In altri termini, nella prospettiva degli azionisti di controllo che effettuano operazioni di tal sorta e ricercano il *freezeout* della minoranza, dalla soglia del 90% delle *tender offer* si passerà a una soglia del 75% *in value* che sia “*present and voting either in person or by proxy*”, oltre alla *review* della corte¹¹⁹. Certo, la percentuale rimarrà significativa e, pur ridotta in quantità e qualità per l'impiego del meccanismo di cui alla citata *Part 26*, si accompagnerà comunque all'intervento della corte tanto in sede di convocazione dei soci e verifica delle classi, tanto in successiva sede di approvazione; ma rispetto a una *tender offer* pura ne usciranno ridotti i rischi di ostruzionismo e probabilmente i correlati costi.

Nondimeno, in chiave di bilanciamento negli strumenti di controllo, anche per comprendere come la procedura dell'ordinamento inglese risponda al nodo gordiano in tema di operazioni con *controlling stockholder*, ovvero sia se agli azionisti di minoranza vada concesso o meno un potere di veto sulle *transaction* e dove si realizzi la tutela effettiva di questi ultimi, è agli orientamenti giurisprudenziali che deve prestarsi attenzione; e, più che a quelli in punto di formazione della classe, a quelli in tema di *sanction* dello *scheme of arrangement* – o meglio a una combinazione di entrambi.

Vero è che nelle scelte con riguardo alla classe sembra giocarsi buona parte della partita, perché operando sulla sua composizione la soglia da raggiungersi può ben essere in concreto alterata – e la misura del potere della minoranza diluita¹²⁰. Ma vero è anche che, probabilmente, la varietà delle situazioni concrete che possono presentarsi nella fase della selezione e convocazione della classe mal si presta a criteri particolarmente determinati con riguardo alla verifica della sua formazione.

¹¹⁸ O creditori o classe di soci o creditori, se del caso, nonché per la società o per il liquidatore o l'amministratore se la società è in liquidazione o *administration*.

¹¹⁹ Acutamente, E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2038. Un raffronto tra vantaggi offerti dello *scheme* nei contesti di *takeover* cfr. J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., p. 9 ss.

¹²⁰ Cfr. E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2038 ss.



L'analisi delle pronunce rilevanti – che fa registrare precedenti ben risalenti, come è naturale, giacché lo strumento è presente nel diritto societario inglese sin dal 1870¹²¹ – disvela come di fatto le corti adottino un controllo caso per caso, ove l'appropriatezza della composizione della classe prima e l'omologa poi sembrano rispondere più alle implicazioni pratiche della singola decisione appunto che a un rigido *discrimen*.

Si considerino i due casi paradigmatici sul punto: *In re Hellenic & General Trust*¹²² e *Re BTR plc*¹²³.

Nel primo, la *Chancery Division* ha affrontato la questione della composizione della classe in un'operazione dove un *controlling stockholder*, la Hambros, intendeva procedere ad acquisire il 100% delle azioni di una controllata, la Hellenic & General Trust appunto, nella quale la National Bank of Greece deteneva una partecipazione pari al 13.95%. In ragione dell'opposizione di quest'ultima risultava non praticabile una *tender offer* – non raggiungendosi la citata soglia del 90%. Hambros si era determinata, allora, a optare per uno *scheme of arrangement*, avendo altresì trasferito il proprio pacchetto del 53% a una controllata al 100% costituita *ad hoc*, la Merchandise & Investment Trust. L'accordo proposto prevedeva che le azioni della Hellenic sarebbero state ritirate con un cambio di 48p per azione e la Hambros avrebbe ricevuto le correlative azioni di nuova emissione¹²⁴. Nel *meeting* convocato dalla Corte su istanza della Hellenic & General Trust, lo schema era stato approvato con una percentuale ben sufficiente, il 91%; ma nel computo della classe erano entrate pure le azioni della Merchandise & Investment Trust, senza le quali la soglia del 75% non sarebbe stata in realtà raggiunta.

¹²¹ Perché introdotto con il *Joint Stock Companies Arrangement Act* del 1870, esattamente con la *sec. 2*, sebbene originariamente solo per i creditori. Esteso ai *member* con la *sec. 24* del *Companies Act* 1900, è con la *sec. 38* del *Companies Act* 1907 che trova applicazione anche fuori dall'ambito delle società in *liquidation*.

¹²² [1975] 1 W.L.R.123.

¹²³ [1999] 2 B.C.L.C. 675 (Ch.), confermato con rigetto *del leave to appeal* in [2000] 1 B.C.L.C. 740 (C.A.).

¹²⁴ In tal modo, il soggetto che riceveva le nuove azioni non coincideva formalmente con quello che deteneva l'attuale pacchetto di maggioranza e che partecipando alla classe avrebbe concorso al voto sullo schema.



Nel decidere se nella composizione della classe fosse stato corretto includere questa ultima società, la pronuncia fa riferimento un caso di fine '800, ove si discorre giustappunto del significato del termine “*class*”, quale gruppo di persone “*whose rights are not so dissimilar as to make it impossible for them to consult together with a view to their common interest*”¹²⁵. Pertanto, giustappunto alla luce del comune interesse, dovrebbe ritenersi che i potenziali alienanti chiamati a consultarsi dinanzi all’offerta “*would look askance at the presence among them of a wholly owned subsidiary of the purchaser*”¹²⁶; sicché la sostanziale divergenza nelle posizioni, *recte* negli interessi, è stata ritenuta in questo caso ragione sufficiente per disporre classi separate.

È chiaro come richiedere l’articolazione delle classi per diritti omogenei o per interessi omogenei comporti effetti sostanziali assai significativi: la composizione della classe per *right* è agevole e segue un parametro oggettivo ma può comprendere soggetti portatori di ragioni ulteriori e in conflitto; quella per *interest* può eliminare queste divergenze ma risultare complessa, questionabile e attribuire un potere di veto, attraverso micro-classi, a un numero esiguo di azionisti. Quasi un dubbio tra carenza di tutela ed eccesso di tutela, a fronte del quale la giurisprudenza inglese ha inteso poi intraprendere una diversa via d’uscita, o quantomeno un contemperamento caso per caso.

Il criterio, che in *Hellenic & General Trust* ha consentito alla Corte di accogliere l’opposizione pur dinanzi all’organizzazione in unica classe perché identici i diritti di cui erano portatori i relativi componenti, non chiarisce – e forse non può – la dimensione di questa divergenza, lasciando ai giudici l’individuazione specifica, di volta in volta, di limiti e qualità della varietà di interessi rappresentati che possono essere o meno composti in una classe. Ancor più lascia aperta – più o meno consapevolmente – un’ulteriore possibilità, quella della tutela della minoranza nella fase successiva in cui gli stessi giudici sono chiamati a valutare se l’accordo eventualmente raggiunto dopo il voto sia *fair*; come dire, non quindi nell’indagine sulla classe ma in quella logicamente susseguente in ordine alle *fairness*.

¹²⁵ Il precedente è *Sovereign Life Assurance Co. v. Dodd*, [1892] 2 Q.B. 573, da cui la citazione a 582, pure richiamato in *In re Hellenic & General Trust*, cit., 126, nonché ricostruito in E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2039 e in J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., pp. 3-4.

¹²⁶ *In re Hellenic & General Trust*, cit., 126.



La conclusione o meglio la lettura qui proposta – e che supera forse il potenziale *empasse* di *Hellenic & General Trust* – è confermata dalla seconda pronuncia *supra* menzionata, *Re BTR plc*, ove la Corte, riprendendo formalmente il medesimo *discrimen* di *Hellenic* ha poi deciso in senso opposto, secondo quella che si appalesa qui come una precipua e cosciente scelta di *policy*.

Nello *scheme* impiegato nel 1999 per un *arm's length purchase* di una *publicly traded company*, *BTR* appunto, verso altra *publicly traded company*, *Siebe*, l'argomentazione su cui si fondava l'opposizione alla *sanction* evocava proprio la disomogeneità tra gli interessi di cui erano portatori i *disinterested shareholder* partecipanti alla classe come composta: in particolare, tra quanti oltre a essere azionisti di *BTR* lo erano anche di *Siebe* e quanti invece erano solo azionisti di *BTR* – e come tali avrebbero in teoria avuto vantaggi unicamente dalla massimizzazione del prezzo corrisposto nello *scheme*¹²⁷.

Nondimeno, come pure considerato in analogo caso deciso dalla High Court of Hong Kong¹²⁸ ivi citato, tracciare quale sia il limite oltre il quale i titolari delle azioni della società oggetto dell'operazione devono considerarsi portatori di interessi ulteriori e divergenti o addirittura prevalenti rispetto a quelli relativi alla sola partecipazione nella società non è determinazione agevole; e con buona probabilità – al pari di quanto accennato – si appaleserebbe come un percorso nemmeno utile giacché condurrebbe a una sempre crescente parcellizzazione delle classi, ove ogni differenza può suggerire la formazione di un nuovo gruppo ancor più omogeneo moltiplicando i poteri di veto e vanificando del tutto lo strumento stesso – o meglio la sua desiderabilità.

I diritti degli azionisti di minoranza, allora, trovano nella logica di *BTR* una miglior tutela, efficace quanto compatibile con il funzionamento dell'istituto, sì in fase di *sanction* da

¹²⁷ Sarebbe in tal senso risultato *inappropriate* – secondo i ricorrenti – includere entrambe queste tipologie di portatori di interessi nella medesima classe, ai sensi dell'allora applicabile *sec. 425 del Companies Act 1985*; il rilievo è ovviamente valido anche nella vigenza della nuova *Part 26, Companies Act 2006*.

¹²⁸ *In re Industrial Equity (Paci c) Ltd.* [1991] 2 H.K.L.R. 614 (H.C.)



parte della corte ma nella valutazione generale della *fairness* dell'accordo approvato dalla o dalle classi¹²⁹.

Peraltro il criterio, rifinito e smussato con *Re Hawk Insurance Co Ltd.*¹³⁰ mediante la possibilità di analizzare, per comporre una *class* omogenea, i diritti non solo esistenti al momento della composizione della classe stessa ma anche da acquisirsi o come modificati a seguito dello *scheme of arrangement*¹³¹, non consente alla corte di effettuare un completo *second-guess*, nel senso che “*provided the scheme is fair and equitable, the court will not judge its commercial merits*”¹³².

Orbene, di là dalla circostanza che la linea BTR è oggi sostanzialmente il precedente di riferimento¹³³ in tema di classi per gli *scheme of arrangement* e la sua analisi quella prevalente in applicazione per tutti le *going-private transaction*, la breve descrizione dei fatti e il confronto tra i casi ha in questo contesto la precipua valenza di confermare l'intuizione sopra manifestata; il che val quanto dire che appare corretto affermare come nel sistema inglese lo scrutinio in sede fisiologica operato dalla corte – meno sovente in sede di approvazione della classe, più spesso nel controllo in sede di omologa – rimanga sostanzialmente il momento centrale della tutela degli azionisti di minoranza nelle operazioni con *controlling stockholder*: è qui che si evita la diluizione dei poteri dei soci sollecitati dallo schema nonché, in ultima analisi e prevalentemente, si verifica caso per caso che l'*arrangement*, pur votato dalla maggioranza qualificata, sia *fair* – in una dinamica differente da quella nordamericana e in una *review* che non giunge a quella del *fairness standard* statunitense.

E si noti come il tutto accada, ad ogni modo, secondo una linea tracciata dalla giurisprudenza d'oltremarica anche sulla scorta di un dato normativo che tanto permette – deve

¹²⁹ *Re BTR plc*, cit., 681-682, peraltro con un significativo sforzo argomentativo volta ad affermare che la decisione non si ponesse in contraddizione con il precedente di *Hellenic*, ove la Corte non aveva ragionato e concluso in termini di differenze negli *interest* o nei *right*, come pure nota E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2039.

¹³⁰ [2001] EWCA Civ. 241. V. anche *Re UDL Argos Engineering* [2001] HKCFA 54.

¹³¹ Sempre nel limite in cui le predette sottoarticolazioni non si disvelino così artificiose da lasciare lo strumento alla mercé del veto di gruppi non rappresentativi nella realtà.

¹³² J. PAYNE., *The use of schemes*, cit., p. 4.

¹³³ Non invero pacificamente però negli altri ordinamenti di *common law* che prevedono l'istituto.



ritenersi consapevolmente – grazie al meccanismo della *sanction* dell'*arrangement* – o meglio alla sua formulazione, per questo verso confermata nel 2006¹³⁴.

Vero è pure che, di là dalle potenziali suggestioni che nell'ordinamento anglosassone il *cleansing effect* della nuova giurisprudenza nordamericana potrebbe sortire e che è comunque di là da venire, dinanzi a un giudice statunitense e anche a fronte di una *stockholder ratification* la procedura di Corwin e ancor più quella di M&F Worldwide permettono comunque obiezioni di sorta, attraverso una contestazione ad esempio sulla piena informazione, sulla *coercion* appunto e sul computo nel voto di eventuali azioni latori d'interessi in conflitto; sicché il recente arretramento del sindacato giudiziale sulla materia nella *corporate law* d'oltreoceano è sì funzione di un sentire che va contestualizzato anche dal punto di vista storico – e pure nel solco dei casi precedentemente maturati –, ma lascia comunque opportune vie di fuga.

Certo, diverso è allo stato l'oggetto del sindacato nell'approccio di BTR e diversa è l'efficacia della tutela; anzi, è bene rimarcare come nella giurisprudenza inglese si sia in parte già assistito a un trascorrere da una tutela forte, con particolare attenzione alla formazione della classe, a una in cui i diversi interessi assurgono a rilevanza solo nella valutazione complessiva della *fairness* a opera della corte.

In tal senso, la distanza nelle procedure tra i due ordinamenti è variabile, nel senso che è destinata ad assumere in sostanza la misura che l'atteggiamento delle corti e la loro propensione all'intervento determineranno. Non appare invece corretto porre la differenza in tema di *shareholder primacy*, nel significato inteso; e ciò in quanto non è affatto detto che l'insufficienza dell'approvazione da parte della classe dei *member* si traduca sul piano della *governance* in un minor potere degli stessi, derivando anzi dalla prescrizione di successivo momento in cui la corte eventualmente sancisce che l'accordo è *fair* e dunque vincolante per tutti una tutela per certi versi superiore per i medesimi azionisti di minoranza.

¹³⁴ In questo senso, E. B. ROCK, *op. cit.*, p. 2041, anche se l'indagine è condotta sugli stili e sulle modalità delle decisioni delle corti, in una verifica del retaggio del *legal realism*.



9. Molteplici sono – come anticipato – le possibili chiavi di lettura dei nuovi orientamenti esaminati, come offerti peraltro dalla feconda letteratura che è fiorita all’indomani delle pur recenti pronunce in commento. Tutte, invero, forniscono un tassello per articolare un’indagine che aspiri a comprendere il significato dei nuovi principi anche in termini di potenzialità per la circolazione. Ma come appunto in un mosaico, esse vanno composte.

La ricerca delle più profonde ragioni all’origine delle citate evoluzioni, infatti, richiede innanzitutto che *Corwin v. KKR Financial Holdings* e *Kahn v. M&F Worldwide* siano analizzati *in unum*, in una prospettiva che superi ricostruzioni particolaristiche ed eccessivamente riduttive. In comune, le due decisioni ritrovano non solo nella *stockholder ratification* l’elemento di congiunzione; ma soprattutto registrano una precipua scelta di *policy*, ovverosia la evidente volontà delle corti del Delaware – e non solo – di limitare sostanzialmente gli spazi del sindacato con il fine ridurre la desiderabilità dell’agire in giudizio allocando *aliunde* la funzione di deterrenza verso gli abusi connessi al conflitto d’interessi nei contesti di riferimento; e segnatamente di modificare la combinazione dei controlli, riducendo il peso del *private enforcement* e delle sue funzioni di *deterrence* e *redressing* appunto in favore di una procedimentalizzazione del conflitto d’interessi quale strumento di *external monitor*.

Chiaramente – ed era agevolmente prevedibile – il ripristino della *business judgment rule* quale *judicial review standard* – laddove esattamente applicata la procedura più o meno articolata ora precisata – induce sì gli amministratori a sottoporre l’operazione ai momenti e ai soggetti di cui a questa procedura, con le auspiccate conseguenze in ordine alla loro condotta, ma ancor più dissuade quanti vogliano contestare la *transaction* dall’agire in giudizio.

Un mutamento che con buona probabilità va dunque ben oltre la mera evoluzione della giurisprudenza sulle *going-private transaction*, la quale in una scia continua che da Lynch passa per Siliconix e Cox Communication – in particolare per l’esito di *M&F Worldwide* – è sicuramente elemento determinante; ma rinviene nelle più profonde motivazioni la misura della capacità di durare delle nuove regole come pure di circolare. Esse sono, infatti, uniche in entrambe le decisioni e si richiamano a convincimenti radicati, quasi ancestrali nel sentire delle



corti nordamericane, che (ri)emergono e si slatentizzano in presenza delle necessarie condizioni storiche ed esigenze più o meno contingenti.

È vero che diverso è il contesto, con o senza *controlling stockholder* e dunque con bisogni di tutela più o meno penetranti – come parimenti diversi erano i parametri di sindacato di partenza (Revlon o *entire fairness*). È vero pure che ben più complessa è la procedimentalizzazione richiesta da M&F Worldwide per l'effetto – procedimentalizzazione che qui chiama in gioco gli amministratori indipendenti.

Ma fuori dall'ottica politica suggerita, differenti proposte interpretative sembrano concentrarsi sulla decisione stessa più che sui significativi effetti in termini di *corporate litigation*, di equilibri dei controlli e, quindi, di *governance* che i due nuovi precedenti sono destinati ad avere.

In tal senso, chi si richiama al *trend* della valorizzazione degli *special committee* quali “*effective mechanism for mitigating the risks associated with conflicts of interest in corporate transactions*” non erra, ma coglie una parte e non il tutto. Si intende come sia per certo vero che si conferma una tendenza iniziata già trent'anni or sono¹³⁵, vale a dire quella di confidare nella funzione degli *special committee* “*to assist directors of [...] companies in fulfilling their fiduciary duties and thereby limit the liability of directors*” e, in particolare di servire come “*an effective proxy for a third-party negotiator on behalf of disinterested or minority shareholders*”¹³⁶. Ma questa conclusione non è valida per Corwin. Ancor più, tace dei limiti nonché dei rischi anche sistematici sottesi all'impiego degli *independent director*.

Come è intuibile – nonché noto –, la consuetudine sempre più invalsa di includere amministratori indipendenti nei consigli e assegnar loro funzioni di crescente importanza at-

¹³⁵ Negli anni '80, durante l'ondata delle fusioni e delle acquisizioni.

¹³⁶ S. V. SIMPSON, K. BRODY, *The Evolving Role of Special Committees in M&A Transactions: Seeking Business Judgment Rule Protection in the Context of Controlling Shareholder Transactions and Other Corporate Transactions Involving Conflicts of Interest*, in *Bus. Law.*, 2014, vol. 69, pp. 1117 ss. e in spec. p. 1145 da cui le citazioni. Il dettaglio procedurale raggiunto in M&F Worldwide è pure pienamente coerente con la consuetudine sviluppata dagli stessi giudici di Delaware di offrire una *substantial guidance* su ciò che costituisce un *well-run special committee* e sulle correlate regole per assolvere al proprio ruolo nello specifico contesto.



tiva un meccanismo di controllo che come tutti i meccanismi presenta dei costi. Al pari di quanto segnalato, questa tipologia di amministratori in quanto “esterni” è sovente carente di conoscenze operative specifiche, quantomeno con riguardo alla società del cui consiglio di amministrazione fanno parte. Non solo, ma questi possono mancare di “*firm-specific commitment to their companies and all their stakeholders*”. Quando la percentuale di *independent director* diventa nel consiglio di amministrazione numericamente rilevante, allora, questi rischi assumono un’estensione non trascurabile che può, sull’altare dell’implementazione del sistema di controllo non giurisdizionale, sacrificare importanti competenze manageriali e così investire in una certa misura l’efficienza stessa della gestione.

Orbene, non vi è chi non veda come incrementare di tali figure anche le funzioni, affidando loro il compito di fungere da meccanismo che riporta l’operazione in conflitto nell’ambito dell’*arm’s length bargain*, accresce la dimensione di questi costi¹³⁷.

Né può ritenersi ragionevolmente che le così esperte corti del Delaware abbiano abbracciato fideisticamente una strategia di cui non ignorano i limiti; o meglio, che tale argomento possa essere stato trascurato nell’adozione di una soluzione, quella di M&F Worldwide, a lungo ragionata.

Ne discende che pure la devoluzione del controllo, *rectius* della gestione stessa del conflitto, a siffatti strumenti non può essere fine a se stessa o rispondere a mode di sorta, per quanto durature; nel senso che non può costituire una chiave di lettura unica o una motivazione preponderante.

E ancora: altrove, si è rimarcato come *M&F Worldwide* sia coerente con una tendenza recessiva dei principi di cui in Lynch; e come si ponga sotto questo profilo quasi in continuità con quanto gradualmente emerso negli ultimi anni¹³⁸. Con riferimento a Corwin, pure si è autorevolmente segnalato l’arretramento di Revlon – quasi che questo approccio abbia dopo trent’anni rivelato i segni del tempo trascorso¹³⁹. E con queste decisioni e con la loro proge-

¹³⁷ Da ultimo, T. N. MIRVIS, W. SAVITT, *The Dangers of Independent Directors*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, n. 2, p. 481 da cui la citazione; ivi peraltro le relative indicazioni statistiche, di non poco momento.

¹³⁸ D. WILSON, *op. cit.*, p. 646 e p. 655 ss.; cfr. *sub* nota 8.

¹³⁹ V. i riferimenti già effettuati a L.P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *op. cit.*, p. 167 ss.; e M. MANESH, *Nearing 30*, cit., p. 107 ss., ove i dati sulle injunction non concesse pur in applicazione dei principi di Revlon; ivi, a p.



nie si è infine salutato il superamento – parziale o, meglio, condizionato – di talune sperequazioni di trattamento tra *standard* applicabili in situazioni non dissimili: si consideri la citata disparità che sussisteva tra la regola (la *business judgment rule*) applicabile in ossequio a Siliconix per una *tender offer* e quella applicabile in ragione di Lynch, prima senza eccezioni, per un *going-private merger*.

Tutte ricostruzioni che aggiungono del vero all'analisi; ma che non bastano, perché ci si potrebbe altresì spingere oltre: se i *judicial review standard*, segnando in maniera sostanziale come è ovvio la probabilità di accoglimento dell'istanza, rappresentano una valvola che restituisce sul piano della tutela – quello invero più importante – la percezione sociale – qui soprattutto del mercato – dell'accettabilità dei rischi di un determinato tipo di operazioni, allora le corti potrebbero aver colto un momento storico nel quale, tramontati gli echi dell'ultima crisi e con essa i proclami di una più stringente regolamentazione, apparisse come opportuna e accettabile la devoluzione a meccanismi esterni del controllo con riguardo a queste situazioni di pericolo. In altri termini, a fronte di parametri di sindacato che costituiscono in termini di politica del diritto la cartina al tornasole della pericolosità avvertita e delle correlate urgenze di tutela, si pongono due pronunce immediatamente seguite anche fuori dal Delaware – e pure estese con Volcano in relazione a Corwin – che danno conto di una per così dire desensibilizzazione delle corti sulla materia *de qua*. O semplicemente, le corti hanno portato a termine un percorso che a queste dinamiche risponde, ma iniziato ben prima dell'ultima crisi e del correlato (tentativo di) rafforzamento delle regole di controllo.

D'altronde, come affermato in Corwin e già richiamato, non appare utile né logico sindacare una decisione assunta da un *decision-maker* non in conflitto d'interessi, in possesso di maggiori informazioni e competenze, nel caso degli amministratori in situazioni ordinarie (non di conflitto d'interessi), o di informazioni e partecipazione azionaria in gioco, nel caso

145 il quale rispetto alla critica dei primi due Autori, si legge: “*What the coauthors perceive to be the dwindling of Revlon as an enforceable legal directive may actually reflect the hegemony of the doctrine’s unitary shareholder focus in corporate culture and boardroom discussions. If Revlon is dwindling, it is happening from outside of corporate law, where competing bodies of law have emerged, rejecting or dispensing of the doctrine’s fiduciary mandate. Viewed from this broader perspective, the dwindling of Revlon may simply be a part of a larger narrative: the dwindling of the corporate form as the only way to do business*”.



degli *informed, disinterested stockholder* chiamati qui a esprimersi¹⁴⁰. Si è sottolineato anche come “*particularly when more than one fully-functioning monitor is active, these monitors present a formidable reason for courts not to intervene*”¹⁴¹, secondo una riflessione che si appoggia giustappunto a questa tendenza.

Peraltro, già lo scrutinio operato in applicazione di Revlon era stato criticato in ordine alla sua reale capacità di funzionare in maniera penetrante, se è vero che ivi lo *standard* richiedeva agli amministratori decisioni “*reasonable, not perfect*”¹⁴² e che, dunque i giudici non avrebbero proceduto a un sindacato “meticoloso” di decisioni pure discutibili¹⁴³. E ad ogni buon conto, la prova della mala fede – *sub specie* di *intentional disregard* dei propri doveri fiduciari o di azione per *improper motive* – è per solito onere non agevole da assolvere, dacché ottenere la concessione di una *injunction* o il riconoscimento di un risarcimento in Revlon-land non è in pratica mai stato facile. Per contro, un effetto deflattivo particolarmente significativo è destinato a esser prodotto da M&F Worldwide e dalla sua linea.

E qui, forse, si tocca il profilo che davvero si staglia come predominante e che nel quadro generale della *litigation* del settore potrebbe rinvenirsi il solco in cui i nuovi principi di Corwin e M&F Worldwide e dei casi successivi possono ascrivere. Che sia o meno la componente essenziale che ha determinato le corti a modificare l’assetto dei controlli accentuando l’atavica tendenza menzionata, il potenziale impatto su di un carico giudiziario in materia divenuto non agevolmente sostenibile – e pure non privo di eccessi – è così evidente che non può non essere entrato nella valutazione dei giudici. Anzi, laddove si ritenga che il risultato dei due precedenti sia principalmente una maggior tutela degli amministratori più che degli azionisti, potrebbe finanche sostenersi come proprio l’urgenza di rispondere al costante e sensibile incremento delle azioni e ancor più di porre un freno alle *strike* o *frivolous suit* abbia

¹⁴⁰ Corwin v. KKR Financial Holdings, cit., 312.

¹⁴¹ Cfr. M. SIEGEL, *op. cit.*, p. 668.

¹⁴² Lyondell Chem. Co. v. Ryan, 970 A.2d 235, 243 (Del. 2009). Nello stesso senso, Paramount Communications Inc. v. QVC, Inc., cit., 45, ove già precisato come alla luce di Revlon le corti siano chiamate a interrogarsi su “*whether the directors made a reasonable decision, not a perfect decision*” – anche cit. in M. MANESH, *Nearing 30*, cit., p. 135.

¹⁴³ V. L. P.Q. JOHNSON, R. RICCA, *op. cit.*, p. 222.



verosimilmente indotto la giurisprudenza ad anticipare i tempi o a muoversi fuori sincro rispetto a quella percezione sociale cui si è fatto prima riferimento.

In quest'ottica, siffatta strategia deflattiva o comunque di gestione del contenzioso trova anche in altre decisioni della medesima Corte riscontri importanti. Si pensi per un verso alla legittimità delle clausole statutarie di *fee-shifting* sancita dal caso *ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund*¹⁴⁴ – decisione questa che proprio sulla *corporate litigation* rischia di sortire effetti sì drastici da allarmare legislatore e dottrina¹⁴⁵; e per altro verso al subito celebre *In Re Trulia*¹⁴⁶ con cui, facendo seguito alle perplessità già espresse nelle delibazioni in ordine ad alcune transazioni nel corso del 2015, la stessa *Chancery Court* del Delaware nel gennaio 2016 ha chiuso ai *merger litigation settlement* che non comportino un beneficio sostanziale per gli azionisti – e nel caso di specie ha negato l'approvazione di un c.d. *disclosure-only settlement* che peraltro non comportava alcuna *material disclosure*¹⁴⁷.

O ancora si considerino quelle modifiche apportate nel 2015 al *Delaware General Corporation Law* che legittimano espressamente l'adozione di clausole di *forum-selection* negli statuti

¹⁴⁴ 91 A.3d 554 (Del. 2014).

¹⁴⁵ Tanto da suggerire un titolo particolarmente evocativo a un recente saggio sul tema: M. LEBOVITCH, J. VAN KWAWEGEN, *Of Babies and Bathwater: Detering Frivolous Stockholder Suits Without Closing the Courthouse Doors to Legitimate Claims*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40, p. 491 ss. V. anche S. GRIFFITH, *Correcting Corporate Benefit: How to Fix Shareholder Litigation by Shifting the Doctrine on Fees*, *Bos. Coll. Law Rev.*, 2015, vol. 56, p. 1 ss.; A. HAMERMESH, *How Long Do We Have to Play the "Great Game"?*, in *Iowa Law Rev. Bull.*, 2015, vol. 100, p. 31 ss.; V. WINSHIP, *Contracting Around Securities Litigation: Some Thoughts on the Scope of Litigation Bylaws*, in *SMU Law Rev.*, 2015, vol. 68 p. 913 ss.; ID., *Shareholder Litigation by Contract*, in *Bos. Univ. Law Rev.*, 2016, vol. 96, p. 485 ss.; J. R. BROWN, JR., *The Future Direction of Delaware Law (Including a Brief Exegesis on Fee Shifting Bylaws)*, in *Den. Univ. Law Rev. Online*, 2015, vol. 92, p. 51 ss.; S. M. BAINBRIDGE, *Fee-shifting: Delaware Self-inflicted Wound*, in *Del. J. Corp. Law*, 2016, vol. 40. P. 852 ss.; J. E. FISH, *The New Governance and the Challenge of Litigation Bylaws*, in *Brook. Law Rev.*, 2016, vol. 81, n. 4, p. 1637.

¹⁴⁶ *In re Trulia, Inc. Shareholder Litigation*, 129 A.3d 884 (Del. Ch. 2016), su cui v. S. J., GRIFFITH, *Private Ordering Post-Trulia: Why No Pay Provisions Can Fix the Deal Tax and Forum Selection Provisions Can't*, in *The Corporate Contract in Changing Times*, a cura di S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, 2017, in corso di pubblicazione e disponibile in SSRN all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=2855950>; nonché M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, *The Shifting Tides of Merger Litigation*, in *Vand. Law Rev.*, in corso di pubblicazione e disponibile in SSRN all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=2922121>.

¹⁴⁷ O si rivelava anche solo "*helpful to Trulia's stockholders*": *In re Trulia*, cit., 924.



societari, con lo scopo di contenere l'ondata di “*multi-jurisdiction suits*” giustappunto nell’ambito delle operazioni di fusione e acquisizione¹⁴⁸.

E ciò a tacere delle numerose voci critiche – di cui alla breve rassegna già offerta – che da tempo non hanno mancato di invocare un argine all’eccessivo ricorso alle corti e a tutte le distorsioni del sistema appena elencate.

Non vi è dubbio che sotto questo profilo l’analisi assurge a un’ampiezza e a una complessità che chiamano in causa il vasto novero di strumenti processuali disponibili nella *corporate litigation* statunitense, dalla disciplina del processo più in generale alle previsioni sulle spese di lite appunto fino a quelle ancor più note sulla legittimazione – che permettono *derivative action* e *class action*. Tuttavia, anche solo la convergenza verso gli effetti deflattivi illustrati e la scansione cronologica pur restituiscono più di un indizio.

In tal senso, è davvero difficile sostenere che gli arresti in commento non siano parte di quella che è già stata definita come un’inversione nel flusso della marea¹⁴⁹.

D’altro canto, ferme le dovute cautele, è pure vero che, se è discussa l’effettiva idoneità delle procedure cristallizzate da Corwin e M&F Worldwide a mitigare i segnalati rischi, già evidente è invece il ricorso alla strutturazione dei *going-private merger* secondo le nuove procedure, come pure il decremento sostanziale del correlato contenzioso¹⁵⁰.

Prima dell’evoluzione in commento, con l’*entire fairness standard* applicabile nel solco di Lynch, sostanzialmente ogni azione avverso un *going-private merger* con *controlling stockholder* sopravviveva a una *motion to dismiss*; sicché ogni singola azione possedeva, di là dal fondamento su cui era costruita, un “*settlement value to plaintiffs’ attorneys, since they knew that the defendant controlling shareholders would rather pay to make the case go away than to fight them through the discovery stage*”

¹⁴⁸ Del. Code Ann., Tit. 8, secc. 102(b) (4), 109(b), peraltro codificando un principio già affermato dalla Chancery Court in *Boilermakers Local 154 Retirement Fund v. Chevron Corp.*, 73 A.3d 934 (Del. Ch. 2013).

¹⁴⁹ M. D. CAIN, J. E. FISCH, S. DAVIDOFF SOLOMON, R. S. THOMAS, *op. cit.*

¹⁵⁰ Effetto questo salutato con ampio favore e ovviamente visibile in particolare come conseguenza della seconda decisione nel relativo contesto Per tutti, cfr. D. WILSON, *op. cit.*, p. 670 ss. V. pure il giudizio favorevole di F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 222 ss.



*and beyond*¹⁵¹. Un valore, quindi, in termini transattivi per i legali che operano come *bounty hunter* ancora una volta in un meccanismo che favorisce più la remunerazione delle *law firm* che l'*enforcement* di una violazione di un *fiduciary duty* per opera del privato – e dunque con costi probabili ma senza comprovati effetti di controllo sul conflitto d'interessi in queste operazioni.

Dinanzi a ciò, non può che appalesarsi in tutta la propria forza la conclusione secondo cui il *cleansing effect* sia soprattutto un correttivo a una distorsione.

Peraltro, ritornando alla precipua valutazione della nuova regola, di là dalla riduzione dei rischi di azioni vessatorie o para-estorsive, la procedimentalizzazione ora introdotta, anche ove la si ritenga di dubbia efficacia in valore assoluto, potrebbe comunque rivelare una capacità di deterrenza superiore nonché consentire agli *independent director* nel caso di *controlling stockholder* di ottenere condizioni più eque o finanche fermare la *transaction*.

L'analisi sul piano dei poteri è quindi fuorviante, giacché a render più efficace la tutela degli azionisti non è l'affermazione di un potere di *ratification* alle condizioni illustrate con susseguente *cleansing effect*, quanto piuttosto ciò che risulti dal nuovo assetto dei controlli ottenuto con la sostituzione del *private enforcement* con le procedure di Corwin e ancor più di M&F Worldwide. Come dire, sì maggior tutela degli amministratori particolarmente nei contesti già Lynch – dal momento che come detto nei casi Revlon già ridotte nei fatti erano le possibilità di superare persino il *pleadings stage* –; ma anche una possibile maggior tutela degli azionisti e non per il nuovo potere (ed effetto collegato) quanto per la nuova strutturazione dell'operazione cui gli amministratori saranno ora indotti; strutturazione che in un caso più che nell'altro non elide ma potrebbe almeno contemperare la forza persuasiva e l'asimmetria informativa – e non solo – che connota il più volte richiamato “800-pound gorilla”¹⁵².

¹⁵¹ Così efficacemente, ancora D. WILSON, *op. cit.*, p. 671.

¹⁵² In un superamento dei timori espressi da L. E. STRINE, JR., *op. cit.*, p. 509 in occasione del commento al caso Tremont e alla metafora del gorilla – vale a dire dell'opinione secondo cui nemmeno un potere di veto offerto ad amministratori indipendenti e minoranza dissiperebbe i dubbi sulla capacità e sulla forza degli azionisti di controllo di realizzare l'operazione a proprio vantaggio e in danno degli altri. Cfr. *sub par.* 3.



A ragionare sul piano dei poteri e della idoneità del nuovo effetto derivante dalla *ratification* a vincere il noto fenomeno del *rational apathy* associata al voto assembleare non si giunge, per contro, lontano. È vero che, richiedendosi la maggioranza di una minoranza non portatrice di un interesse ulteriore nell'operazione, il voto di questi ultimi azionisti avrà peso assai superiore; ed è vero che, ancora in teoria, ciò dovrebbe rappresentare un più forte incentivo ad acquisire le necessarie informazioni per esercitare il diritto di voto. Nondimeno, l'esperienza dimostra come in pratica tutto questo non si disveli necessariamente una garanzia di partecipazione informata o comunque una soluzione anche parziale dell'apatia menzionata.

Di là dal fatto che, al pari di quanto richiamato nell'indagine sulle classi dello *scheme of arrangement* di diritto inglese, gli azionisti di minoranza sono assai variegati e sovente portatori di interessi divergenti, è stato correttamente osservato come “*the high costs associated with becoming informed and the division of potential benefits conspire to preclude minority stockholders from actually carrying out this endeavor*”¹⁵³.

Al più, essi seguiranno le raccomandazioni dei *proxy advisor*, che nemmeno sono garanzia di efficienza nel controllo, particolarmente nel contesto di riferimento¹⁵⁴; sempre che, mutati da azionisti non determinanti in possessori di un potenziale *swing-vote*, non impieghino

¹⁵³ I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36. Rimarrebbero, vale dire, prevalenti le ragioni che inducono la minoranza a non essere attiva e generalmente a non costituire in sede assembleare un valido controllore. D'altronde, ivi a p. 35 si ricorda come “*forming an educated opinion about business intricacies requires the stockholder to collect and process a vast amount of information. Owing to the minute share ownership of most minority stockholders, chances are that most stockholders do not play a pivotal role in the vote. In addition, any benefits that a value-producing vote accrues to the corporation will be distributed among all stockholders. As a result, the expected benefits of an informed vote are microscopic and at the very best marginally related to the incurred costs*”.

¹⁵⁴ Cfr., *ex multis*, S. J., CHOI, J. E., FISCH, M. KAHAN, *The Power of Proxy Advisors: Mith or Reality?*, in *Emory Law J.*, 2010, vol. 59, p. 869 ss. A. EKSTEIN, *Great Expectations: The Peril of an Expectations Gap in Proxy Advisor Regulation*, in *Del. J. Corp. Law*, 2015, vol. 40, p. 77 ss.; N. MALENKO, Y. SHEN, *The Role of Proxy Advisory Firms: Evidence from a Regression-Discontinuity Design*, in *Rev. Fin. Stud.*, 2016, vol. 29, p. 3394 ss.



l'insperato potere per conseguire utilità ulteriori e personali, intraprendendo condotte *rent-seeking* di sorta¹⁵⁵.

Ad ogni modo, nel giudizio sulla linea perseguita da Corwin e M&F Worldwide un'altra riflessione deve essere tenuta in debito conto. La disponibilità di una strutturazione dell'operazione che consente di invocare la *business judgment rule* nell'eventuale azione avverso la decisione adottata non significa, al pari di quanto discusso, che le corti abbiano abdicato a ogni controllo, fideisticamente rimettendosi alla procedimentalizzazione prescelta e *in parte qua* all'*external monitor*. Piena informazione e *coercion, in primis*, sono valvole con le quali riaprire all'intervento, ove necessario, come In re Massey Energy dimostra. Ivi si chiarisce che Corwin – e *a fortiori* M&F Worldwide, si deve aggiungere – “*was never intended to serve as a massive eraser, exonerating corporate fiduciaries for any and all of their actions or inactions preceding their decision to undertake a transaction for which stockholder approval is obtained*”¹⁵⁶.

E così, la *structural coercion* – che esclude il *cleansing effect* – di Sciabacucchi v. Liberty Broadband più che una parziale retromarcia è l'impiego di un naturale meccanismo, già incastonato all'interno della procedura da Corwin e da M&F Worldwide, con il fine di ripristinare il controllo qualora opportuno – magari in ipotesi eccezionali appunto, come nel caso Philip Richter Saba Software – ed evitare un generalizzato esonero da responsabilità degli amministratori; quasi che l'obiettivo fosse *in primis* ridurre quel *settlement value* per il difensore dell'attore, non collegato ai fatti, che alimenta con tutta evidenza in ogni ambito la propensione alle azioni di disturbo e incrementa i costi del sistema senza ritorni in termini di effettivo controllo.

Anche questa circostanza non deve essere tralasciata nella valutazione dei nuovi principi. La scelta in questa complessa prospettiva non appare, allora, irragionevole.

¹⁵⁵ Cfr. I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36, ove il rinvio alla parallela situazione descritta in S. M. BAINBRIDGE, *The Case for Limited Shareholder Voting Rights*, in *UCLA Law Rev.*, 2006, vol. 53, p. 634.

¹⁵⁶ In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation, *cit.*, 46.



Placati i clamori e ricondotte a lucidità le critiche come gli entusiasmi, una conclusione in senso (moderatamente) favorevole rispetto alla strada intrapresa appare con tutte le necessarie cautele la più fondata.

Rimane certo da rifinire l'estensione delle eccezionali circostanze in cui il *cleansing effect* non può operare perché non realizzate le citate condizioni soggettive prescritte.

Come pure è appare da confermare l'inapplicabilità della nuova regola alle *going-concern transaction*, secondo un'opzione che si appalesa come condivisibile alla luce delle considerazioni effettuate, soprattutto ove si ritenga che la principale finalità del nuovo strumento sia quella di arginare il dilagare di una *litigation* in buona parte di dubbia utilità. La *derivative action* impiegata per il *redressing* dei *mismanagement* in questa tipologia di trasferimenti, rispetto alla *class action* utilizzata nella tutela della minoranza nelle operazioni di *going-private*, presenta già ostacoli procedurali e strumenti volti a ridurre i rischi di abuso dell'azione appunto¹⁵⁷.

E mentre per le altre misure descritte – dal *fee-shifting* di ATP alle clausole statutarie di determinazione della competenza esclusiva di un foro della nuova normativa del Delaware fino alla stretta sulle *disclosure-only settlement* di Trulia – devono attendersi le contromosse che i legali degli attori porranno in essere per comprendere il mutamento degli equilibri nel medio periodo, la giurisprudenza di Corwin e Volcano nonché di M&F Worldwide sembra consolidarsi e attestarsi su piani di maggiore certezza, anche con riguardo agli esiti non a breve. Pur in un prevedibile e naturale assestamento nell'elaborazione, queste nuove regole sembrano ragionevolmente non esser destinate a stretto giro a riduzioni o *revirement* di sorta; sicché si può procedere con buona convinzione ad aggiornare le formule per solito adoperate dalla dottrina nella descrizione dei contorni della *business judgment rule*: essa non è più definibile semplicemente come il divieto di valutare nel merito le decisioni assunte da amministratori

¹⁵⁷ Si pensi per tutti alla possibilità di affidare la conduzione dell'azione a uno *special litigation committee*. V. I. FIEGENBAUM, *op. cit.*, p. 36. Mentre, per altro verso e su altra distinzione, quella della differenza tra operazioni di *freezeout* realizzate con *going-private merger* o con *tender offer*, si appalesa ora l'opportunità di prevedere forse anche nelle *tender offer* la procedura con comitato e *stockholder ratification* prevista da M&F Worldwide per i *going-private merger* – secondo, F. RESTREPO, G. SUBRAMANIAN, *op. cit.*, p. 224-5.



*disinterested*¹⁵⁸ ma come il divieto di sindacato nel merito delle decisioni adottate sia da amministratori *disinterested* sia *interested* se però operante il *cleansing effect*.

¹⁵⁸ V. ad esempio la citata definizione di L. A. STOUT, *op. cit.*, p. 675.



STUDI E RICERCHE

BENI COMUNI NEL CONTESTO ORDINAMENTALE

EUGENIO BENEVENTO

Con il termine beni comuni si indica una condizione eterogenea di situazioni collocabili oltre la tradizionale dicotomia pubblico-statale e privato-commerciale.¹

In sede ricostruttiva si può affermare che la funzione teleologica del concetto di beni comuni è quella di sottrarre gli stessi alle leggi del mercato per ricondurli ad una funzione sociale.

Tale assunto non significa riportare tali beni nel potere dello Stato, ma creare le condizioni che gli stessi si colleghino a nuove forme di gestione partecipata e di tutela.²

La crisi del sistema economico-finanziario degli ultimi anni ha riattivato il dibattito circa la mercificazione di ogni risorsa naturale e di ogni aspetto della vita umana, anche in considerazione dell'inefficienza strutturale degli apparati pubblici a risolvere problemi di natura sociale.³

La crisi degli ultimi anni che ha interessato non solo l'ordine sociale ma anche il sistema giuridico, è maturata in un contesto sotteso a valorizzare l'esigenza di rimodulare il concetto di "comune" e di dargli una adeguata collocazione ordinamentale.

In questa sede, brevemente e per le considerazioni di cui appresso si dirà, si traccia il percorso storico dell'istituto, evidenziando come lo stesso ha assunto un significato e una funzione diversa, a seconda dell'interazione con il contesto storico di riferimento.

Il termine "comune"⁴ era già oggetto di discussione tra i giuristi del diritto romano, dove il concetto di comune era stata rimodulato già prima dalle Istituzioni Giustinanee, at-

¹ P. STANZIONE *Principi generali del diritto civile* Napoli 2011 p.10 ss

² P. STANZIONE *Nozioni giuridiche fondamentali*, Roma, 2010 p.45 ss

³ P. STANZIONE *ult.op.cit* p.45 ss

⁴ A. PALMA. *Scritti di diritto romano*, Napoli, 2011 p. 25 ss



traverso le elaborazioni di Marciano che aveva posto l'esigenza di delineare una precisa linea di confine tra *res publicae* e *res communes omnium*.⁵

La sistemazione teorica romana della *res*, si basava sulla distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris*.⁶

Nelle prime si comprendevano le *res sacrae*, le *res religiosae*, tutte *extra commercium* perché sottratte all'attività commerciale, nelle seconde si includevano le *res privatae* e le *res publicae*.⁷

E' nel periodo imperiale che il concetto di *res publicae* viene ulteriormente rimodulato attraverso la distinzione tra in patrimonio populi (soggetto a gestione economica e rapporti patrimoniali ed assimilabili all'attuale patrimonio statale o di altri enti pubblici) e quelle in pubblico usu (lasciate all'utilizzo collettivo, non appropriabili e indisponibili).

Nel merito va precisato che in età imperiale al di là della polarizzazione pubblico-statale e privato-individuale, e quindi potere centrale da un lato e piena proprietà dall'altra, non mancarono formulazioni circa il concetto di bene comune, inteso come utilizzo del bene da parte della collettività.

Lo stesso diritto quiritario, conobbe già in epoca repubblicana forme di comunitarismo rurale, come ad esempio il diritto di pascolo.

Anche nella distinzione tra *ager publicus* et *ager divisus et adsignatus* traspare il concetto di comunitarismo rurale.

Va da sé che il termine *communis* è molto spesso richiamato nell'assegnazione dei fondi rurali; peraltro tale richiamo è del tutto naturale in un contesto sociale basato esclusivamente sulla pastorizia e sull'agricoltura.

Cosa ben diversa è il concetto di *res communes omnium*, a significare l'utilizzo di un bene, libero a tutti, e che non apparteneva né a singoli né a comunità specifiche.

⁵ V. ARANGIO – RUIZ *Storia del diritto romano*, Napoli p.110 ss Secondo l'Autore i criteri politico sociali del pensiero giuridico romano tra la distinzione della *res publicae* e *res communes* sono già presenti nella corrente culturale dei Proculiani ancorati al principio dello *ius strictum*. Per le differenti scuole di pensiero tra Sabiniani e Proculiani si veda Betti *Ist dir.rom* che afferma che l'antitesi fra le due scuole rispondeva a quella che divideva i grammatici del tempo nelle due sette degli analogisti e degli anomalisti.

⁶ V. ARANGIO – RUIZ *ult.op.cit*, Napoli p.110 ss

⁷ A. PALMA *Giustizia e senso comune*, Torino 2006, p. 28 s. Secondo l'Autore la norma giuridica non era oggettivamente preesistente nella formulazione dei dotti ma era implicita nel costume romano; il quale per essere vivo ed eterno non comprendeva soltanto le applicazioni che in un momento dato erano già state ufficialmente riconosciute dai tribunali, ma conteneva in germe anche quelle che soltanto in avvenire vedranno la luce, per il concorrere di circostanza che finora non si erano prodotte. Si veda anche Savigny secondo il quale i pontefici nel diritto romano non erano ltri che gli interpreti autorizzati del *ius civile*.



Nel merito va precisato che questo concetto di ampio godimento del bene è da intendersi come godimento lasciato a tutti gli esseri umani, senza distinzione dello status di appartenenza (status civitatis, status familiae).⁸

Questi continui richiami al diritto romano appaiono obbligatori, perché è in questa fase storica che si cristallizza la categoria di bene comune, ed è sempre di matrice romanistica, anche se con oscillazioni tra l'epoca repubblicana fino a quella giustinianea, il tentativo di creare un limes, un punto di confine tra l'utilizzo particolare del bene e quello destinato alla collettività. Su quest'ultimo punto non sono nitide le definizioni di collettività, per le considerazioni innanzi richiamate.⁹

Pertanto appaiono non temerarie le considerazioni di parte della dottrina secondo le quali già nel diritto romano si cristallizza il concetto tecnico di bene comune come bene sottratto alla gestione diretta dello Stato e lasciato all'utilizzo collettivo dei cives.¹⁰

E' sempre di matrice romanistica la definizione di res nullius come beni appartenenti a nessun soggetto giuridico, ed suscettibili di appropriazione tramite occupazione ed accessione, e quindi commerciabili.

Si può comunque agevolmente affermare che nella lunga esperienza giuridica romana, caratterizzata nell'età imperiale nella dicotomia tra "pubblico-statale" e privato-individuale e quindi tra poteri dello Stato da un lato e piena proprietà dall'altra, si delinea il concetto di bene comune.

Tralasciando il periodo medievale e quello successivo rinascimentale, bisogna andare tra fine Settecento ed inizio Ottocento dove la dottrina giusprivatistica censura il concetto di bene comune. Nel caso di specie dagli economisti dell'epoca furono sollevate dure critiche al

⁸ A. PALMA *Il luogo delle regole*, Torino, 2016 p.52 ss. Secondo l'Autore le norme del costume potevano dividersi in due gruppi : le une stabilivano quale era la situazione giuridica di ogni categoria di individui (status libertatis, civitatis, familiae) le altre i poteri spettanti in determinate circostanze a ciascuno di essi su altri (potestà del pater familias sui sottoposti, del tutore sul pupillo, del creditore sul debitore) o sulle cose (proprietà). Si evidenzia che la condizione di status non poteva essere sottratta né dalla legge né dai tribunali, in tal senso Cicerone: "*si quid ius non esset rogatier, eius hac lege nihilum rogatum?*".

⁹ A. PALMA, *Scritti di diritto romano* cit. p.30 ss . Secondo l'Autore anche i Romani assegnavano alla giurisprudenza il compito dell'interpretatio che però era ben diversa sul piano sistemico e funzionale al processo d'interpretazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari presenti attualmente nell'ordinamento giuridico italiano.....Nel diritto romano la funzione dell'interpretatio era di precisare ed ampliare il contenuto della disposizione.mentre il potere dei magistrati si compendeva nelle due funzioni di potestas ed imperium

¹⁰ A. PALMA. *ult.op.cit* p.30 ss.



concetto di bene comune che vedevano in esso un deciso ostacolo al godimento della piena proprietà e quindi un limite alla produttività economica.¹¹

La nascita dello Stato liberale centralista ottocentesco non vedeva di buon occhio il concetto che un bene fosse di godimento collettivo, nell'ottica già affermata dal Codice Napoleonico che il *ius abutendi* ed *utendi* della proprietà fosse pieno ed assoluto, libero dagli usi civici e dalle amministrazioni comunali.¹²

Da questa linea di indirizzo derivò la traslazione dei beni comuni entro la categoria del pubblico, come potere di proprietà dell'Ente pubblico territoriale.

Questa ripresa del concetto già consolidato nel diritto giustiniano pubblico-statale, privato-individuale, subisce una involuzione nel secondo Ottocento ed Novecento dove si fa strada il concetto di proprietà collettiva.

Si rappresenta che l'analisi presente è avulsa da ogni ricostruzione storica del concetto di bene comune dove i riferimenti storici innanzi delineati hanno solo la finalità di tracciare in linea generale il percorso che ha condotto alla definizione nel sistema attuale, attraverso le continue evoluzioni ed involuzioni di tale categoria giuridica.

Tralasciando gli avvenimenti riformatori iniziati con il Regno D'Italia, ma poco significativi sul piano della revisione normativa, è con la legge del 1927 n. 1766 che si assiste alla creazione di un disegno organico sotteso ad una definizione sistemica del concetto di bene comune.¹³

Attraverso una riorganizzazione degli usi civici, si assiste ad una unificazione delle diverse forme di appropriazione collettiva presenti nel territorio italiano, definendo il concetto di usi civici come tutti i diritti collettivi i cui titolari sono i singoli cittadini componenti la collettività.

La legge del 1927 provocò un livellamento delle proprietà collettive rispetto a quelli che erano definiti come usi civici.

E' interessante notare come il legislatore abbia sotteso inquadrare la tipologia dei beni pubblici in collegamento con l'utilizzo degli usi civici.

Con questi ultimi si definisce un diritto reale su una cosa altrui, quella che anticamente veniva definita servitù (pascolo, legnatico, semina), mentre la proprietà collettiva si caratterizza come l'insieme di beni posseduti dalla comunità da tempo immemorabile, sui quali insistono diritti reali.

¹¹ P. ROVITO *La repubblica dei togati*, Napoli 1981, p.74 ss

¹² P. ROVITO *ult.op.citp.*74 ss

¹³ U. NICOLINI *Scritti di storia del diritto italiano*, Napoli 2004 p.84 ss



Per comprendere lo sforzo normativo della legge 1927 occorre collocare la disposizione di legge, nel contesto storico del periodo.

Tale periodo è improntato sul paradigma della gerarchia ed autarchia che caratterizzava lo Stato fascista.

Lo sforzo del legislatore era quello di incentivare l'economia agricola del paese, attraverso un deciso controllo della proprietà terriera.

I diffusi problemi sociali che interessavano le masse agricole della popolazione, determinarono da parte del Governo centrale la liberalizzazione delle terre ancora gravate da usi civici, tramite la liquidazione e l'affrancazione.

Rimaneva di carattere collettivo i diritti sui terreni boschivi e pascolivi che venivano disciplinati da appositi regolamenti e sottoposti al piano economico della legislazione forestale.¹⁴

Il carattere accentuativo della legge del 1927, attraverso la gestione dei beni da parte dei Comuni e delle Frazioni subisce una radicale modifica con l'avvento repubblicano.

Il pluralismo sociale e amministrativo figlio della Costituzione Repubblicana del 1946 apre la strada al riconoscimento dei regimi differenziati dei patrimoni collettivi.

L'accesso della risorsa a tutti i residenti di un Comune, determinò inizialmente la reazione delle istituzioni.

Allo stato attuale rimane principio consolidato in dottrina che la nostra Costituzione attraverso gli articoli 42, 9 finisca per marcare la contrapposizione tra la valorizzazione delle forme tradizionali ed autonome a modelli eteronomi di godimento delle risorse da parte di gruppi insediati in un dato territorio.¹⁵

Il lento processo di decentramento delle funzioni amministrative dal centro verso la periferia inizia prima con il trasferimento delle funzioni alle Regioni a statuto speciale dove le proprietà collettive e gli usi civici sono trattati come materia autonoma. Successivamente con l'estensione anche alle Regioni a Statuto ordinario delle funzioni amministrative, il problema delle proprietà collettive finisce per essere racchiusa nella materia dell'agricoltura, mentre la vigenza degli usi civici viene attribuita ai Comuni.

Si veda in tal senso la legge Galasso (431/1985) che assoggetta al vincolo paesistico tutti i territori gravati da uso civico o proprietà collettiva.

¹⁴ F. MOLTEDO *Storia del diritto italiano*, Roma 2006 p.34 ss

¹⁵ P. PERLINGIERI *Interpretazione e legalità costituzionale*, Roma 2012 p.45 ss Secondo l'Autore nel nostro ordinamento convivono due differenti nozioni del principio di legalità: quella scaturente dal sistema dei codici e quello scaturente dalla Costituzione; uno di matrice cattolica e l'altra socialista ispirata a ideologie marxiste.



Va fatta una premessa di carattere generale.

Il quadro storico di riferimento segna sicuramente una perdita della funzione sociale ed economica della proprietà collettiva, ma nel contempo traccia una forte connotazione culturale, finalizzata alla conservazione e valorizzazione delle caratteristiche ambientali e paesaggistiche poste alla base della tutela.

Questa tendenza ha finito per creare un parallelismo con i parchi naturali, per la tutela ecologica e la conservazione delle risorse.

Tale collegamento è la conseguenza, o meglio il frutto, di una linea di pensiero che tende ad includere le proprietà collettive all'interno di zone destinate a parco naturale.¹⁶

Inquadrate nel contesto attuale, i beni come acqua, sanità, ambiente non possono essere ricondotti ad una disciplina generale ed uniforme lasciando lo spazio non solo a riflessioni giuridiche ma anche a condizionamenti di natura sociologica.

Lungi dal costruire una concezione organica ed unitaria, la stessa deve obbligatoriamente essere collocata nel contesto storico di riferimento, dove interagisce con istituti ed istituzioni differenziate.

Per tale motivo il percorso storico dell'istituto innanzi tracciato, anche se di carattere indicativo, ha il significato di cristallizzare che la definizione di bene comune deve essere rapportata al contesto storico di riferimento, acquistando caratteri e valenze diverse a seconda dallo scenario complessivo, cioè dell'esperienza giuridica generale.

In sostanza a parere di chi scrive, non si può arrivare ad una definizione generale del termine, perché come innanzi detto il suo significato ha un valore elastico legato agli istituti ed alle istituzioni che si sono diversificati nel corso del tempo.

Volendo leggere tale concetto nel contesto ordinamentale presente, non è azzardata l'ipotesi di inquadrare lo stesso come "cose che esprimono utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona"¹⁷

¹⁶ P. PERLINGIERI *ult op.cit.* p.45 ss Secondo l'Autore il principio personalistico dell'ordinamento trova radice nella rivoluzione francese in seguito all'avvento di una codificazione imperativa e non più suppletiva o consuetudinaria, quale garanzia del legislatore nei confronti della libertà dell'interprete. Quale clausola di salvaguardia esprime l'esigenza del rispetto del diritto positivo.

¹⁷ P. PERLINGIERI *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Roma 2004 p.32 ss Secondo l'Autore il codice del 1942 utilizza la tecnica regolamentare, mentre la Costituzione si esprime per principi.....l'art. 3 comma 2 è la norma fondamentale dell'ordinamento italiano dove il principio di legalità finisce per coincidere con la legalità sociale..... Si veda anche P. STANZIONE *Principi generali del diritto civile* cit. 2011



La nostra Carta Costituzionale impregnata di teorie personalistiche sembrerebbe superare la dicotomia pubblico o privato ed inquadrare l'istituto attraverso l'utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali.

Peraltro il tentativo di inquadrare i beni pubblici come *tertium genus* al di fuori della dicotomia pubblico-privato, che invece aveva caratterizzato fin dalle origini il pensiero giuridico romano, si lega sempre di più alle dinamiche dell'ordinamento e delle prassi comunitarie sempre più sottese a dare valore alle azione collettive.

Pertanto tale considerazione impone una rigorosa ricostruzione dell'istituto nel contesto ordinamentale di riferimento, evitando definizioni ermeneutiche e dogmatiche.

In chiave ricostruttiva i beni comuni rimangono beni a fruizione collettiva attraverso una distinzione tra "mutuo rispetto" tra gli utenti e "conservazione della fruibilità generale".

Al primo *genus* va ricondotta l'informazione dell'etere afferente le radiodiffusioni, la seconda beni come l'aria, l'acqua, nel quadro più generale della salvaguardia delle risorse naturali.

Questo intreccio tra mutuo rispetto e conservazione è verificabile nella normativa sulla riduzione delle emissioni inquinanti che attribuiscono alle amministrazioni comunali il potere di limitare la circolazione di autoveicoli.

Lo stesso discorso vale per le risorse idriche che si caratterizzano per la coabitazione di discipline normative diversificate.

In questa prospettiva i beni comuni possono essere inquadrati sotto un duplice binario: *tertium genus* accanto ai beni pubblici e privati attraverso una costruzione settoriale del "diritto dei beni comuni"; un secondo scenario la riconduzione a carattere generale nell'imputazione pubblicistica.

Quest'ultima prospettazione si lega a quel modello di pensiero che vuole valorizzare l'idea della necessaria funzionalità dei beni pubblici.¹⁸

In sostanza bene è pubblico, non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di in un beneficio per la collettività.

¹⁸ P. STANZIONE *Nozioni giuridiche fondamentali*, cit p.32 ss Secondo l'Autore lo studio del diritto non può prescindere dall'analisi della società nella sua storicità locale e universale ma deve consentire l'individuazione del ruolo e del significato della giuridicità in un contesto di unitarietà e complessità del fenomeno sociale. Gli studi giuridici devono avere per oggetto gli aspetti economici e sociologici, etici e tradizionali, psicologici e biologici. La giurisprudenza rimane scienza sociale intesa come coesistenza del sociale, e dove l'uomo è visto non isolatamente ma in relazione con gli altri.



Si veda in tal senso Cass. N. 3665/2011 che ha affermato che l'imputazione pubblicistica del bene comune, esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda si presenta come appartenenza di servizio, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione.

In sostanza la titolarità pubblica del bene non è fine a se stessa ma comporta gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene.

A prescindere dai riferimenti innanzi riportati, in sede ricostruttiva si può agevolmente affermare che la dimensione comunitaria dei beni pubblici potrebbe essere adeguatamente sviluppata e rafforzata attraverso una ricostruzione strumentale dei beni e attraverso forme di titolarità pubblica, in funzione eminentemente gestoria.

In sostanza è la regolazione e non l'appartenenza ad assicurare la funzione di uso collettivo e di conservazione del bene.

A prescindere dalla sua collocazione nel settore pubblico, per una adeguata tutela si potrebbe valutare l'opportunità di apporre un vincolo di destinazione legato all'interesse pubblico da perseguire.

Tale vincolo potrebbe costituire lo strumento di garanzia non solo per soddisfare la tutela del bene ma soprattutto la sua conservazione.

La discussione tutt'ora presente è diventata più pressante in un contesto dove la gestione degli stessi è passata dal pubblico al privato, residuando in capo alle istituzioni pubbliche la mera titolarità del bene.

La sua qualificazione giuridica non è solo teorica ma ha anche riflessi sul piano delle scelte politiche, come può costituire un esempio la gestione dell'acqua.

Se così inquadrata i beni comuni non si collocano nella dicotomia beni pubblici e privati, ma finiscono per costituire una vera e propria alternativa.

Volendo leggere l'art. 42 della Costituzione (la proprietà è pubblica o privata), in esso traspare il compromesso politico tra posizioni liberiste e quelle collettiviste, tra una proprietà frutto del lavoro e del risparmio, per tutelare lo sviluppo della persona e della sua famiglia, l'altra finalizzata all'interventismo in economia, finalizzato a rendere la proprietà accessibile a tutti.

Va comunque precisato che è notevole l'impulso che la Costituzione dà al valore della persona umana, e quindi alla solidarietà politica, economica e sociale, senza tuttavia introdurre la nozione di proprietà collettiva.



Nel caso di specie il legislatore costituente si è guardato nel rinviare la gestione collettiva e associata dei beni, limitandosi ad evidenziare la funzione sociale della proprietà, in stretta sintonia con gli artt. 2 e 3 Cost.¹⁹

Tale utilizzazione non univoca di funzione sociale, conferma la volontà del legislatore costituente di non utilizzare una logica individualista, per favorire invece un godimento del bene in chiave solidaristica ed egualitaria.

In un sistema ispirato alla solidarietà politica, economica e sociale e al pieno sviluppo della persona, il contenuto della funzione sociale finisce per investire il regime proprietario, non in chiave liberale e quindi individualista ma bensì nell'interesse generale.

Il legame tra diritti fondamentali e beni comuni riveste un significato centrale. Essendo beni a titolarità diffusa ed accessibili a tutti, essi devono essere gestiti partendo dal principio di solidarietà ex art. 2 della Cost., soprattutto nell'interesse delle generazioni future.²⁰

Tale tutela si sviluppa nella pretesa di intervento delle pubbliche istituzioni nei rapporti sociali ed economici.

In tal senso il concetto di beni comuni va letto alla luce degli artt. 2,3,42, 43 come tipologia di beni atti a soddisfare i diritti fondamentali.

In sostanza i beni comuni possono essere definiti beni di appartenenza collettiva, tesi a soddisfare diritti fondamentali.

¹⁹ P. STANZIONE, *ult.op.cit.* p. 32 ss. Secondo l'Autore l'insieme dei principi normativi e di regole costituiscono l'aspetto normativo del sociale: regole e principi interdipendenti e coesenziali, elementi di unità gerarchicamente predisposta che può essere definita, per la sua funzione, ordinamento e per la sua natura di componente della struttura sociale, realtà normativa. La trasformazione di uno degli aspetti della realtà sociale modifica la realtà normativa e viceversa. Questo spiega che il diritto positivo per la sua capacità di adattamento alla situazione di fatto si può adeguare alle regole già in atto nella società e viceversa innovando le strutture economiche, sociali, etiche si può porre in antitesi e costringere il destinatario della norma al rispetto non più delle regole spontaneamente sorte ma di quelle imposte.

P. STANZIONE, *Giustizia e senso comune* Torino 2006 p. 45 ss. Secondo l'Autore nel nostro ordinamento sono presenti più anime, tali da ritenere nella nostra Costituzione una polivalenza di ispirazione. Se l'ordinamento esprime una concezione pluralista, alla Costituzione non si potrà attribuire alla Costituzione carattere liberale, marxista, cristiano sociale. Il pluralismo costituzionale si colloca nell'ambito di precise istanze sociali e politiche e manifesta una precisa dinamicità. Se l'ordinamento preesistente alla Costituzione poneva al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, con l'avvento repubblicano si assiste ad una mutazione. Ad un ordinamento autarchico dello Stato impregnato su logiche produttivistiche si contrappone una concezione personalistica attraverso la fondazione di una coscienza democratica. Prima le dottrine pubblicistiche poi la giurisprudenza iniziano una nuova fase dell'evoluzione giuridica.



L'uso finalistico del concetto di bene comune, rientra nell'architettura costituzionale, intesa in una logica funzionale di subordinazione degli strumenti normativi alla realizzazione della persona umana.

In quest'ottica si inserisce la commissione Rodotà, chiamata a predisporre una riforma del Titolo II del Libro III del Codice Civile del 1942.

Nei lavori commissionali viene evidenziata l'utilità essenziale dei beni, destinati a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona.

Il disegno di legge presentava tre caratteristiche innovative:

1. riordinare la realtà normativa;
2. classificazione dei beni legata alla loro natura economico-sociale;
3. richiamo ai caratteri fondanti della Carta Costituzionale.

In sede ricostruttiva, se appare ben definito la nozione tecnica di beni comuni, alquanto problematica ed aperta a varie criticità sono le modalità di gestione, che attendono nel futuro decisamente una revisione organica e regolamentare.



LE OPERAZIONI DI FUSIONE (TRANSFRONTALIERE): TRA PROFILI INTERNAZIONALPRIVATISTICI, COMUNITARI E NAZIONALI

ANDREA PALMISANO

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. La disciplina internazionale riguardante le fusioni transfrontaliere. – 3. Le problematiche di natura internazionalprivatistica rimaste irrisolte all'indomani della L. 31 maggio 1995, n. 218. – 4. L'intervento armonizzatore del legislatore comunitario per le fusioni intracomunitarie: la Direttiva Europea n. 2005/56/CE. – 5. Il recepimento nell'ordinamento italiano della Decima Direttiva: il D.lgs. 30 maggio 2008, n. 108. – 6. Criticità e considerazioni conclusive.

1. Sia nei momenti di sviluppo e di crescita della ricchezza quanto nei frangenti di crisi, causati dalla congiuntura economica (come quella attuale) ovvero ancora da fattori di matrice aziendale, è insita nella pianificazione d'impresa la necessità di riorganizzare l'assetto societario, di migliorare l'allocazione dei fattori produttivi, umani e di capitale, nonché di trovare nuove sinergie con realtà terze a livello internazionale¹.

In tale segmento, le operazioni a livello societario di natura straordinaria, come noto, si caratterizzano per il potere negoziale riconosciuto ai privati che esercitano attività d'impresa di poter variare il proprio ordinamento sociale.

Cambiamenti che possono sostanziarsi nel mutamento del tipo originario di organizzazione ovvero nel "confondere" quest'ultima in altra organizzazione preesistente, finanche, addirittura, nello scindere l'originaria compagine in più distinte organizzazioni di varia natura².

¹ Come noto, in questi contesti, particolare importanza rivestono le scissioni cross-border come operazioni di riorganizzazione aziendale e societaria internazionale e con esse le articolate implicazioni giuridico-fiscali causate, in particolare nel nostro Paese, dal continuo riversamento di norme spesso disarticolate e ripetutamente concepite con la decretazione d'urgenza, che hanno introdotto nel sistema nuovi strumenti a contrasto dell'elusione fiscale e insinuato nuovi concetti come l'"abuso del diritto".

² CUSA, *Prime considerazioni sulla scissione di società*, Milano, 1992, 31 ss.; DI SABATO, *Le società*, 1999, 440 s.; FERRO - LUZZI, *La nozione di scissione*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 1065 ss.; GALGANO, *Diritto civile e*



Naturale, quindi, considerare che l'assetto societario possa subire ad opera dei propri soci dei mutamenti che prendono forma attraverso particolari e specifiche operazioni societarie³.

Le operazioni di cui in parola comportano mutamenti all'assetto societario e trovano una loro connotazione giuridica dapprima nell'operazione di "trasformazione", delineante il passaggio da un tipo di società ad altro; a sua volta distinguibile in omogenea e in eterogenea, a seconda che la società si trasformi in un tipo diverso di società ovvero cambi radicalmente la propria veste societaria, come nel caso di passaggio da una società di capitali in un consorzio, in società consortili, in comunioni di azienda o in fondazioni nonché in associazioni riconosciute o non riconosciute.

Differentemente, con l'operazione di "scissione" può realizzarsi o meno il frazionamento dell'organizzazione aziendale in più distinte realtà societarie.

All'opposto, invece, per il tramite dell'operazione di "fusione", si giunge ad una compenetrazione di più organizzazioni distinte in un'unica organizzazione sociale.

Di guisa che, la disciplina di tali fattispecie modificative ed estintive – vicende che con chiara evidenza attengono precipuamente alla riorganizzazione dell'impresa, seppur con un mutamento "senza soluzione di continuità" – segue quella del negozio corporativo, in quan-

commerciale, III, 2, Padova, 1999, 523 ss.; IRRERA, *Scissione delle società*, in Dig. it. Disc. Priv., sez. comm., XIII, Torino, 1996, 269; LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999; ID., *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società (Liber amicorum Gian Franco Campobasso) - Scioglimento - Trasformazione - Fusione - Scissione - Società cooperative*, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 441 ss.;

CIVERRA, *Le operazioni straordinarie, Aspetti civilistici, contabili e procedurali*, Milano, 2008, 584; MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano*, in Giur. comm., 1992, I, 775; TAMBURINI, *sub art. 2506*, in Maffei Alberti, *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, IV, 2580; SERRA - SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 204; SANTANGELO, *La scissione nella riforma*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 544 ss.; PICCIAU, *sub art. 2506*, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, a cura di BIANCHI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI - BIANCHI - NOTARI, Milano, 2006, 1025 ss.; MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 27 ss. Ultimamente, RIVIECCIO, *Tutela dei creditori sociali tra azione revocatoria e scissione societaria*, in Giur. comm., 2014, 1042 ss., secondo il quale la scissione non è né dal punto di vista strutturale, né da quello degli effetti, un negozio traslativo, bensì un'operazione societaria tipica a formazione progressiva, mirante a ottenere una nuova articolazione meramente formale dell'ente, nella prospettiva della continuità patrimoniale, oltre che dell'attività d'impresa. Una mera riorganizzazione di strutture societarie, dunque, scevra da implicazioni di efficacia che legittimino il ricorso alle categorie giuridiche dell'estinzione dell'ente, o del trasferimento di cespiti patrimoniali.

³ BRODASCA, in *Trasformazione - Fusione - Scissione*, nel *Commento alla riforma delle società*, a cura di BIANCHI, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI Milano, 2006, *sub art. 2505-quater*, 1019 ss.



to “negoziario che opera sull'organizzazione sociale e che di riflesso si riverbera sulla posizione dei soci e sul patrimonio della società”⁴.

Con specifico riferimento, poi, all'operazione di "fusione" si denota la sua estrema complessità – quale strumento societario disciplinato agli artt. 2501 – 2504 *sexies* cod. civ. – il quale necessità della presenza di un atto intersoggettivo quale espressione di convergenza di volontà, da cui discende, come effetto, una immedesimazione di due o più gruppi sociali in un'unica compagine⁵.

Su tal effetto, dunque, la fusione si snoda in due momenti essenziali, la decisione delle società partecipanti di procedere all'operazione straordinaria e il conseguente atto di fusione.

Tale operazione⁶, come detto, trova all'art. 2501 cod. civ. una propria specifica e ben

⁴ FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Utet, 2016, 475 ss. Sulla crisi e sulla riorganizzazione di impresa, D'ALESSANDRO, *La tutela delle minoranze tra strumenti ripristinatori e strumenti risarcitori*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Padova, 2004, pp. 456 e ss.; CIAN, *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2004, 759 e ss.; GALGANO, *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2004, 227; BUTA, *Tutela dei creditori e responsabilità gestori all'approssimarsi dell'insolvenza: prime riflessioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, 2586 ss. Sulla analisi della prospettiva dei soci con particolare riguardo agli effetti della crisi societaria sui loro diritti amministrativi e patrimoniali: FERRI, *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 3, 477 ss.; ID., *Soci e creditori nella struttura finanziaria della società in crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, a cura di TOMBARI, Torino, Giappichelli 2014, 95 ss. Cfr. altresì BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare) (Aufopferung o Duldungspflicht)?*, Relazione presentata al VII convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “orizzonti del diritto commerciale”, dal titolo L'influenza del diritto Europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi, Roma, 26-27 febbraio 2016.

⁵ La fusione era ed è sostanzialmente un'unificazione o compenetrazione delle strutture organizzative delle società coinvolte, con la conseguenza che più società pervengono alla formazione di un unico soggetto, il quale assomma in sé tutti gli elementi patrimoniali e soggettivi in precedenza facenti capo distintamente alle singole società partecipanti (MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 48; PERRINO, *Artt. 2501 ter, quater, quinquies, sexies e septies*, in *Società di capitali - Commentario*, a cura di NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 1933).

⁶ Nella pratica la fusione risulta istituto di ampio impiego e per finalità ed in contesti che variano dalla più generale ristrutturazione di un gruppo, all'acquisizione di un concorrente o di un asset strategico per il proprio business, al rafforzamento ed al consolidamento della propria situazione finanziaria e patrimoniale. In generale sulla disciplina nazionale delle fusioni, *ex plurimis*, SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, Torino, 1985, 336; BERTOLOTTI, *Fusione*, in *Trattato di diritto privato*, III, 574 ss; SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU - MESSINEO, Milano, 2000; SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diret-



chiara definizione che suole identificare e delineare i relativi tratti distintivi e caratterizzanti la sua realizzazione, perlappunto, prevedendo che *“la fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l’incorporazione in una società di una o più altre. La partecipazione alla fusione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell’attivo”*.

Di tal ché, dal tenore letterale del dettato normativo di cui sopra, emerge limpidamente che il legislatore ha previsto principalmente due modalità per addivenire a siffatta tipologia d’operazione straordinaria.

Orbene, da un lato, s’evidenzia la realizzazione dell’operazione di fusione mediante costituzione di una nuova società per effetto dello scioglimento di due o più società – le quali trasferiscono alla società costituenda, senza procedere a liquidazione e che poi, peraltro, andranno a costituire – l’intero patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione ai loro azionisti di azioni della nuova società ed, eventualmente, di un conguaglio in danaro non superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile; da altro, invece, la fusione si realizza per effetto dell’incorporazione di una società in altra. Di guisa che, tale operazione si determinerà per il tramite – oltre ad uno scioglimento senza liquidazione – del trasferimento di una società all’altra del patrimonio attivo e passivo mediante l’attribuzione agli azionisti della o delle società incorporate di azioni della società incorporante ed, eventualmente, di un conguaglio in danaro non superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni attribuite o, in mancanza di valore nominale, della loro parità contabile.

Di là dalla specifica analisi del procedimento di fusione, risulta utile ai fini che occupano la nostra trattazione, pur sempre nell’ottica di volgere lo sguardo all’esterno dai confini nazionali e comunitari, rimarcare come la fusione può aver luogo tanto tra società dello stesso tipo (cd. fusione omogenea) quanto tra società di diverso tipo (cd. fusione eterogenea).

Con specifico riferimento a quest’ultima specie (ad esempio, casi di incorporazione di una società in nome collettivo ovvero di una società a responsabilità limitata in una società per azioni), siffatta fusione implica necessariamente la contestuale trasformazione di una o più delle società che si fondono.

Di talché, le fusioni eterogenee soggiacciono alle medesime limitazioni dell’operazione di trasformazione, con particolare riguardo all’impossibilità di realizzare una fusione tra una società cooperativa e di capitali.

La riduzione a unità delle compagini societarie e dei relativi patrimoni, si sostanzia in

to da COLOMBO - PORTALE, 7, 1, Padova, 2004; MATERA, *Sub art. 2501 c.c.*, in *Commentario al Codice Civile: artt. 2484-2510*, a cura di CENDON, Milano, 2010, 724 ss.



una successione a titolo universale⁷ della società incorporante o che risulta dalla fusione, di guisa che risulta necessaria l'integrità delle organizzazioni stipulanti il progetto di fusione, restando, dunque, preclusa l'operazione straordinaria alle società in stato di liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo, a norma del dettato normativo di cui all'art. 2501, comma secondo, cod. civ.⁸

2. Volgendo lo sguardo al passato, precisamente alla data del 31 maggio 1995, il legislatore, con la promulgazione a legge dello Stato⁹ del testo di "*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*", ha segnato la fine di un lungo e complicato percorso di innovazione e cambiamento della nostra legislazione¹⁰ nell'ambito del diritto internazionale privato e processuale italiano, considerato alla stregua di molti inadeguato e retrogrado¹¹.

Tale riforma, tra le varie innovazioni, ha fornito un nuovo e più equilibrato assetto nell'ambito della disciplina societaria mediante l'introduzione di una «espressa» norma di diritto internazionale privato – l'art. 25 l. 218/1995 – interamente dedicato alle «Società e altri enti», unica norma del Capo III del Titolo III, intitolato alle «Persone Giuridiche» – per regolare in maniera definitiva ed omogenea la disciplina riguardante le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, del

⁷ Sul punto, MASCIA, *Autonoma soggettività delle società prima e dopo l'operazione di fusione*, nota a Cassazione civile, 21 giugno 2017, n.15414, sez. VI, in *Diritto & Giustizia*, fasc.108, 2017, 8

⁸ SCHIANO DI PEPE, *sub art. 2506*, in *Nicolini-Stagno d'Alcontres, Società di capitali*. Commentario, Napoli, 2004, 2001; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2009, 664. Per un'impostazione problematica della questione già in concomitanza con la riforma societaria del 2003, v., ad esempio: SANTAGADA, *Le fusioni*, in *Trattato delle s.p.a.* diretto da Colombo e Portale, VII, 1, Torino, Utet, 2004, 37 ss.; MONTAGNANI, *Commento all'art. 2499 c.c.*, in *La riforma delle società, Commentario a cura di Sandulli e Santoro*, III, Torino, Giappichelli, 2003, 357 ss. Sul punto, seppur in una diversa prospettiva, LOVISATTI, *Sul concordato tramite scissione (o fusione): tra disciplina concorsuale e norme societarie*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2016, 1265.

⁹ Legge 31 maggio 1995 n. 218, in *Suppl. Ord.* n. 68 alla Gazz. Uff. n. 128 del 3 giugno 1995.

¹⁰ Tale percorso prese inizio precisamente l'8 marzo del 1985 con la costituzione di una Commissione ministeriale per la riforma del diritto internazionale privato avente il compito di redigere un progetto di codificazione che fu, poi, presentato il 26 ottobre 1989 al Ministero di Grazia e Giustizia c.d. "*Schema di articolato redatto dalla Commissione per la Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*", conclusosi con l'approvazione finale del disegno di legge, in data 17 maggio 1995, da parte della Commissione di Giustizia.

¹¹ Sui motivi che hanno portato il legislatore a tale scelta, CONNETTI -TONOLO -VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, II Ed. Giappichelli, Torino, 2009, 4 ss.



nostro ordinamento¹².

Il legislatore ha, così, stabilito che tutte le persone giuridiche di cui al comma 1 dell'art. 25 «sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione»¹³.

La nuova norma di diritto internazionale privato societario sembra ergersi sul criterio di collegamento del luogo di costituzione della società, tuttavia rinviando espressamente all'applicazione della legge italiana qualora «la sede dell'amministrazione si trovi in Italia, ovvero se in Italia si trovi l'oggetto principale di tali enti».

In altri termini, il legislatore ha adottato un criterio di collegamento «ibrido»¹⁴, caratterizzato prevalentemente dall'utilizzato del criterio dell'incorporazione¹⁵ per il riconoscimento delle società da parte dello Stato di stabilimento, viceversa dal criterio della sede effettiva (se-

¹² Per un ampio commento sulla norma citata cfr. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Soc.* 1997, 39 ss. e VILLATA, *Spunti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 77 ss.

¹³ In particolare l'art. 25, l. 31 maggio 1995, n. 218, prevede al comma primo che «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti» ed al comma secondo che «In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo».

¹⁴ L'adozione di un criterio di collegamento «ibrido» sembra essere il frutto di una scelta molto combattuta in sede di lavori della Commissione di riforma. Ciò è dimostrato anche dal fatto che la formulazione originaria del criterio di collegamento che si rinviene nel disegno di legge governativo n. 1192/XI e che era ispirata all'adozione della versione pura del criterio della sede reale, fu modificata *in extremis* dal Parlamento. Sul punto v., BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, a cura di GAIA, Milano, 1994, 283 ss., ove si ricorda che la scelta del criterio della sede era stata criticata dai commentatori della norma che hanno, invece, plaudito al testo definitivo dell'art. 25, primo comma. Per una più ampia ricostruzione della formulazione originaria dell'art. 25, comma primo; cfr., PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato*, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, 50 ss.

¹⁵ Secondo la teoria dell'incorporazione (adottata nel Regno Unito, in Olanda, in Danimarca) alle società si applica la legge dello Stato in cui si è perfezionata la loro costituzione. In ragione di tanto, qualora una società trasferisca la sede amministrativa in altro Stato, che adotti tale criterio, la società troverà riconoscimento ai sensi del diritto dello Stato di costituzione senza la nascita di problemi relativi all'esercizio del diritto di stabilimento della società, alla quale, infatti, verrà applicato il diritto dello Stato di origine, anche svolgendo attività in via principale in un diverso Stato.



de reale)¹⁶ con l'applicazione della legge italiana, ogni qual volta la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della società si trovino nel territorio italiano.

Ad ogni modo, l'intervento di maggior rilievo ad opera del legislatore si legge al terzo comma dell'art. 25 della l. 218/1995, attraverso il quale viene espressamente sancita l'ammissibilità delle fusioni transfrontaliere (o internazionali) nel nostro ordinamento.

In vero, secondo un'opinione dottrinale, pressoché comune, il nostro ordinamento prima ancora della riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato del 1995, non precludeva la possibilità in astratto di poter realizzare operazione di fusioni transfrontaliere, bensì rinviava semplicemente a desumerne la disciplina da applicare a tali operazioni dal combinato delle norme del codice civile, ovviamente redatte sulla base delle sole fusioni domestiche¹⁷.

Ebbene, l'art. 25 della l. 218/1995 si erge quale architrave della materia in esame, andando a regolarne l'intero sistema di diritto internazionale privato italiano.

In particolare, la norma prevede espressamente che «i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessarti»¹⁸.

Tale disposizione non configura, dunque, una norma di conflitto in senso tecnico¹⁹,

¹⁶ A differenza della teoria dell'incorporazione, la teoria della sede effettiva dell'ente (adottata in Germania, in Francia, in Belgio e in Austria) prevede che alla società si applichi la legge dello Stato in cui questa ha la propria sede amministrativa effettiva, intesa come centro decisionale della sua attività. Tale criterio è basato, quindi, sulla necessità di un legame effettivo fra la società e il territorio dello Stato che deve disciplinarla. Sicché, la società che intenda trasferire la propria sede amministrativa in uno Stato diverso, che adotti questo criterio di collegamento, non lo potrà fare, in quanto lo Stato di trasferimento non la riconoscerà come persona giudica, non essendo costituita ai sensi del diritto di tale Stato, con la preclusione di esercitare il diritto di stabilimento in quegli Stati che adottano tale criterio. Sull'argomento, BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di COLOMBO, PORTALE, vol. 9, t. 1, Torino, 1994, 113 ss.

¹⁷ SIMONETTO, *Delle società, della trasformazione e della fusione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, 376; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato Rescigno*, 17, III, Torino, 1985, 346; AVAGLIANO, *Ancora sulle fusioni internazionali in ambito comunitario*, in *L'ordinamento tributario italiano* a cura di Pistone, Padova, 1988, 519.

¹⁸ Cfr. art. 25, co. 3, L. 218/1995 intitolata «Riforma del sistema italiano internazionale privato»

¹⁹ In tal senso, BENEDETELLI, Art. 25 (a cura di Bariatti) in, *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario*, in NLCC, 1108-1148, secondo cui la disposizione in esame assicura un ulteriore requisito rispetto a quanto disposto da ciascuna delle *leges societatis*, nel senso che le fusioni transfrontaliere devono «soddisfare» per produrre effetti nel nostro ordinamento, il che val quanto dire che «una fusione internazionale sarà efficace solo quando tutti gli ordinamenti delle *leges societatis* in rilievo siano concordi sulla idoneità della operazione a dar luogo ai suoi effetti tipici».



quanto piuttosto una norma di diritto internazionale privato materiale che detta una regolamentazione specifica, seppur limitata, per le fattispecie in esame.

Il terzo comma dell'art. 25 evidenzia, infatti, i requisiti necessari per l'efficacia dei trasferimenti della sede amministrativa di una società all'estero e delle fusioni di enti con sede in Stati diversi, disponendo che tali operazioni per essere valide devono essere espressamente previste dalla legge dello Stato straniero (di arrivo o di partenza) – quindi ritenute ammissibili dagli ordinamenti delle società straniere interessate – si ché realizzate nel rispetto delle formalità previste tanto dalla legge straniera quanto da quella italiana, pertanto, in conformità alle leggi di «tutti» gli Stati interessati²⁰.

In verità, «il requisito della conformità alle leggi di tutti gli Stati interessati, previsto dall'articolo 25 L. n. 218/95, comporta la simultanea applicazione di più leggi nazionali alla stessa operazione secondo un criterio, ora cumulativo, ora distributivo»²¹.

L'interprete non potrà, quindi, aprioristicamente applicare ad ogni caso il medesimo criterio, bensì dovrà verificare, de temps en temps, se applicare

cumulativamente le *leges societatis* delle società che partecipano all'operazione ovvero se limitarsi all'esclusiva applicazione della legge nazionale della società interessata²².

In definitiva, il terzo comma dell'art. 25 della L. n. 218/1995 ha conferito innegabile certezza a siffatte operazioni sul piano del riconoscimento nell'ordinamento italiano, ma al contempo ha lasciato una patina di insicurezza su diversi interrogativi in capo all'interprete²³.

²⁰ Dubbi al riguardo possono sorgere su cosa il legislatore abbia voluto intendere con l'espressione «Stati Interessati», se abbia inteso nel senso di conformità con la legge degli Stati cui sono state costituite le società ovvero in cui le società hanno la loro sede amministrativa. L'ipotesi secondo cui il legislatore si riferirebbe alla legge dello Stato di costituzione della società appare senza dubbio migliore, poiché più coerente con il primo comma dell'art. 25 e con la *ratio* della norma di rendere possibile le operazioni di fusione transfrontaliera.

²¹ Così testualmente, APOLLONI, *Fusioni transfrontaliere*, Ed. Nuova Cultura, 2013, 22, secondo cui il legislatore ha adottato la soluzione internazionalprivatistica più diffusa a livello internazionale, prevedente l'applicazione delle legislazioni di tutti i soggetti coinvolti all'operazione transfrontaliera, mediante il ricorso ai criteri distributivo e cumulativo.

²² Così SANTA MARIA, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218*, *Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 1039.

²³ Per un maggior approfondimento sulla natura e contenuto dell'art. 25, L. 31 maggio 1995, n. 218 confronta, BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Colombo e Portale, Utet, vol. 4, 2007, 370 ss. e AMBROSIANI, *Società europea e fusioni internazionali*, in *La Società europea*, Milano, 2002, 64 (già ripresi in FISCHETTI, *Le fusioni transfrontaliere*, Egea, Milano, 2009, 12).



3. Com'è agevole ritenere, le fusioni transfrontaliere configurandosi come istituti caratterizzati da elementi di transnazionalità determinano l'insorgere di una serie di problemi di diritto internazionale privato.

Primo fra tutti, l'interrogativo sull'ammissibilità o meno delle fusioni internazionali nel nostro ordinamento sembra aver trovato espressa risposta con l'art. 25 della L. n 218/1995, dalla quale, però, si evidenziava una notevole incertezza interpretativa riguardo alla chiara e certa identificazione della *lex societatis* da dover applicare, di volta in volta, a siffatte tipologie di operazioni.

Una principale difficoltà di carattere internazionalprivatistico risiede, infatti, nella mera determinazione della legge applicabile, la quale «è strettamente legata al carattere transnazionale dell'operazione e non riguarda i suoi presupposti, bensì il momento logicamente e cronologicamente successivo della regolamentazione della fase procedimentale della fusione e degli effetti prodotti dalla sua realizzazione»²⁴.

Ulteriore problematicità deriva dalla necessità all'applicazione cumulativa delle diverse *leges societatis* individuate, con il sorgere di un potenziale conflitto di legge.

In altri termini, il sorgere di un conflitto di legge è strettamente legato alla possibilità che le *leges societatis* delle società coinvolte nell'operazione siano disuguali e contrastanti.

Diverse scuole di pensiero si sono espresse nell'intento di trovare un criterio comune per l'identificazione della legge da applicare a tale tipologia di integrazione societaria²⁵ – chi ricercando la soluzione del problema nell'applicazione della *lex societatis* della società incorporante o risultante dalla fusione – chi, per contro, nell'applicazione esclusiva della disciplina nazionale della società incorporata – chi, in disaccordo con questi indirizzi, ha ritenuto necessario l'applicazione di un approccio misto²⁶, con l'utilizzo ora di un criterio cumulativo ora distributivo delle diverse discipline operanti. In tal senso, l'interprete può «desumere che gli adempimenti relativi alla fase preparatoria della fusione debbano essere eseguiti in conformità alle norme dello "statuto personale" delle società partecipanti, mentre quando sia necessario un comportamento "comune", o meglio, "congiunto", da parte delle singole società, oppure quando sussista una interrelazione tra la posizione di una società e quella dell'altra, debbono essere osservati i criteri previsti da tutti gli ordinamenti che ne sono coinvolti, appli-

²⁴ Così testualmente APOLLONI, *op. cit.*, 61.

²⁵ Per un maggior approfondimento, cfr. MUCCIARELLI, *Le fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 422.

²⁶ Sul punto, cfr. APOLLONI, *op. cit.*, 62-63.



cando un criterio cumulativo alle norme di conflitto»²⁷.

A tal proposito, per gli adempimenti riferenti alla fase preparatoria e alla fase procedimentale dovrà essere utilizzato un criterio distributivo con la previsione che a ogni società coinvolta dovrà essere applicata la propria *lex societatis*, viceversa, per le disposizioni relative l'atto di fusione e per particolari rapporti fra gli enti che si fondono, dovrà adottarsi un criterio cumulativo, comportante l'applicazione congiunta di tutte le leggi delle società coinvolte all'operazione e verificandone necessariamente la loro compatibilità.

A dispetto di tale impostazione, altro indirizzo dottrinale non ritiene che possa adottarsi «aprioristicamente» una tale differenziazione «tra norme che regolano comportamenti comuni o relazioni tra le società partecipanti alla fusione, rispetto alle quali le leggi di costituzione troverebbero applicazione "cumulativa", e norme contenenti "prescrizioni autosufficienti", per le quali l'applicazione di tali leggi avverrebbe in via "distributiva", e cioè limitatamente agli enti costituenti ai sensi della relativa *lex societatis*»²⁸.

Evidente allora che la problematica di maggior rilievo sorge non tanto nella fase di individuazione delle varie *legis societatis* quanto più nella fase successiva, ossia quando risulta essenziale che una determina fattispecie concreta di fusione venga disciplinata sulla base di ciascuna delle diverse *leges societatis*, mediante un'applicazione simultanea delle stesse, con probabile nascita di un conflitto di leggi.

Pertanto, l'identificazione del contenuto precettivo di tali leggi «impone di ricostruire la ratio di ciascuna norma materiale, individuando quali siano gli interessi dalla stessa protetti, di verificare se, in vista della loro tutela, ed al di là del suo tenore letterale, essa "voglia" effettivamente applicarsi anche agli elementi della fattispecie che presentano dati di estraneità»²⁹.

In particolare, tale problematica verrebbe meno nel caso in cui l'applicazione cumulativa delle diverse discipline individuate – anche con contenuto precettivo differente – andasse a tutelare in modo eguale un interesse comune a tutte le società partecipanti³⁰.

Altra ipotesi potrebbe individuarsi nel caso in cui ciascuna delle leggi applicabili sottoponga uno stesso atto (o una pluralità di atti) a requisiti diversi, bensì «omogenei e quindi gradualità»³¹, con l'applicazione della disposizione più intransigente così da andare ad assorbire le altre disposizione meno rigorose.

²⁷ Così testualmente, AMBROSIANI, *op.cit.*, 64 (già ripreso in FISCHETTI, *op. cit.*, 13).

²⁸ Così testualmente BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere, op. cit.*, 374.

²⁹ *Ibidem*, cit., 374.

³⁰ BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Soc.*, 1997,102.

³¹ *Ivi, cit.*, 102 ss.



Ovviamente, la circostanza che una disposizione prevalga in modo tanto incisivo e deciso sulle altre non è così scontata e semplice da realizzarsi, giacché potrebbero nascere, allo stesso modo, perplessità su quale sia la disposizione più rigorosa da applicare al caso di specie³².

Opposta situazione verrebbe a determinarsi nel caso in cui l'applicazione congiunta e simultanea delle disposizioni nazionali di ciascuna società partecipante all'operazione di fusione transfrontaliera non possa aver luogo, giacché le legislazioni nazionali fossero incompatibili fra loro.

Ciò comporterebbe evidenti problemi ai fini della realizzazione di un'operazione di fusione transfrontaliera, persino, in un ordinamento come il nostro che ammette espressamente tali operazioni rinviando però ad un criterio chiaramente cumulativo.

In vero, l'art. 25, comma 3, l. n. 218/1995, assoggetta l'efficacia della fusione fra enti aventi sede in Stati diversi alla conformità alle leggi degli Stati interessati; il che val quanto dire che, nel caso in cui un conflitto di legge impedisca l'applicazione cumulativa delle discipline degli Stati interessati, sarà impossibile rendere l'operazione conforme alla legislazione di detti Stati, ed inevitabilmente tale operazione non potrà avere efficacia neppure nel nostro ordinamento che ammette espressamente la realizzazione di tali operazioni³³.

4. Le incertezze legate all'individuazione della normativa più rigorosa tra le diverse *lex societatis* nel caso di applicazione del criterio cumulativo e il (potenziale) insorgere di un conflitto di legge proveniente dall'applicazione cumulativa delle norme nazionali di diritto materiale incompatibili tra loro, ha indotto parte della dottrina a ritenere che tali problemi non debbano essere risolti mediante l'introduzione di norme di conflitto volte a dirimere simili conflitti, bensì mediante un procedura di armonizzazione delle norme materiali di diritto societario applicabili alla determinata operazione di fusione. In tal senso, a prescindere dall'applicazione dell'una o dell'altra *lex societatis*, verrebbe meno qualsivoglia problema di natura internazionaleprivatistica, in quanto la fattispecie verrebbe regolata sempre nello stesso modo³⁴.

Diversamente per altri, tale soluzione porterebbe più che a dirimere tali problemi,

³² SIEMS, *The European Directive on Cross-Border Mergers: An International Model?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2005, 170.

³³ Sul punto v. APOLLONI, *op. cit.*, 67.

³⁴ Questa è l'interpretazione di BEHRENS, *Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (art. 52 und 58 EWGV)*, in *23 Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* (1994), 1, 13, riportata da SIEMS, *op. cit.*, 169.



semplicemente ad aggiungerne di ulteriori. A tal proposito, dovrebbe operare una armonizzazione non già delle norme nazionali di diritto materiale di ciascuna società partecipante quanto invece delle norme di diritto internazionali privato³⁵.

L'intervento armonizzatore del legislatore comunitario ha operato avvicinandosi a siffatta impostazione, per facilitare – non già per rendere possibile – "la realizzazione delle fusioni transfrontaliere fra società di capitali soggette alle legislazioni di Stati membri diversi".

Con la Direttiva 2005/56/CE³⁶ – emanata in base all'art. 44, paragrafo 2, lettera g) CE – relativa alle «fusioni transfrontaliere delle società di capitali», il legislatore comunitario ha trovato definitivamente una soluzione ai problemi internazionalprivatistici scaturenti dalla eterogeneità delle varie leggi nazionali.

La Direttiva, infatti, mira a rimuovere totalmente qualsiasi restrizione riguardo alla libertà di stabilimento³⁷, contribuendo a facilitare la realizzazione di operazioni di integrazione societaria a livello comunitario – nel caso di specie di fusioni intracomunitarie – «ritenute strumento utile per la cooperazione ed il «raggruppamento» delle società attive nel mercato unico e, quindi, per il completamento ed il buon funzionamento di tale mercato»³⁸.

³⁵ SIEMS, *op. cit.*, 169.

³⁶ La decima Direttiva è stata emanata in data 26 aprile 2005 dal Parlamento Europeo e dal Consiglio della Unione Europea su una materia che era già stata oggetto di una X Direttiva societaria risalente al 1984 e che contemplava esclusivamente la disciplina di diritto tributario di cui alle Direttive 90/434/CEE e 2005/19/CEE (in *Gazzetta Uff. CE*, L 255 del 20 agosto 1990, 1, e *Gazzetta Uff. CE*, L 58 del 4 marzo 2005, 1) che già da tempo consentivano di realizzare tali operazioni societarie in regime di neutralità fiscale. In particolare prima dell'adozione della Decima direttiva, fino al 2001 le fusioni transfrontaliere erano disciplinate a livello comunitario solamente sotto il profilo fiscale con la Direttiva 90/434/CEE che si limitava a dettare una serie di norme volte a garantire la neutralità fiscale ed eliminare il regime della doppia imposizione, ma senza dettare una compiuta disciplina in materia.

³⁷ La libertà di stabilimento non può subire restrizioni da norme nazionali che abbiano l'effetto di ostacolare il trasferimento delle società da uno Stato membro all'altro. In tal senso per un maggior approfondimento v. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 559; nota di FORTUNATO, in *Foro it.*, 2000, III, 318; GESTRI, *Mutuo Riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, 71; nota di WEIGMANN in *Giur. it.*, 2000, 767; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 83; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra ordinamenti? Riflessioni sul caso Centros*, in *Riv. soc.*, 2001, 1293; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 569.

³⁸ Così testualmente, BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, cit., 386, secondo cui «la Direttiva produce l'effetto immediato di impedire interventi volti ad abrogare, o a modificare in senso restrittivo o comunque difforme dai precetti del diritto uniforme comunitario, la relativa disciplina interna, e di imporre che questa venga interpretata conformemente a tali precetti».



In ossequio ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità di cui all'art. 5 CE, la Direttiva riflette quella prospettiva di «armonizzazione minima» che ha ispirato negli ultimi anni gli interventi in materia societaria del legislatore comunitario, giacché oltre all'introduzione di norme di diritto materiale uniforme, «essa si avvale di strumenti di rilevanza più strettamente internazionalprivatistica – norme sulla competenza giurisdizionale, norme di conflitto, norme sulla qualificazione – al fine di coordinare gli ordinamenti degli Stati Membri facendone salva, per quanto compatibile con le finalità della integrazione, l'autonomia normativa»³⁹.

La Direttiva, quindi, opera nell'ambito di un livello minimo di armonizzazione – da un lato, tende ad equilibrare il diritto sostanziale mediante l'introduzione di norme di diritto materiale uniforme aventi a oggetto quegli specifici aspetti della disciplina delle fusioni transfrontaliere che richiedono una particolare attenzione, in quanto relativi alla tutela dei soggetti coinvolti nell'operazione⁴⁰ – dall'altro armonizza il diritto internazionale privato introducendo una serie di norme di conflitto uniformi, consentendo di eliminare le incertezze legate all'individuazione dei singoli elementi della fattispecie che richiedono l'applicazione del criterio distributivo anziché cumulativo e viceversa⁴¹.

La disciplina dettata dalla Direttiva si basa sulla combinazione tanto di norme di diritto materiale quanto di norme di diritto internazionale privato, con un evidente impatto armonizzatore sul diritto internazionale privato, così, offrendo soluzioni specifiche alle diverse questioni internazionalprivatistiche.

Giustappunto, la Direttiva prevede, salve diverse disposizioni, che ogni società coinvolta nell'operazione e ogni terzo interessato sono subordinati alle disposizioni e alle formalità previste dalla legislazione nazionale che sarebbe applicabile in caso di fusione domestica (interna).

L'intervento comunitario è, pertanto, connaturato dall'interpretazione estensiva e dall'applicazione analogica della disciplina interna prevista in materia di fusioni societarie da ciascuno Stato membro⁴² – con espressa previsione che tali operazioni sono realizzabili «solo tra tipi di società a cui la legislazione nazionale degli Stati membri interessati consente di fon-

³⁹ *Ivi*, cit., 388, il quale rileva che «tale coordinamento sembra aver luogo coerentemente con i principi comunitari in punto di diritto internazionale privato delle società [...] e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha dato ad essi consacrazione».

⁴⁰ Di particolare rilievo sono le norme materiali uniformi che regolano i diritti di partecipazione dei lavoratori.

⁴¹ In tal senso, v. APOLLONI, *op. cit.*, 68.

⁴² Per un maggiore approfondimento, BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e comunitario* a cura di Picone, Padova, 2004, 267.



dersi»⁴³.

In altri termini, la società coinvolta in una operazione di fusione (intracomunitaria) dovrà osservare la modalità e i principi volti a regolare la medesima operazione di integrazione intersocietaria avvenente a livello nazionale.

Tale soluzione si deve a ragioni di opportunità, come peraltro evidenziato espressamente nella relazione allegata alla proposta di direttiva, secondo cui l'intervento armonizzatore del legislatore «serve ad avvicinare la procedura di fusione transfrontaliera alle procedure di fusione interne già ben note e pratiche dagli operatori»⁴⁴.

D'altronde, eventuali problemi in ordine alla incompatibilità tra le discipline nazionali ed i principi comunitari non sembrano presentarsi per effetto della Terza Direttiva societaria in materia di fusioni interne⁴⁵.

Allo stesso modo, il problema del conflitto di leggi derivante dal concorso cumulativo di più normative nazionali incompatibili, è stato risolto dal legislatore comunitario mediante l'introduzione di norme di conflitto uniformi che precipuamente affidano la disciplina degli aspetti critici per la realizzazione di tali operazioni alla legge nazionale di uno solo degli Stati interessati e non di più Stati⁴⁶.

⁴³ Cfr. art. 4, comma 1, lett. a) della Direttiva 2005/56/CE.

⁴⁴ Cfr. Relazione alla proposta di Decima Direttiva, reperibile in <http://europa.eu>.

⁴⁵ Direttiva n. 78/855/CEE del Consiglio del 9 ottobre 1978, basata sull'art. 54, paragrafo 3, lettere g), del trattato e relativa alle fusioni per società per azioni (Terza direttiva societaria), pubblicata in G.U.C.E. n. L. 295 del 20 ottobre 1978, la quale ha fornito un contributo rilevante nella realizzazione delle fusioni transfrontaliere, in quanto ha ridotto ampiamente le differenze fra le normative nazionali in materia di fusioni v. MASCARDI, *La fusione di società nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 1750 e ss., (già ripreso da APOLLONI, *op. cit.*, 80, nt. 219).

⁴⁶ Per un maggiore approfondimento, BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere*, *op. cit.*, 390, secondo il quale ciò è ravvisabile «quando prevede che la data di efficacia della fusione è determinata dalla *lex societatis* della società incorporante o risultante dalla fusione (art. 12) e che spetta all'autorità dello Stato ai sensi della cui legge tale società è costituita controllare [...] che la fusione sia stata realizzata legittimamente (art. 11); quando ammette che procedure di controllo e modifica del rapporto di cambio o di compensazione dei soci di minoranza, eventualmente prevista dalla legge regolatrice di una sola delle società partecipanti e da questa considerate come non ostative alla iscrizione della fusione nel registro delle imprese, siano esperibili [...] solo a condizione che tali procedure siano state espressamente accettate dalle altre società al momento della approvazione del progetto di fusione (art. 10§ 3); quando consente che in sede di cambio il conguaglio in contanti possa superare la soglia del 10% del valore nominale o della parità contabile dei titoli o delle quote rappresentative del capitale sociale a condizione che ciò sia possibile ai sensi anche di una sola delle legislazioni in presenza (art. 3§ 1); quando impone alle società risultante dalla fusione di adempiere a formalità particolari previste dalla legislazione di qualsiasi Stato membro per rendere opponibile ai terzi il trasferimento di determinati beni, diritti e obbligazioni (art. 14§3); quando consente che la fusione per incorporazione di una società con-



In altri termini, tali norme «individuano la legge nazionale applicabile agli aspetti normativi non regolati direttamente dalle norme sostanziali della Direttiva»⁴⁷.

Diversamente nei casi non espressamente disciplinati dalla Direttiva, «il conflitto di legge andrà risolto sulla base dei criteri di coordinamento e delle tecniche internazionalprivatistiche, volte a rendere compatibili le diverse *legis societatis* in concorso con la policy di «concorrenza tra ordinamenti», cui pare ispirato il diritto internazionale privato comunitario delle società, ma anche alla luce di un principio che tenderebbe a far prevalere la *lex societatis* della società incorporante o della risultante dalla fusione»⁴⁸.

L'intervento operato dal legislatore comunitario presenta, in effetti, quel livello minimo di armonizzazione tale da creare le condizioni di sviluppo di una «concorrenza tra ordinamenti», giacché l'intento di rendere più agevoli tali operazioni all'interno del mercato unico comporta inequivocabilmente una maggiore mobilità delle imprese.

Le imprese, dunque, saranno libere di scegliere l'ordinamento più idoneo alle proprie esigenze, con la conseguente determinazione di una vera e propria competizione tra i vari ordinamenti nazionali, in specie nel disciplinare quegli aspetti del diritto societario lasciati dal legislatore comunitario alla legislazione nazionale di ciascun Stato membro.

La Decima Direttiva, senza alcun dubbio, ha dato un significativo stimolo verso una graduale e sempre maggiore apertura della concorrenza regolamentare nel mercato unico dell'Unione Europea.

Orbene, l'introduzione dell'istituto della fusione transfrontaliera intracomunitaria – nel senso di una regolamentazione uniforme riguardo ad operazioni riguardanti società appartenenti ad almeno due Stati dell'Unione Europea – ha reso ancor di più evidente la distinzione dalle fusioni transfrontaliere in senso ampio, ossia extracomunitarie, per le quali, giustappunto, continuerà a trovare applicazione la regola sancita nell'articolo 25, terzo comma, della l. n. 218 del 1995 sul diritto internazionale privato.

trollata per una quota pari o superiore al 90% del capitale abbia luogo sulla base di procedur semplificate a condizione che ciò sia previsto dalla legge dell'incorporante o dalla legge dell'incorporata.

(art. 15§ 2)».

⁴⁷ Così, APOLLONI, *op. cit.*, 167.

⁴⁸ BENEDETTELLI, *Le fusioni transfrontaliere, op. cit.*, 391, secondo l'autore tale principio «sembra potersi desumere dalla stessa Direttiva, nell'ambito di un generalizzato *favor* verso le fusioni transfrontaliere, soprattutto verso la scelta di trasformazione del tipo societario operata per il tramite degli imprenditori coinvolti».



5. Fermo restando quanto innanzi, l'area di utilizzabilità dell'istituto della fusione è stata propriamente ampliata per effetto dell'intervento comunitario, culminato nella Decima Direttiva, al fine di favorire l'eliminazione degli ostacoli giuridico-pratici e la produzione di specifiche normative nazionali, tra loro ravvicinate e in armonia, adatte a soddisfare gli interessi in gioco nella fusione transfrontaliera.

Orbene, a ciò ha fatto seguito l'importante, quanto auspicabile, opera di recepimento, seppur a rilento, da parte del legislatore italiano per effetto del D.lgs. 30 maggio 2008, n. 108; oggetto di una recente, seppur lieve, novella ad opera dell'art. 27, comma 2 della legge n. 161 del 30 ottobre 2014⁴⁹.

Indispensabile, dunque, analizzare il processo di recepimento della disciplina contenuta nella direttiva 2005/56/CE nonché alcuni punti che hanno arricchito e colmato la disciplina nazionale riguardo l'operazione di fusione transfrontaliera, nell'ottica rivolta, pur sempre, a contribuire ad una compiuta e continua unificazione del mercato interno comunitario.

Pur riprendendo concetti diffusamente esposti, occorre sottolineare come la procedura di fusione cui partecipano società regolate dal diritto di ordinamenti diversi (*i.e.* la procedura di fusione transfrontaliera) trovi la propria base normativa all'art. 25, comma 3, l. 31 maggio 1995, n. 218, a mente del quale “[...] *le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati?*”.

A siffatta norma di matrice internazionalprivatistica, si sono succeduti nel tempo non solo numerosi arresti della Corte di Giustizia – per la quale “[...] *le operazioni di fusione transfrontaliere, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti?*” (Corte Giust. UE 13 dicembre 2005, causa C-411/03 (Sevic Systems AG)⁵⁰, ma altresì il Regolamento (CE) 8 ottobre 2001,

⁴⁹ Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2013-*bis* (14G00174) (G.U. Serie Generale n. 261 del 10 novembre 2014 - Suppl. Ordinario n. 83), entrata in vigore il 25 novembre 2014. In particolare, il comma 3 dell'articolo 18 del decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 108, è sostituito dal seguente: «3. *Quando una fusione transfrontaliera per incorporazione è realizzata da una società che detiene almeno il 90 per cento ma non la totalità delle azioni, quote o altri titoli che conferiscono il diritto di voto nell'assemblea della società incorporata, le relazioni di cui agli articoli 2501-quinquies e 2501-sexies del codice civile e la situazione patrimoniale di cui all'articolo 2501-quater del medesimo codice sono richieste soltanto qualora ciò sia previsto dalla legislazione nazionale cui è soggetta la società incorporante o la società incorporata.*».

⁵⁰ È utile ribadire come in limine dell'entrata in vigore della direttiva, la Corte di giustizia, pronunciandosi sul caso "Sevic", era stata adita al fine di statuire sulla legittimità del rifiuto di iscrizione da parte del registro delle imprese tedesco dell'atto di fusione per incorporazione di una società lussemburghese in una tedesca. Nell'ordinamento tedesco infatti è vietata la *Hineinverschmelzung* (fusione verso l'interno), *i.e.* l'incorporazione di una società costituita secondo la legge di un altro Stato in una società con sede in Germania; come vietata è l'incorporazione di una società tedesca in un'altra straniera (*Herausverschmelzung*), in quanto la delibe-



n. 2157, il quale, introducendo la Società Europea, ne ha ammesso la costituzione anche “mediante fusione” tra società per azioni “costituite secondo la legge di uno Stato membro [...] se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri differenti”.

Le disposizioni contenute nel D.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, in attuazione della direttiva 2005/56/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, hanno poi tracciato una disciplina organica delle fusioni transfrontaliere tra società di capitali.

Giova, a tal riguardo, evidenziare che l'art. 1, comma 1, lett. d) fa proprio riferimento alla normativa interna, definendo la fusione transfrontaliera come “l'operazione di cui all'articolo 2501, primo comma, del codice civile, realizzata tra una o più società italiane ed una o più società di altro Stato membro dalla quale risulti una società italiana o di altro Stato membro, con esclusione dei trasferimenti di parte dell'azienda”.

Il ché denota – con evidente chiarezza – che sarà definibile “transfrontaliera” solo la fusione cui partecipino società che “siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi”, peraltro, “*This Directive shall apply to mergers of limited liability companies formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community, provided at least two of them are governed by the laws of different Member States*”⁵¹.

razione di fusione della società interna sarebbe equiparabile a quella di trasferimento della sede sociale all'estero, che è considerata nulla dall'ordinamento tedesco. La legge tedesca sulle operazioni straordinarie ammette quindi la fusione solo tra società aventi sede in Germania: si veda il § 1 dell'Umwandlungsgesetz del 28 ottobre 1994, da ultimo modificato in data 9 dicembre 2004. La Corte di giustizia, investita della questione a seguito dell'ordinanza del *Landesgericht Koblenz*, ha ritenuto invece che il divieto di fusioni transfrontaliere previsto dal diritto interno contrasti con l'art. 43, 2 comma del Trattato di Roma, e quindi illegittimo, attesa la necessaria subordinazione della norma interna al diritto primario della Comunità europea. Tale decisione ha sancito, pertanto, che gli ostacoli interni volti ad impedire fusioni transfrontaliere o i dettati normativi tendenti a consentire il trasferimento della sede sociale all'estero solo previa estinzione e successiva ricostituzione dell'ente (in altro Stato) contrastano con la libertà di stabilimento e come tali sono da considerare illegittimi. Sulla sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2005, causa C-411/03, SEVIC System AG: *Notariato*, 2006, 2, 126 ss., con nota di LICINI, *Libertà di stabilimento comunitaria in un caso di fusione transfrontaliera*; Sul punto altresì, GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in *Dir. comm. internaz.*, 2006, 2, 353 ss. Siffatto arresto della Corte, osserva CARDUCCI ARTENISIO, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1194, si pone in contrasto con la dottrina tedesca, che mostra un atteggiamento conservativo in ordine agli ostacoli interni volti a precludere le fusioni transfrontaliere: in tal senso KINDLER, *Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 11, 4 Aufl., München, 2006, 872 ss.

⁵¹ Sul recepimento della decima direttiva, *ex plurimis*, CARDUCCI – ARTENISIO, *Dall'armonizzazione minimale alla denazionalizzazione: la direttiva 2005/56/Ce in materia di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1194; FANUELE – MUCCIARELLI, *Questioni in tema di fusioni transfrontaliere*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 744; RESCIO, *Dalla libertà di stabilimento alla libertà di concentrazione: riflessioni sulla direttiva 2005/56/CE in materia di*



I presupposti applicativi del D.lgs. n. 108/2008⁵² attengono propriamente al fatto che all'operazione partecipino società di capitali e che la fusione si attui tra una o più società italiane e una o più società di altro Stato membro.

A tali fini, l'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 108/2008, precisa che *“una fusione transfrontaliera è consentita solo tra tipi di società alle quali la legge applicabile permette di fondersi?”*.

A ciò si aggiunga, come diffusamente accennato, che *“al fine di evitare una frammentazione di regimi, con il conseguente rischio di trattamenti irragionevolmente differenziate di fattispecie equivalenti”*⁵³, l'art. 2, comma 2, D.lgs. n. 108/2008, sancisce che la disciplina ivi contenuta si applichi, altresì, alle fusioni transfrontaliere i cui attori siano o risultino essere società diverse dalle società di capitali ovvero società di capitali che non abbiano né sede statutaria, né amministrazione, né centro di attività principale nella Comunità europea, *“purché l'applicazione della disciplina di recepimento della direttiva 2005/56/CE a tali fusioni transfrontaliere sia parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione medesima”*.

Di talché, si rende applicabile il D.lgs. n. 108/2008 anche alla “fusione extracomunitaria”, comunemente conosciuta come “fusione internazionale” – ossia alla fusione tra due società appartenenti a due Paesi UE e una terza società non appartenente a un Paese UE; nonché alla fusione cui “partecipino” ovvero “risultino” società diverse dalle società di capitali, e quindi società di persone che *“non abbiano nella Comunità europea né la sede statutaria, né l'amministrazione centrale, né il centro di attività principale”*, a condizione tuttavia che la legislazione di tutte le società comunitarie partecipanti all'operazione preveda l'estensione della regolamentazione a siffatte società.

Orbene, secondo il dettato di cui all'art. 4, comma 1, D.lgs. n. 108/2008, alla disciplina specifica recata dal D.lgs. n. 108/2008 troverà applicazione *“alla società italiana partecipante alla fusione transfrontaliera”* anche *“il titolo V, capo X, sezione II del libro V del codice civile”*, per le fusioni cd. “domestiche”.

Ciò comporta l'ampliamento del mosaico applicativo per la fusione transfrontaliera alle

fusione transfrontaliera, in *Riv. dir. soc.*, 2007, I, 53; BENEDETTELLI – RESCIO, *Il d.lgs. n. 108/2008 sulle fusioni transfrontaliere (alla luce dello schema di legge di recepimento della decima direttiva elaborato per conto del consiglio nazionale del notariato e delle massime del consiglio notarile di Milano)*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 742; DESSÌ, *Le fusioni transfrontaliere*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 171; BERTOLI, *Le fusioni transfrontaliere alla luce del recepimento italiano della decima direttiva societaria*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 35; APOLLONI, *Fusioni transfrontaliere*, Roma, 2013, 5 ss.

⁵² Per un maggiore approfondimento sui presupposti applicativi del D.lgs. n. 108/2008 cfr. *Relazione al Decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali*.

⁵³ Cfr. *“Relazione accompagnatoria allo schema di progetto di decreto legislativo attuativo della direttiva comunitaria n. 2005/56/CE”*.



norme disciplinanti la fusione “interna” di cui agli artt. 2501 ss. c.c., ove compatibili con la natura transfrontaliera della fusione.

Si noti che lo stesso art. 4, D.lgs. n. 108/2008, precisa che qualora l'applicazione delle norme codicistiche provochi un “*conflitto con le norme applicabili alle società di altro Stato membro partecipanti alla fusione transfrontaliera*” è necessario accordare “*prevalenza alla legge applicabile alla società risultante dalla fusione medesima*” (art. 4, comma 2, D.lgs. n. 108/2008).

Ebbene, l'art. 4, D.lgs. n. 108/2008 – applicabile sia alla fusione intra-UE che alla fusione “extracomunitaria” o “internazionale”, ex art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 108/2008 –, reca previsione di alcune eccezioni al suindicato principio.

Infatti, tanto nei confronti della società italiana quanto della società straniera può trovare applicazione la disciplina dell'art. 2501 *bis* c.c.⁵⁴ – come noto, norma preordinata alla protezione degli azionisti di minoranza e dei creditori della società *target* in caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento – qualora la società *target* (ergo “la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione”) “*non sia una società italiana*” (art. 4, comma 3, D.lgs. n. 108/2008), di guisa che viceversa, l'art. 2501 *bis* c.c., troverebbe applicazione nei casi in cui siano italiane la società *raider* o la società *target*⁵⁵.

L'art. 4, comma 4, D.lgs. n. 108/2008 sancisce altresì il necessario rispetto nelle operazioni di fusione delle disposizioni di cui art. 2112⁵⁶ c.c., del disposto dell'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 in tema di comunicazione del trasferimento di azienda alle rappresentanze sindacali, nonché della disciplina del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58⁵⁷.

⁵⁴ L'art. 2501 *bis* c.c., impone che il progetto di fusione debba indicare le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione (comma 2); che la relazione di cui all'art. 2501 quinquies c.c., debba indicare le ragioni che giustificano l'operazione e contenere un piano economico e finanziario con indicazione della fonte delle risorse finanziarie e la descrizione degli obiettivi che si intendono raggiungere (comma 3); che la relazione degli esperti di cui all'art. 2501 *sexies* c.c., debba attestare la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione (comma 4). Siffatta inapplicabilità può essere spiegata avendo riguardo alla Relazione al Decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2005/56/CE relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali ove si osserva che qualora “*la società partecipante alla fusione il cui controllo è oggetto di acquisizione sia di diritto straniero, sembra coerente con tale impostazione che gli strumenti di protezione siano attivati dall'ordinamento straniero interessato*”.

⁵⁵ In tal senso, BUSANI, *La fusione transfrontaliera ed internazionale*, in *Le società*, 6/2012, 664.

⁵⁶ “*In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conservatutti i diritti che ne derivano [...]*”.

⁵⁷ Di “*applicazione necessaria*” è altresì la disciplina contenuta nel codice delle assicurazioni private, di cui al D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, la disciplina antitrust, di cui alla l. 10 ottobre 1990, n. 287, la disciplina in



La Direttiva n. 2005/56/CE non si è preoccupata di statuire disposizioni comuni finalizzate a proteggere i soci di minoranza che intendessero opporsi alla fusione, "autorizzando", tuttavia gli Stati membri a introdurre specifiche previsioni in proposito in sede di recepimento del provvedimento comunitario.

Il Legislatore italiano ha ritenuto, dunque, il diritto di recesso fosse lo strumento adeguato di tutela a favore dei soci contrari all'operazione di fusione transfrontaliera.

A tal proposito, all'art. 5, D.lgs. n. 108/2008 – applicabile tanto alle fusioni intra-UE quanto alle fusioni extra-UE – si dispone che, qualora la società risultante dalla fusione transfrontaliera sia una società regolamentata dal diritto di uno Stato diverso dall'Italia, “*il socio non consenziente*” della società italiana partecipante ha il diritto di recedere dal contratto sociale secondo le modalità di esercizio del recesso disciplinate dalle norme del Codice Civile applicabili alla società da cui si recere.

A tal riguardo, doveroso, quanto necessario, notare che il trasferimento di sede all'estero integra di per sé una causa di recesso già nelle ordinarie disposizioni del Codice Civile⁵⁸; di guisa che l'art. 5, D.lgs. n. 108/2008, deve essere inteso nel senso di riconoscere il diritto di recesso nei casi in cui sussista una società incorporante italiana che, a seguito della fusione transfrontaliera, scelga di essere regolata da un diritto diverso da quello italiano e non già nelle ipotesi di incorporazione di una società italiana in una società straniera, ove il recesso già di per sé spetterebbe al socio non consenziente.

La soluzione disegnata dal legislatore italiano pare condivisibile, trovando le proprie basi sulle norme codicistiche applicabili al recesso, allorché, l'operazione determini il trasferimento della sede all'estero; si pensi, infatti, che nelle società a responsabilità limitata è sempre riconosciuto al socio non consenziente il diritto di recesso a fronte di operazioni di fusione.

In vero, qualora la società risultante dalla fusione transfrontaliera fosse un soggetto di diritto di altro Stato membro, si assisterebbe a un trasferimento di sede all'estero, ma l'espressa statuizione dell'art. 5 d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108 consente, altresì, di concedere il diritto di recesso anche qualora la società che scaturisce dalla fusione mantenga la sede in Italia, ma sia regolata dal diritto di altro Stato comunitario; il che val quanto dire che, tale circostanza comporterebbe semplicemente un mutamento della *lex societatis* risultando assente il

tema di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni, di cui al D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito in L. 30 luglio 1994, n. 474 (art. 4, comma 5, D.lgs. n. 108/2008).

⁵⁸ A tal proposito, per la società per azioni *ex art.* 2437, comma 1, lett. c), c.c., per la società a responsabilità limitata *ex art.* 2473, comma 1, c.c., nonché per le società di persone *ex art.* 2502 c.c.



trasferimento della sede all'estero, quale presupposto del meccanismo di cui all'art. 2437 c.c.

6. La Direttiva n. 2005/56/CE, arrivata all'esito di un cammino ultradecennale, ha gettato le basi e consolidato la spinta per una definitiva apertura della disciplina sulle fusioni transfrontaliere nei vari ordinamenti nazionali intracomunitari.

Senza dubbio alcuno, la "X Direttiva" e il conseguente D.lgs. 108/2008, hanno colmato un vuoto normativo non compatibile con la sempre più sentita internazionalizzazione delle attività economiche e hanno consentito alle aziende di raggiungere un miglior livello di integrazione, sufficiente a portarle oltre i mercati locali per competere sui quelli globali.

La Direttiva, seppur, ha fornito un mezzo "comune" di integrazione agli imprenditori dell'Unione Europea, nel complesso non ha – come tanto auspicato – facilitato un approccio condiviso a tale mezzo, dato che la modalità del rinvio agli ordinamenti nazionali tra loro concorrenti riserva agli stessi un ruolo che gli interessati alla fusione sono costretti a tenere sempre a mente.

Sebbene la legittimazione dell'istituto e la diffusione di una disciplina omogenea sia dovuta ad un'intensa opera degli organi legislativi dell'UE e della Corte di Giustizia Europea è necessario ribadire come non tutti gli Stati membri fossero concordi all'idea di dotarsi di una disciplina comune; incertezza che perdura tuttora.

La ragione dev'essere verosimilmente ricercata nella circostanza – ormai sempre più evidente ed attuale – che le operazioni di fusione transfrontaliera pongono a confronto regole di diversi Stati; così, promuovendo meccanismi di competitività volti non solo a consentire agli operatori nazionali una proiezione in contesti più ampi, bensì anche, più in generale, favorendo l'esercizio del diritto di stabilimento al quale i legislatori nazionali si sono dimostrati restii.

Probabilmente, alla base di tale dissenso, potrebbe addursi, quale logica risposta, la visione di alcuni Stati secondo cui l'autorizzare a legittimare le fusioni transfrontaliere, facendo venire meno qualsiasi barriera all'entrata o all'uscita degli stessi Stati, esorterebbe le aziende ad emigrare in quei paesi che dispongano di un ordinamento societario o fiscale più favorevole⁵⁹.

⁵⁹ Basti pensare all'operazione societaria realizzata recentemente dalla società Fiat S.p.a. che, per effetto dell'acquisizione della partecipazione totalitaria della Chrysler da parte di una sua controllata con l'intento di acquisire una migliore quotazione al New York Stock Exchange, ha potato, al termin di un complesso percorso, per la trasformazione in società N.V. di diritto olandese, stabilendo la propria sede legale in Olanda; l'operazione è stata realizzata dapprima con la costituzione da parte di Fiat – quale unico socio – di una N.V. di diritto olandese, la società *Fiat Chrysler Automobiles* N.V., e successivamente mediante fusione transfrontaliera "inversa" della controllante Fiat s.p.a. nella predetta controllata: sul punto, v. MARCHETTI, *Le fusioni*



E' bene, infatti, precisare che specialmente nello spazio europeo, la libertà di stabilimento e conseguentemente la possibilità di realizzare siffatte operazioni ha quale ultimo fine il consolidamento di un mercato unico; tuttavia, oggidi, occorre chiedersi se e in che termini si possa ancora parlare di mercato unico, alla luce di una inadeguata armonizzazione tanto dal punto puramente fiscale quanto societaria; vieppiù, considerando che la spinta direzionale deve essere quella di un sistema europeo volto ad abbattere qualsivoglia barriera tra gli Stati membri e non a dar vita a comportamenti concorrenziali che possano risultare pregiudizievoli.

Nel complesso la disciplina sulle fusioni transfrontaliere pare idonea a regolare la maggior parte degli aspetti di queste complicate operazioni; seppur non sembrino risolte alcune questioni importanti, quali quelle attinenti alla responsabilità degli amministratori e degli esperti che partecipano al procedimento (per i quali si fa espresso riferimento alla disciplina codicistica per l'ipotesi di danno da fusione

prevista per le operazioni nazionali) e quella attinente ai profili fiscali di dette operazioni.

Ulteriore criticità potrebbe sorgere qualora si prenda in considerazione il fatto che la società risultante dalla fusione è sottoposta alla disciplina di uno degli Stati in cui le imprese originarie erano situate, e che questa società si limiti ad operare in un solo mercato. In tal contesto, la scelta dell'armonizzazione, dal punto di vista procedurale, potrebbe essere considerata idonea, tuttavia, altrettanto, non potrebbe dirsi qualora si consideri l'effetto delle medesime di promuovere l'accesso al mercato di imprese di dimensione transnazionale in una situazione di concorrenza.

L'adozione della disciplina sulle fusioni transfrontaliere ha nel proprio solco lasciato alcune criticità irrisolte agli occhi degli operatori del settore, pur avendo al contempo contribuito a ridare nuovo slancio all'economia nazionale, così, permettendo agli operatori locali di affacciarsi – in una logica del tutto concorrenziale – anche al mercato unico europeo.

transfrontaliere del gruppo Fiat – Chrysler, in *Riv. soc.*, V, 2014, p. 1124 ss.; ancora MATERA, *Le Fusioni transfrontaliere intracomunitarie*, in *Riv. Comp. e Dir. Civ.*, 2016, 1 ss..



IL REGIME SUCCESSORIO DEGLI UNITI CIVILMENTE E DEI CONVIVENTI DI FATTO

EDUARDO FERNANDES

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza costituzionale e tutela successoria del convivente *more uxorio* prima della legge 76/2016. – 2. Gli strumenti per la tutela successoria del convivente *more uxorio* prima della legge 76/2016. – 3. Il trattamento successorio delle parti dell'unione civile: un'innovazione, ma nel solco della tradizione del diritto successorio. – 4. L'opportunità di una riforma del diritto successorio di più ampio respiro. – 5. Il regime successorio della convivenza di fatto regolata dalla legge 76/2016.

1. Prima dell'approvazione della legge 20 maggio 2016, n. 76 la tutela successoria del convivente *more uxorio* si caratterizzava per debolezza e frammentarietà¹, restando inascoltate le voci di quanti già da tempo auspicavano che al convivente *more uxorio* fossero riconosciuti diritti nell'ambito della successione legittima o, quantomeno, diritti analoghi a quelli di abitazione e uso riservati al coniuge sulla casa adibita a residenza familiare dall'art. 540, II co., c.c.

Come noto, furono sollevate dal Tribunale di Roma² due questioni di legittimità costituzionale: una prima con riguardo agli artt. 565 (*Categorie di successibili*) e 582 (*Concorso del co-*

¹ F. Padovini, *Fenomeno successorio e strumenti di programmazione patrimoniale alternativi al testamento*, cit., p. 1013. Rilevano la frammentarietà della normativa riguardante la convivenza di fatto T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 152; F. Franceschelli, Voce *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, pp 365 ss. Più in generale, in merito alla rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*, si riportano le considerazioni di G. Autorino Stanzione - P. Stanzione, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. Autorino Stanzione (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, Vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, pp. 203 ss., p. 210 e p. 214-215: «[l]'attuale scenario normativo [...] sebbene connotato da non pochi richiami espliciti alla convivenza *more uxorio*, si compie ugualmente sullo sfondo di una sostanziale anomia e di un frequente ricorso all'analogia. La sola visuale costante è rappresentata dall'ottica personalistica, dalla quale riguardare l'intera vicenda onde recuperare la centralità dell'individuo in armonia con l'art. 2 Cost.»; «[l]a legislazione ordinaria, nel tempo e senza pretese di organicità, ha finito progressivamente per attribuire rilievo al profilo personale del rapporto di convivenza [...]. Sotto altro profilo, non può tuttavia non rilevarsi come gli stessi interventi normativi [...] si siano arrestati ai soli rapporti eterosessuali [...]».

² Trib. Roma, 21 marzo 1988, in *Giur. cost.*, 1989, p. 474.



niuge con ascendenti, fratelli e sorelle) c.c., reputati costituzionalmente illegittimi per non menzionare anche il convivente *more uxorio* tra i successibili *ex lege* in una posizione corrispondente a quella del coniuge, e una seconda con riguardo all'art. 540, II co., c.c., con l'intento di riconoscere al convivente superstite un diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza dalla coppia di conviventi. Ambo le questioni sono state decise con la sentenza n. 310 del 26 maggio 1989³.

La prima questione relativa al rapporto tra successione legittima e convivenza *more uxorio*, è stata ritenuta infondata.

È noto come tradizionalmente si sia affermato – ma un tale ordine di idee va oggi ripensato alla luce delle novità introdotte dalla legge 76/2016 – che la disciplina della successione legittima trovi la propria ragion d'essere nel vincolo familiare che lega il chiamato all'eredità al *de cuius*: rapporto di coniugio, di sangue fino al sesto grado o di adozione. È stata proprio questa una delle ragioni che ha portato la Corte costituzionale a non ritenere necessario procedere a una equiparazione tra coniuge e convivente *more uxorio*. La convivenza *more uxorio* non avrebbe potuto costituire un titolo idoneo alla individuazione dei successibili *ex lege* in quanto priva del carattere della certezza, fondandosi su un'unione libera, non giuridicizzata, dove l'*affectio* è sempre revocabile, facendo così venire meno l'unione stessa⁴. Soltanto rapporti giuridici certi potrebbero essere presi in considerazione dal legislatore ai fini della selezione dei chiamati *ex lege*.

Anche i richiami a tre norme costituzionali – gli artt. 2, 3 e 29 Cost. – contenuti nelle ordinanze di rimessione non sono stati ritenuti rilevanti ai fini del riconoscimento di una tutela successoria per il convivente *more uxorio* che arrivasse a riferirgli le norme sulla successione legittima. *In primis* si è affermato che, pur potendosi ricomprendere la convivenza di fatto tra le formazioni sociali dove si svolge la personalità del consociato, tra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. non possono ritenersi ricompresi anche i diritti successori, anche in ragione del fatto che l'art. 42, ult. co., Cost. si affida alla discrezionalità del legislatore per l'individuazione delle categorie dei successibili. Si è poi sostenuto che non potrebbe ritenersi leso il principio di uguaglianza, in quanto l'art. 29 Cost., pur non vietando altre forme di convivenza familiare diverse da quella fondata sul matrimonio, riconosce la superiorità della famiglia fondata sul matrimonio⁵. Nella convivenza, infine, mancherebbe alla base un

³ Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, c. 446; in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 474, con nota critica di A. Scalisi, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, il quale, ha ritenuto tale sentenza un'occasione mancata per conferire coerenza al sistema e dare attuazione ai principi costituzionali, affermando la rilevanza giuridica del rapporto di fatto sul piano successorio.; in *Giur. cost.*, 1989, p. 1407, con nota di M. Carducci, *Infondatezza di questione di legittimità costituzionale riguardante rapporti di fatto e limite degli interventi additivi della Corte*.

⁴ Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: «Il riconoscimento della convivenza *more uxorio* come titolo di vocazione legittima all'eredità [...] contrasterebbe con le ragioni del diritto successorio, il quale esige che le categorie di successibili siano individuate in base a rapporti giuridici certi e incontestabili [...]».

⁵ Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: «È vero che l'art. 29 Cost. non nega dignità a forme naturali del rapporto di coppia diverse dalla struttura giuridica del matrimonio, ma è altrettanto vero che riconosce alla



rapporto giuridico fonte di diritti e obblighi reciproci, per cui, anche per questo motivo, non sarebbe pensabile di accostare il convivente *more uxorio* al coniuge.

Quanto alla possibilità di riferire i diritti di abitazione e di uso di cui all'art. 540, II co., c.c. anche al convivente *more uxorio*, la Corte costituzionale si esprime per l'inammissibilità della questione.

Si affermò una relazione tra tali diritti e il riconoscimento di una quota di legittima del coniuge, ravvisandosi, quindi, un intenso legame tra i diritti di cui al 540, II co., c.c. e la vocazione a titolo di legittimario, non riconosciuta al convivente *more uxorio*.

Inoltre, si ritenne che tali diritti avessero la funzione preminente di soddisfare non tanto il bisogno abitativo del coniuge superstite⁶, che verrebbe solo indirettamente tutelato, quanto interessi non patrimoniali quali quello di conservare la memoria del *de cuius* e l'interesse alla continuità del proprio *status symbol* e delle relazioni sociali⁷.

Al contempo, però, il giudice delle leggi ha riconosciuto al legislatore la facoltà di innovare l'ordinamento nella direzione di riconoscere diritti analoghi al convivente *more uxorio*, essendo precluso il conseguimento di un tale risultato mediante una pronuncia additiva per il principio della separazione dei poteri.

Nonostante la posizione assunta dalla Corte costituzionale, che ha rimesso la materia alla discrezionalità del legislatore, vanno ricordate le posizioni di quella parte della dottrina⁸ la quale ha ricostruito le norme di diritto successorio che prendono in considerazione il coniuge non tanto a partire dal vincolo formale rappresentato dal matrimonio, ma in ragione della condivisione di intenti e di sentimenti che dovrebbe animare i coniugi. Se è in questa comunione spirituale che va ravvisata la *ratio* che spiega la scelta operata dal legislatore di riconoscere, a partire dalla riforma del diritto di famiglia, una tutela successoria molto forte

famiglia legittima una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio».

⁶ Come sostiene autorevole dottrina quale C.M. Bianca, *Diritto Civile. La famiglia, le successioni*, Milano, 1996, p. 503. Si evidenzia che la dottrina prevalente pone sullo stesso piano tanto la funzione dei diritti di cui all'art. 540, II co., c.c. di soddisfare l'interesse economico del coniuge superstite a disporre di un alloggio, quanto quella di tutelare gli interessi di natura morale individuati in Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.* Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Tomo I, Milano, 2015, p. 444. Per un'efficace sintesi delle problematiche che ruotano intorno l'art. 540, II co., c.c. si rinvia a due recenti studi: A. Scalera, *Art. 540 c.c.*, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2016, pp. 1043 ss., e C. Coppola, *I diritti di abitazione e di uso spettanti ex lege*, in G. Bonilini G. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2016, pp. 983 ss.

⁷ Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310, *cit.*: «[...] oggetto della tutela dell'art. 540, secondo comma, non è il bisogno dell'alloggio (che da questa norma riceve protezione solo in via indiretta ed eventuale), ma sono altri interessi di natura non patrimoniale, riconoscibili solo in connessione con la qualità di erede del coniuge, quali la conservazione della memoria del coniuge scomparso, il mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli *status symbols* goduti durante il matrimonio [...]».

⁸ G. De Luca, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996, pp. 126-127. In precedenza si era espresso in termini analoghi anche A. Scalisi, *Famiglia di fatto e diritti successori del convivente more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, pp. 475 ss., p. 488.



al coniuge, si è arrivati a sostenere la possibilità di estendere, a prescindere da un intervento legislativo, seppur con gli opportuni adattamenti, le norme sulla successione del coniuge anche al convivente *more uxorio*. Va precisato, tuttavia, che l'opinione prevalente⁹ rimaneva quella che negava tanto l'interpretazione estensiva, quanto quella analogica delle norme che individuano i successibili *ex lege*.

Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale un primo riconoscimento della rilevanza della convivenza *more uxorio* si è avuto con riguardo alla materia della successione nel contratto di locazione di immobile destinato a uso abitativo¹⁰. La Corte nel 1988, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 (*Disciplina delle locazioni di immobili urbani*, c.d. legge sull'equo canone), ammise anche il convivente *more uxorio* a succedere nel contratto di locazione di immobile urbano a uso abitativo nel caso di decesso del conduttore¹¹.

⁹ D. Riccio, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007, p. 531; E. Moscati, *Rapporti di convivenza e diritto successorio*, Torino, 2013, pp. 293 ss., p. 295, il quale ha affermato che il problema della tutela successoria del convivente *more uxorio* «non può essere risolto da nessun punto di vista in via interpretativa».

¹⁰ Come noto, in origine, la tutela dei conduttori passava attraverso il riconoscimento di un diritto legale di proroga. In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 1, IV co., prima parte, della legge 23 maggio 1959, n. 253 (*Disposizioni per le locazioni e sublocazioni di immobili urbani*), prevedeva che «se trattasi di immobile adibito ad uso di abitazione, la proroga opera soltanto a favore del coniuge, degli eredi, dei parenti e degli affini del defunto con lui abitualmente conviventi». In seguito, con l'art. 2 bis, I co., prima parte, della legge 12 agosto 1974, n. 351 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 giugno 1974, n. 236, recante provvedimenti urgenti sulla proroga dei contratti di locazione e di sublocazione degli immobili urbani*) scomparve il riferimento agli eredi, prevedendosi che «[i]n caso di morte del conduttore, se trattasi di immobile adibito ad uso di abitazione, la proroga di cui all'articolo 1 opera soltanto a favore del coniuge, dei figli, dei genitori o dei parenti entro il secondo grado del defunto con lui anagraficamente conviventi». Sotto la vigenza di questi dati normativi, nella giurisprudenza di merito era maturato un orientamento che riteneva possibile estendere tali norme anche nei confronti del convivente *more uxorio*, che portò due giudici di merito a dubitare della legittimità costituzionale delle due citate disposizioni per contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza formale. Tuttavia, i giudici costituzionali con Corte. cost. 14 aprile 1980, n. 45, in *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 370, con nota di Scalisi A, *Famiglia di fatto e diritto del convivente more uxorio alla proroga del rapporto locativo*, ritennero le questioni sottoposte alla loro attenzione non fondate. Innanzitutto, secondo i giudici, la posizione del convivente *more uxorio* non poteva essere equiparata a quella riconosciuta al coniuge, in quanto «rapporto di fatto, privo dei caratteri di stabilità o certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri [...] che nascono soltanto dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima. La coabitazione infatti del convivente *more uxorio* può cessare per volontà di uno dei conviventi in qualsiasi momento [...]». Nemmeno poteva ravvisarsi una irragionevole differenziazione di trattamento tra convivente *more uxorio* e figli naturali, in quanto il riconoscimento del diritto di proroga legale del contratto di locazione nei confronti di questi ultimi costituisce attuazione dell'art. 30, III co., Cost., che impone di assicurare ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela compatibile con i diritti riconosciuti ai membri della famiglia legittima. Infine, neppure ci si poteva dolere del differente trattamento riservato al convivente *more uxorio* al rispetto a parenti, affini ed eredi del conduttore defunto, in quanto il diritto di proroga veniva loro riconosciuto in ragione di un legame giuridico certo che li lega al *de cuius* e che manca, invece, nella convivenza di fatto.

¹¹ Corte. cost. 7 aprile 1988, n. 404 in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 766, con nota parzialmente critica di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale attribuisce (ma solo a metà) rilevanza giuridica alla famiglia di fatto*; in *Diritto e giurispru-*



La norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, tuttora vigente¹², al fine di tutelare l'abituale convivenza, aveva riconosciuto il diritto di succedere nel contratto di locazione di immobile urbano a uso abitativo al «coniuge, [a]gli eredi ed [a]i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi», fino al termine di scadenza del rapporto¹³.

Era pur vero che al medesimo risultato cui è approdata la Corte costituzionale si poteva giungere istituendo erede il convivente *more uxorio*, tuttavia, in assenza di una siffatta disposizione testamentaria, la giurisprudenza si era orientata nel senso di ritenere tassativa l'elencazione di cui al citato art. 6. Fu sollevata allora una questione di legittimità costituzionale proprio con riguardo a tale profilo, decisa insieme ad altre tre, riguardanti la medesima disposizione, con la citata sentenza.

denza, 1988, p. 796, con nota di P. Colella, *Sul riconoscimento del diritto a succedere nella locazione del convivente more uxorio*; in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1559, con nota di A. Scalisi, *Il «diritto» all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*; in *Giur. it.*, 1988, 1627, con nota di A. Trabucchi, *Il diritto d'abitare la casa d'altri riconosciuto a chi non ha diritto*; in *Giur. cost.*, 1988, p. 1789, con nota di A. Pace, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. «diritto di abitazione»*, e con nota di R. Lenzi, *La famiglia di fatto e la locazione della casa di abitazione*. Per completezza, si ricorda che tale sentenza scaturisce da quattro ordinanze di remissione, tutte relative alla medesima norma, che concernevano questioni affini, la più importante delle quali è quella menzionata nel presente paragrafo. Con la medesima pronuncia, tuttavia, si è anche ritenuto l'art. 6, III co., illegittimo «nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale». Successivamente, per due volte si è tentato di pervenire a una ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale della medesima disposizione per la parte in cui non prevede che, in caso di cessazione della convivenza di fatto, al conduttore dell'immobile adibito a uso abitativo succeda l'ex *partner* che ha continuato ad abitarvi, pur in mancanza di prole. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione manifestamente infondata (Corte cost. 11 giugno 2003, n. 204, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2222, e Corte cost. 14 gennaio 2010, n. 7, in *Fam. dir.*, 2011, p. 113, con nota di V. Alvisi, *Fine della convivenza e successione nel contratto di locazione: l'onda di una lunga dimenticata distonia tra motivazione e dispositivo*).

¹² Il rapporto tra il diritto riconosciuto al convivente *more uxorio* dall'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, come interpretato dalla Corte costituzionale, e la tutela del bisogno abitativo del convivente di fatto alla luce della l. 20 maggio 2016, n. 76, sarà oggetto di analisi nel paragrafo 4.

¹³ Sulla natura giuridica di tale diritto la dottrina prevalente, tra cui G. Capozzi, *Successioni*, cit., pp. 643-644, si è espressa nel senso che si tratti di un legato *ex lege* anomalo e, precisamente, di un legato di posizione contrattuale. L'anomalia consisterebbe non solo nella non necessaria appartenenza dei legatari *ex lege* nell'elenco dei successibili *ab intestato* ex art. 565, ma anche nel fatto che è necessario il dato fattuale della convivenza per essere titolari del diritto riconosciuto dalla norma. La fonte legale di tale legato ha come corollario la sua inderogabilità: il conduttore, in presenza di uno dei soggetti di cui all'art. 6, non può attribuire mediante una disposizione testamentaria la propria posizione nel rapporto locativo a un soggetto diverso, pertanto la norma viene annoverata tra i limiti all'autonomia testamentaria, al pari delle altre norme che prevedono le c.d. *successioni anomale*. Sul carattere generalmente inderogabile delle norme che prevedono successioni anomale si rinvia a A. Natale, *Le così dette successioni anomale*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. VI, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, pp. 4468 ss., pp. 4471-4472. Per completezza, si ricorda che nel novero delle successioni anomale rientrano anche i citati diritti di cui all'art. 540, II co., c.c., spettanti al coniuge superstite.



La Corte ha ravvisato il fondamento dell'art. 6 nella tutela del diritto all'abitazione¹⁴, ricondotto nella sfera dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost., che sarebbe leso ove si negasse tutela al bisogno abitativo del convivente di fatto. Posto ciò, ha anche ritenuto irragionevole ex art. 3 Cost. differenziare il trattamento del convivente *more uxorio*, non tanto rispetto a quello previsto per il coniuge - nella sentenza si ribadisce, infatti, la differenza tra rapporto di coniugio e rapporto di convivenza -, quanto rispetto al risultato pratico conseguito dalla norma, che è quello di tutelare un aggregato di soggetti che potrebbe anche comprendere estranei, come accade ove un estraneo sia istituito erede con testamento. Alla luce di queste argomentazioni, molti commentatori¹⁵ della pronuncia in esame hanno ritenuto che con essa si è più inteso tutelare il diritto all'abitazione che la convivenza di fatto in quanto tale¹⁶.

2. Prima dell'entrata in vigore della legge 20 maggio 2016, n. 76, vista l'impossibilità di applicare al convivente di fatto le norme in materia di successione legittima e a titolo di legittimario previste per il coniuge, la dottrina si è ripetutamente interrogata sull'idoneità degli strumenti successori e parasuccessori tradizionali ad assicurare un'adeguata tutela ai conviventi *more uxorio*¹⁷.

¹⁴ Corte. Cost. 7 aprile 1988, n. 404, *cit.*: «[i]l legislatore del 1978 [...] ha voluto tutelare non la famiglia nucleare, né quella parentale, ma la convivenza di un aggregato esteso fino a comprendervi estranei - potendo tra gli eredi esservi estranei -, i parenti senza limiti di grado e finanche gli affini. È evidente la volontà legislativa di farsi interprete di quel dovere di solidarietà sociale, che ha per contenuto l'impedire che taluno resti privo di abitazione, e che qui si specifica in un regime di successione nel contratto di locazione, destinato a non privare del tetto, immediatamente dopo la morte del conduttore, il più esteso numero di figure soggettive, anche al di fuori della cerchia della famiglia legittima, purché con quello abitualmente conviventi.»

¹⁵ Tra gli altri V. Ianni, *Coppie di fatto e convivenze more uxorio: profili giuridici e soluzioni giurisprudenziali*, Roma, 2010, p. 58; M. Dogliotti, *La Corte, cit.*, p. 794, il quale, se da una parte apprezza il *decisum*, non condivide l'argomentare dei giudici delle leggi, arrivando ad affermare che «[d]a oggi, il convivente può succedere nel contratto di locazione per morte del conduttore, ma se ci si dovesse fermare alle argomentazioni della Corte, non se ne comprenderebbero le ragioni».

¹⁶ Fu proprio sulla scia di quest'ultima pronuncia che il legislatore, con l'oggi abrogato art. 17, II e III co., della legge 17 febbraio 1992, n. 179 (*Norme per l'edilizia residenziale pubblica*), riconobbe anche al convivente superstite del socio assegnatario di un alloggio di cooperativa edilizia a proprietà indivisa il diritto di succedere nell'assegnazione dell'alloggio in mancanza di coniuge e di figli minori purché convivente alla data del decesso e purché in possesso dei requisiti richiesti per l'assegnazione degli alloggi. Inoltre, si richiedeva che alla data del decesso la convivenza fosse stata instaurata da almeno due anni e fosse documentata da apposita certificazione anagrafica o fosse dichiarata in forma pubblica con atto di notorietà da parte della persona convivente con il socio defunto.

¹⁷ Tra gli altri si segnalano: C. Coppola, *I diritti successori del convivente more uxorio*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2016, pp. 1081 ss.; C. Madonia, *Diritto abitativo e convivenza more uxorio*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, pp. 1531 ss.; G. Oberto, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. dir.*, 2006, pp. 668 ss.; G. Oberto, *I diritti dei conviventi: realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, relativamente al capitolo *La*



Come si vedrà *infra*, da parte degli studiosi più sensibili a garantire una qualche forma di tutela successoria nell'ambito della c.d. *famiglia di fatto* non sono mancati i tentativi volti a concepire nuove applicazioni per istituti nati con finalità ben diverse. Tuttavia, anche le soluzioni più innovative hanno dovuto fare i conti con i principi inderogabili di quel micro-sistema che è il diritto successorio all'interno del più vasto sistema del diritto privato. Ciò si è tradotto nell'elaborazione di soluzioni che molto spesso presentavano punti di debolezza e che avrebbero potuto realizzare una tutela piena degli interessi dei conviventi di fatto solo in caso di inazione di soggetti maggiormente tutelati dall'ordinamento, si pensi, ad esempio, ai legittimari.

Lo strumento più diffuso nella pratica tra i conviventi *more uxorio* per assicurarsi reciproci diritti successori era il testamento. Tuttavia, com'è facile intuire, il ricorso a tale strumento deve sempre fare i conti con le disposizioni relative ai legittimari: ciascun convivente non avrebbe potuto spingersi oltre l'istituire erede l'altro *partner* o beneficiarlo di disposizioni a titolo di legato nei limiti nella quota disponibile, onde evitare eventuali future azioni di riduzione promosse da un coniuge separato del *de cuius*, dai suoi figli o ascendenti.

Tra i due strumenti – istituzione di erede e legato – il secondo, nella forma del legato di specie, avrebbe consentito al *partner* testatore di soddisfare specifiche esigenze del *partner* superstite, inserendo nella scheda testamentaria, ad esempio, un legato di diritto di usufrutto, di diritto di abitazione o di uso per soddisfare il bisogno abitativo del beneficiario, oppure un legato di rendita vitalizia o di alimenti per garantire un flusso periodico di risorse per il sostentamento del legatario. Inoltre, avvalendosi di quanto previsto dall'art. 636, II co., c.c., il testatore avrebbe potuto riconoscere la spettanza del diritto di usufrutto, di abitazione, di uso o alla prestazione periodica soltanto per il tempo in cui il convivente non fosse convolato a nozze¹⁸.

Alcuni dei *supra* menzionati bisogni del *partner* superstite avrebbero potuto trovare soddisfacimento anche mediante un legato di contratto. Si pensi, per soddisfare il bisogno abitativo del convivente superstite, al legato o al sublegato che gli attribuisca il diritto a pretendere la stipulazione di un contratto di locazione a un canone particolarmente vantaggioso o di un contratto di comodato, da far valere nei confronti dell'erede o del legatario di un immobile, oppure, per soddisfare l'interesse al sostentamento, a un legato o sublegato che attribuisca il diritto di pretendere la conclusione di un contratto di lavoro subordinato con un erede o un legatario al quale sia passata la proprietà dell'azienda del *de cuius*.

Tuttavia, anche in siffatte ipotesi, sarebbe stato sempre necessario verificare la possibile lesione dei diritti riservati ai legittimari, si pensi, ad esempio, al concorso tra il diritto di abitazione attribuito mediante legato al convivente *more uxorio* e il diritto di abitazione

cessazione della convivenza per morte, pp. 193 ss. Per i profili di diritto comparato della materia si rinvia a F. Viglione, *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Torino, 2016.

¹⁸ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., p. 1103.



spettante *ex lege* al coniuge separato senza addebito sul medesimo immobile in quanto adibito in precedenza a residenza familiare, che vede quest'ultimo prevalere.

Inoltre, è stata sostenuta l'opportunità di riconoscere ai conviventi *more uxorio* diritti successori che non riposino esclusivamente su una manifestazione di autonomia privata del *partner*, stante il carattere della revocabilità in ogni momento del testamento.

Infine, è stata anche evidenziata la difficoltà pratica di conseguire l'esecuzione delle disposizioni testamentarie in favore del convivente *more uxorio* quando essa dipende dall'attività di altri eredi. A tal fine si è suggerito¹⁹ di rafforzare le disposizioni testamentarie in esame con clausole che ne assicurino l'esecuzione, quale ad esempio una clausola penale oppure condizionando risolutivamente l'attribuzione all'inadempimento di uno o più legati disposti nei confronti del *partner*, non apparendo idonee a tal fine mere raccomandazioni rivolte agli eredi di dare seguito alla volontà testamentaria, essendo le stesse prive di valore giuridico.

Quanto agli strumenti pattizi, stante il divieto di patti successori (art. 458 c.c.), non era possibile ipotizzare che dei conviventi di fatto regolamentassero i propri interessi successori mediante una fonte convenzionale²⁰, né era auspicato dalla dottrina²¹, in quanto sarebbe stato possibile soltanto mediante una deroga legislativa all'art. 458 c.c., la quale avrebbe realizzato una irragionevole differenziazione di trattamento tra le convenzioni *mortis causa* stipulate nell'ambito della convivenza *more uxorio* e tutte le altre.

Al fine di recuperare spazi all'autonomia privata dei conviventi di fatto, si è approfondita la riflessione sulla distinzione tra negozi *mortis causa* e negozi *post mortem*. Nei primi la morte costituirebbe la causa dell'attribuzione, mentre nei secondi l'evento morte rappresenterebbe soltanto il momento in cui si consolidano gli effetti già prodottisi nella sfera giuridica del beneficiario²².

¹⁹ G.A.M. Trimarchi, *La "famiglia di fatto" e le altre convivenze*, in N. Lipari - P. Rescigno (diretto da), *Diritto civile*, coordinato da A. Zoppini, Vol. I, *Fonti, soggetti, famiglia*, Parte II, *La famiglia*, Milano, 2009, pp. 357 ss., p. 397.

²⁰ È orientamento consolidato che il divieto di patti successori determini non soltanto la nullità della convenzione, ma altresì del testamento che alla stessa dia esecuzione, dal momento che la volontà testamentaria ivi cristallizzata non potrebbe dirsi libera. Sul punto C. Coppola, *I diritti successori*, cit., p. 1107. G. Capozzi, *Successioni*, cit., p. 45, ha ritenuto che in tale ipotesi il testamento sia nullo per illiceità del motivo, consistente appunto nell'intenzione di rispettare il patto successorio, tuttavia per escludere la nullità sarebbe sufficiente che il negozio *mortis causa* non contenga alcuna menzione dell'impegno assunto col patto, dal momento che il motivo illecito deve risultare dal testamento per poter determinare la nullità dello stesso (art. 626 c.c.).

²¹ D. Riccio, *La famiglia*, cit., p. 536; E. Moscati, *Rapporti*, cit., p. 302. Entrambi gli studiosi hanno sollevato perplessità rispetto alla scelta di alcune leggi locali spagnole, quale, ad esempio, la legge aragonese 26 marzo 1999, n. 6, che hanno consentito ai conviventi di fatto di stipulare patti successori in deroga al divieto generale contenuto nel codice civile spagnolo. È noto, piuttosto, che la dottrina prevalente auspichi un superamento generale del divieto di cui all'art. 458 c.c. In proposito, si rinvia a C. Cecere, *Voce Patto successorio*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg. II*, Torino, 2003.

²² F. Pene Vidari, *Patti successori e contratti post mortem*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, pp. 245 ss.



Rientrerebbe in questa categoria il contratto a favore del terzo con prestazione da eseguirsi nei confronti del terzo dopo la morte dello stipulante (c.d. contratto a favore del terzo *post mortem*, art. 1412 c.c.), il cui schema può ricevere molteplici applicazioni concrete, come, ad esempio, nel caso di assicurazione sulla vita a favore del terzo (artt. 1920 ss. c.c.) oppure di rendita vitalizia costituita a favore del terzo (art. 1875 c.c.). Che la fattispecie di cui all'art. 1412 c.c. non ricada nel divieto di cui all'art. 458 c.c. e che, pertanto, non costituisca un negozio *mortis causa* risulta da due osservazioni: il rapporto contrattuale non si instaura tra i due conviventi, bensì tra uno di essi in qualità di stipulante e il promittente, rivestendo l'altro *partner* il ruolo di terzo beneficiario; inoltre, causa dell'acquisto per il convivente beneficiario non è la morte del *partner*, bensì il contratto²³.

Un altro espediente per tutelare gli interessi successori dei conviventi *more uxorio* è stato individuato nella c.d. *condizione tontinaria*²⁴, ripresa dalla tradizione giuridica francese: laddove i *partner* avessero proceduto all'acquisto di un immobile in comunione ordinaria, avrebbero potuto pattuire una condizione la quale realizzasse la concentrazione della piena proprietà in capo al convivente superstite. Nello specifico, un tale risultato avrebbe potuto essere conseguito apponendo al contratto una condizione allo stesso tempo risolutiva e sospensiva, nella quale fosse dedotto l'evento morte di uno dei *partner*, il cui verificarsi avrebbe fatto venire meno retroattivamente la comunione e avrebbe reso il *partner* superstite *ab origine* pieno proprietario dell'immobile.

Tale meccanismo avrebbe offerto il vantaggio di impedire che la quota che era stata di proprietà del *de cuius* cadesse in successione, riuscendosi così a frustrare le aspettative di legittimari ed eredi legittimi e a rendere il convivente superstite pieno proprietario sin dal momento del trasferimento effettuato dal terzo dante causa. Tuttavia, secondo la dottrina, il ricorso a tale espediente avrebbe costituito elusione del divieto di patti successori²⁵ a meno che non si fosse posto a carico del convivente superstite l'obbligo di restituire agli eredi la quota di prezzo pagata dal *de cuius*, ma è evidente che per questa via si sarebbero frustrate le intenzioni dei conviventi.

Un'altra soluzione di derivazione francese concepita per non far perdere al convivente superstite la disponibilità di un immobile acquistato con il convivente defunto era quella che raccomandava un acquisto incrociato: ciascun convivente avrebbe acquistato una

²³ G. Oberto, *Famiglia, cit.*, il quale ha evidenziato pure che le attribuzioni realizzate mediante negozi con struttura riconducibile all'art. 1412 c.c. devono comunque ritenersi come donazioni indirette e, pertanto, sono assoggettabili ad azione di riduzione in caso di lesione dei diritti riservati ai legittimari.

²⁴ G. Oberto, *Famiglia, cit.*

²⁵ In questo senso si è espressa anche Cass. 18 agosto 1986, n. 5079, in *Rep. Foro. it.*, 1986, Voce *Successione ereditaria*, n. 33, che è stata individuata come l'unica pronuncia di legittimità in materia di condizione tontinaria: «[c]onfigura un patto successorio vietato dall'art. 458 c.c. l'atto con il quale due soggetti comprino in comune la proprietà di un immobile, contestualmente pattuendo che la quota ideale di comproprietà di ciascuno acquistata debba successivamente pervenire a chi di essi sopravviva, in quanto quest'ultimo acquista l'altra quota non dall'originario venditore che l'aveva già alienata al soggetto premorto, ma direttamente dal medesimo, al di fuori delle prescritte forme di successione *mortis causa*».



quota di nuda proprietà e una quota di usufrutto sull'immobile. Per questa via, alla morte di uno di essi, il *partner* superstite avrebbe visto consolidarsi l'usufrutto spettante al *de cuius* con la propria quota di nuda proprietà, mantenendo altresì l'usufrutto sull'altra quota e vedendo cadere in successione soltanto la quota di nuda proprietà che apparteneva al *de cuius*²⁶.

Quanto alle possibili applicazioni del contratto di donazione, posta l'indubbia validità di una donazione tra conviventi, anche ove si fosse voluto non tenere conto dei diritti che la legge riserva ai legittimari²⁷, si è evidenziato che comunque tale istituto non avrebbe consentito una piena realizzazione degli interessi dei conviventi in quanto lo spoglio della titolarità del diritto donato da parte del donante è immediato e tendenzialmente definitivo, mentre spesso i *partner* avrebbero preferito soluzioni non immediatamente efficaci, stante la possibile crisi del rapporto, di sicuro più temibile in un'unione non giuridicizzata, non apparendo nemmeno sufficiente come contrappeso l'obbligo legale posto a carico del donatario di prestare gli alimenti al donante (art. 437 c.c.). Per tutelarsi il donante avrebbe potuto riservarsi l'usufrutto su quanto donato, ma nulla più, tenuto conto, tra l'altro, che si sono ritenute inammissibili non soltanto le donazioni *mortis causa*, le quali ricadrebbero nel novero dei patti successori vietati²⁸, ma anche le donazioni sottoposte al termine *cum moriar* e alla condizione *si premoriar*, da alcuni autori ritenuti negozi in frode alla legge²⁹.

Altro istituto su cui si è riflettuto per consentire la pianificazione degli assetti successori nell'ambito della convivenza *more uxorio* è stato il *trust*³⁰, di cui si potrebbe ipotizzare il ricorso solo ove si risolvesse positivamente il problema della ammissibilità del c.d. *trust* interno³¹. Si è sostenuto che un convivente ben avrebbe potuto assumere le vesti di *settlor* e realizzare una separazione di alcuni suoi beni dedotti nel *trust* al fine di avvantaggiare il partner nelle vesti di *beneficiary*. Tuttavia, come acutamente messo in evidenza, già la Convenzione de L'Aja del primo luglio 1985 (*Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*)

²⁶ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., p. 1119; G. Oberto, *Famiglia*, cit.

²⁷ Il problema del rapporto tra tutela dei legittimari e donazioni a favore del convivente si poneva tanto per le donazioni dirette, quanto per quelle indirette, né è parso superabile qualificando le attribuzioni al convivente come atti di adempimento di obbligazioni naturali, stante la difficile riconducibilità di attribuzioni di una certa consistenza agli atti di adempimento di obbligazioni naturali. Sul punto E. Moscati, *Rapporti*, cit., p. 302.

²⁸ G. Capozzi, *Successioni*, cit., p. 53, secondo il quale la donazione *mortis causa* andrebbe ricondotta a un patto successorio istitutivo gratuito.

²⁹ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., p. 1110. Si segnala che la dottrina maggioritaria, nonché la giurisprudenza di legittimità ritengono che le donazioni *cum moriar* e *si premoriar* siano in linea di principio valide. Sul tema si rimanda a D. Feola, *La donazione mortis causa*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Vol VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, pp. 213 ss., pp. 216 ss.

³⁰ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., pp. 1124-1125; G. Oberto, *Famiglia*, cit.,

³¹ Si segnala che alcuni studiosi, tra cui D. Riccio, *La famiglia*, cit., p. 541, hanno affrontato la tematica partendo dal presupposto della codificazione del *trust* interno con l'art. 2645 *ter* c.c. Per l'Autore citato, infatti, il *trust*, codificato nell'art. 2645 *ter* c.c., «può pure essere utilmente usato per governare i fenomeni successori da parte dei conviventi».



all'art. 15 fa salve le norme di diritto nazionale in materia di diritti di legittima, pertanto a maggior ragione deve ritenersi che un *trust* interno possa mai ledere i diritti dei legittimari³².

Si è pure sostenuta la possibilità di ricorrere all'art. 2645 *ter* c.c. al fine, ad esempio, di destinare un bene immobile al convivente *more uxorio* per tutta la durata della sua vita per soddisfare le sue esigenze abitative o per assicurargli una fonte di reddito, dal momento che l'interesse del costituente di soddisfare mediante tale vincolo un particolare bisogno del *partner* dovrebbe agevolmente superare il vaglio di meritevolezza rimesso al notaio dalla norma³³. Non è mancato chi poi ha ritenuto che tale istituto avrebbe potuto svolgere nell'ambito della famiglia di fatto funzioni analoghe a quelle svolte dal fondo patrimoniale nella famiglia legittima, dal momento che l'interesse alla contribuzione in seno alla famiglia di fatto è sicuramente meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto trattasi di formazione sociale all'interno della quale sorgono dei doveri di solidarietà³⁴.

Tuttavia, tanto il *trust*, quanto il vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c. non sono parsi utili quando l'interesse di uno dei conviventi era di trasferire diritti all'altro, potendo questi istituti essere utilizzati soltanto per garantire al convivente l'erogazione di redditi o la messa a disposizione dei beni vincolati. Si ritorna allora al punto di partenza: l'unico strumento per trasferire *mortis causa* diritti al *partner* rimaneva il testamento, con tutti i suoi limiti che si è cercato di porre in evidenza *supra*³⁵.

Al fine di riconoscere una piena tutela successoria al convivente, si è anche riflettuto sulla possibilità di ricorrere all'istituto dell'adozione di persone maggiorenni³⁶, in modo tale da far acquisire a uno dei conviventi la qualità di legittimario dell'altro (art. 536, II co., c.c.). Tuttavia, oltre alle ragioni di ordine morale, tale espediente non avrebbe potuto trovare grande diffusione stante la necessità di una differenza di età di almeno diciotto anni tra adottante e adottato (art. 291 c.c.) e dell'assenso dei genitori e di figure quali, ad esempio, il coniuge dell'adottando (art. 297, I co., c.c.), la quale ultima condizione è sì vero superabile

³² E. Moscati, *Rapporti*, cit., p. 306.

³³ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., p. 1127; G.A.M. Trimarchi, *La "famiglia di fatto"*, cit., p. 399. Si ricorda, tuttavia, l'esistenza di un orientamento dottrinale minoritario, ma parimenti autorevole, il quale ritiene che gli interessi rilevanti ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c. sono soltanto quelli di rilievo anche superindividuale riguardanti soggetti bisognosi di assistenza e non anche quelli di rilievo meramente privatistico, come lascia intendere il riferimento alle persone affette da disabilità contenuto nella disposizione (v. F. Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 165 ss. «[...] gli interessi sono, dall'art. 2645 *ter* c.c., riferiti, innanzi tutto, a persone con disabilità, onde l'ovvia conseguenza che essi vorrebbero ruotare intorno a principi etici di carattere solidaristico. Il carattere non patrimoniale di tipo culturale o estetico potrebbe poi essere confermato dal fatto che l'interesse è riferito anche a pubbliche amministrazioni, le quali possono perseguire solo interessi superindividuali e socialmente utili [...]»).

³⁴ Sul punto si rinvia a G. Oberto, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche*, Commento all'art. 2645 *ter* c.c., in M. Sesta (a cura di), *Codice delle successioni e delle donazioni*, Vol. I, Milano, 2011, pp. 2445 ss., p. 2463.

³⁵ G. Oberto, *Famiglia*, cit.

³⁶ C. Coppola, *I diritti successori*, cit., pp. 1122-1123; E. Moscati, *Rapporti*, cit., p. 307.



con un provvedimento del tribunale (art. 297, II co., c.c.), ma, a ogni modo, appariva difficile ipotizzare che, nella fattispecie in esame, ragioni di ordine pubblico avrebbero consentito a un giudice di superare il mancato assenso. Inoltre, anche a voler ipotizzare la sussistenza di tutte le condizioni richieste per l'operatività dell'istituto, esso non è parso idoneo a tutelare gli interessi del convivente adottante stante la definitività dei suoi effetti, incompatibile con l'esigenza di procedere a una diversa pianificazione della propria successione nel caso di cessazione della convivenza³⁷.

3. L'unica disposizione della legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*)³⁸ a occuparsi del regime successorio nell'ambito dell'unione civile è costituita dal comma 21 dell'art. 1³⁹, il quale prevede che «[a]lle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, del titolo II e dal capo II e dal capo V *bis* del titolo IV del libro secondo del codice civile»⁴⁰, regolamentando in tal modo le conseguenze della morte di una delle parti dell'unione civile, evento che, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 22., ne determina lo scioglimento.

In sostanza, la disposizione di cui ventunesimo comma rinvia genericamente alle norme in materia di indegnità, di legittimari, di successione legittima, di collazione e di patto di famiglia⁴¹, andando a parificare il trattamento successorio della parte dell'unione civile

³⁷ G. Oberto, *Famiglia*, cit.

³⁸ In G.U. n. 118 del 21 maggio 2016.

³⁹ Tra i primi commenti relativi a tale disposizione si segnalano: G. Bonilini, *La successione mortis causa della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 980 ss.; V. Cianciolo, *Sub. Art. 1, comma 21*, in M.A. Lupoi - C. Cecchella - V. Cianciolo - V. Mazzotta (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge 76/2016*, Santarcangelo in Romagna, 2016, pp. 102 ss.; B. De Filippis, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, pp. 214 ss.; F. Padovini, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.; V. Tagliaferri, *La successione degli uniti civili*, in *Il familiarista*, 2016.

⁴⁰ Innanzitutto si osserva che, a livello di tecnica legislativa, si è preferito inserire nella disposizione una norma di rinvio, piuttosto che intervenire direttamente sul codice civile, come forse sarebbe stato preferibile. Non è mancato chi, come G. Casaburi, *Convivenze e unioni civili: una prima lettura della nuova legge*, 17 maggio 2016, in *www.questionegiustizia.it*, ha ritenuto, più in generale, che i due nuovi istituti regolati dalla legge 76/2016 avrebbero dovuto essere collocati nel codice civile. M. Fiorini, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, in *Riv. not.*, 2017, pp. 185 ss., definisce tale tecnica legislativa discutibile, oltre che foriera di seri problemi di coordinamento.

⁴¹ Si osserva che gran parte dei *corpus* di norme contenuti nel libro secondo del codice civile comunque sono applicabili alle parti dell'unione civile, stante la loro portata generale, come rileva F. Lume, *Sub. Art. 1, comma 21*, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 20 ss., p. 21.



a quello del coniuge e realizzando così la più importante innovazione del diritto successorio degli ultimi anni, che altre proposte di legge avevano invano tentato di realizzare⁴².

La tecnica legislativa adoperata è molto simile a quella per cui il legislatore tedesco ha optato ben quindici anni fa⁴³. Anche in Germania si scelse di non collocare il nuovo istituto nel codice civile, ma in una legge speciale, la quale però fa più volte richiamo alla disciplina codicistica del matrimonio. Uno di questi richiami è quello funzionale a stabilire il trattamento successorio del convivente superstite, oggetto di regolazione al para. 10. Proprio come il coniuge, anche il convivente superstite è erede legittimo, cui competono i medesimi diritti di legittima. Inoltre, si estende ai conviventi la possibilità di ricorrere al testamento collettivo (*gemeinschaftliches Testament*), prima appannaggio dei soli coniugi⁴⁴.

Quella italiana è, però, un'innovazione nel segno della continuità con la propria tradizione giuridica, visto che il legislatore non ha preferito optare per soluzioni più innovative, auspiccate dalla dottrina, stante la distanza sempre più grande tra i modelli successori recepiti nel codice civile e le istanze della società⁴⁵.

⁴² L'iniziativa legislativa in materia, per la verità molto ricca, può dividersi in due grandi insiemi: con alcune proposte si mirava a introdurre una regolamentazione di unioni similmatrimoniali appannaggio tanto di coppie eterosessuali quanto omosessuali; con altre, invece, le unioni ivi previste avevano un ambito soggettivo di applicazione limitato alle coppie *same sex*. Molte di queste proposte prevedevano l'equiparazione della parte dell'unione al coniuge quanto al trattamento successorio. Nella prima categoria rientrano: il disegno di legge n. 395, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica l'11 luglio 1996, che regolava un istituto denominato *unione civile*, il quale all'art. 22 (*Eredità fra le parti dell'unione civile*) prevedeva che «1 – La condizione di parte dell'unione civile è in tutto equiparata a quella di coniuge per quanto riguarda i diritti e i doveri dei legittimari e quelli derivanti dalla successione legittima. 2. In tutti gli articoli del libro secondo del codice civile, ogni qual volta sono richiamati "il coniuge" o "i coniugi", sono inserite rispettivamente le parole: "o la parte dell'unione civile" e "o le parti dell'unione civile"; la proposta di legge n. 2870, presentata alla Camera dei Deputati l'11 dicembre 1996, recante *Norme sulle unioni civili*, che conteneva disposizioni identiche a quelle precedenti (art. 23); la proposta di legge n. 1232, presentata alla Camera dei Deputati il 5 luglio 2001, recante *Norme sulle unioni civili*, v. art. 23; la proposta di legge n. 3296, presentata alla Camera dei Deputati il 21 ottobre 2002, recante *Disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto*, la quale all'art. 15 prevedeva che «[n]ella successione legittima, disciplinata dal libro II del codice civile, i diritti spettanti al coniuge sono estesi al contraente legato al defunto da un patto civile di solidarietà iscritto nel registro dello stato civile». Per il secondo gruppo si menziona la proposta di legge n. 4657, presentata alla Camera dei Deputati il 12 marzo 1998, recante *Disciplina dell'unione affettiva* (art. 3).

⁴³ In Germania la materia delle unioni tra soggetti dello stesso sesso è stata regolata con un istituto traducibile in italiano come *convivenza registrata*, oggetto del *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft: Lebenspartnerschaftsgesetz*, pubblicato in BGB1. 2001, I, pp. 266 ss. ed entrato in vigore il 1° agosto 2001. In materia, tra gli studiosi italiani: S. Manfredonia, *L'«amore debole» e l'«amore forte». Analisi comparata di alcuni aspetti del riconoscimento delle unioni tra soggetti dello stesso sesso tra vuoto normativo italiano, scelte legislative europee e diritto internazionale privato*, in *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Prisco*, Torino, 2015, Tomo I, pp. 621 ss.; C. Caricato, *La legge tedesca sulla convivenza registrata*, in *Familia*, 2002, pp. 501 ss.; C. Caricato, *Le convivenze registrate in Germania: quindi anni di applicazione e di riforme*, in *Familia*, 2016, pp. 71 ss.

⁴⁴ Sul punto si ritornerà nel paragrafo successivo.

⁴⁵ F. Padovini, *Il regime*, cit., p. 1818, ritiene che «il legislatore ha, invero, perso l'opportunità di avviare quella riforma di cui da molto tempo si sente bisogno»; G. Bonilini, *La successione*, cit., p. 990, critica la norma-



Tale rinvio era necessario in quanto l'art. 1, comma 20, si prevede che «[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»⁴⁶, tuttavia tale disposizione «non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184 [Diritto del minore ad una famiglia]»⁴⁷. Si osserva che, proprio in forza dell'equiparazione lessicale di cui all'art. 1, comma 20, la parte dell'unione civile potrà beneficiare di un trattamento fiscale agevolato al momento della successione del *partner*, così come accade per i coniugi⁴⁸, e a essa competeranno tutte le vocazioni anomale

tiva in esame in quanto «amplia il catalogo dei legittimari, quindi s'indirizza in senso opposto alla opportunità, segnalata in più sedi, non solo dottrinali, di rivedere il sistema di successione necessaria, onde sia maggiormente esaltata l'autonomia dei soggetti quali possibili testatori». In proposito vanno menzionati: il disegno di legge n. 2069, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica il 23 settembre 2015, recante *Disciplina delle unioni registrate*, appannaggio tanto di coppie eterosessuali, quanto omosessuali, il cui art. 11 riconosceva alla parte dell'unione gli stessi diritti riconosciuti al coniuge nell'ambito della successione legittima e diritti analoghi a quelli di cui all'art. 540, II co., c.c., senza, tuttavia, riconoscere la qualità di legittimario; il disegno di legge n. 2084, comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica l'8 ottobre 2015, recante *Disciplina delle unioni civili*, che non riconosceva alla parte dell'unione alcuna quota di legittima, ma soltanto il diritto di usufrutto su una quota di eredità di ampiezza diversa a seconda delle ipotesi di concorso, oltre a diritti analoghi a quelli di cui all'art. 540, II co., c.c. Sul punto, in una prospettiva sistematica, si vedano anche le considerazioni svolte *infra*.

⁴⁶ Secondo molti commentatori, tra cui F. Lume, Sub. *Art. 1, comma 20*, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 16 ss., p. 16, e G. Casaburi, *Convivenze, cit.*, la disposizione enuncerebbe una clausola di salvaguardia con funzione antidiscriminatoria, mirando ad assicurare alle parti dell'unione civile lo stesso trattamento riservato ai coniugi nelle fattispecie non espressamente regolate dalla nuova disciplina.

⁴⁷ Secondo G. Bonilini, *La successione, cit.*, p. 982, la seconda parte della disposizione è frutto della volontà politica di non lasciar trasparire l'intento di equiparare a tutti gli effetti la posizione della parte dell'unione civile a quella del coniuge, visto l'accesso scontro politico che ha accompagnato la legge in esame nel suo iter parlamentare. Secondo F. Lume F., Sub. *Art. 1, comma 20, cit.*, p. 16, analoga funzione svolgerebbe l'*incipit* della disposizione, che prevede l'equiparazione «[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso», il quale *incipit*, invece, secondo G. Casaburi, *Convivenze, cit.*, sarebbe del tutto irrilevante, dal momento che «non vi è nulla di giuridicamente rilevante al di fuori della tutela dei diritti e dell'adempimento dei doveri».

⁴⁸ Come rileva G. Bonilini, *La successione, cit.*, p. 982. Nello specifico deve ritenersi che si estendano alle parti dell'unione civile: l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni prevista a favore del coniuge per i trasferimenti, effettuati anche mediante patti di famiglia, di aziende o loro rami, di quote sociali e di azioni, alle condizioni di cui all'art. 3, comma 4 *ter*, del *Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni* (d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346); l'esenzione dall'obbligo di presentare la dichiarazione di successione a favore del coniuge alle condizioni di cui all'art. 28, VII co, del medesimo testo unico; la franchigia prevista a



regolate da leggi speciali⁴⁹, quale ad esempio quella prevista dall'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, *supra* menzionata, oltre al trattamento pensionistico di reversibilità⁵⁰.

Se, da una parte, il rinvio alle norme sulla successione del coniuge era indispensabile per realizzarne l'estensione alle unioni civili, dubbi possono esprimersi sulle modalità con cui è stato effettuato il rimando. Infatti, si è scelto di richiamare interi complessi di norme racchiusi in capi e titoli del secondo libro del codice civile, rinviando quindi anche a norme che nulla hanno a che fare con l'unione civile⁵¹.

Il primo gruppo di norme cui il legislatore rinvia è quello in materia di indegnità a succedere (artt. 463 ss. c.c.).

Il rinvio si spiega sulla considerazione che il riconoscimento delle unioni civili impone di impedire il conseguimento di un vantaggio patrimoniale per colui che si è reso autore di un illecito nei confronti dell'altra parte dell'unione civile – si pensi a colui che abbia ucciso il proprio unito civilmente – oppure nei confronti dell'unito civilmente alla persona della cui successione si tratta.

Nello specifico potrà essere dichiarato indegno e, come tale, escluso dalla successione, colui che abbia volontariamente ucciso o tentato di uccidere l'unito civilmente della persona della cui successione si tratta (art. 463, n 1, c.c.), oppure chi abbia commesso nei con-

favore del coniuge, al di sotto della quale non si applica l'imposta sulle successioni e donazioni contemplata all'art. 2, comma 48°, lett. a, della legge 24 novembre 2006, n. 286 (*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*).

⁴⁹ F. Padovini, *Il regime, cit.*, p. 1817.

⁵⁰ Proprio richiamando l'art. 1, comma 20, della legge 76/2016, in data 21 dicembre 2016 la Direzione Centrale Pensioni dell'I.N.P.S. ha diffuso un messaggio con il quale ha comunicato che «a decorrere dal 5 giugno 2016, ai fini del riconoscimento del diritto alle prestazioni pensionistiche e previdenziali (es. pensione ai superstiti, integrazione al trattamento minimo, maggiorazione sociale, successione *iure proprio*, successione legittima, etc.) e dell'applicazione delle disposizioni che le disciplinano, il componente dell'unione civile è equiparato al coniuge». In proposito si rinvia a A. Schillaci A., *In claris non fit interpretatio: unioni civili, pensione di reversibilità e comma 20 della legge n. 76/2016*, 22 dicembre 2016, in www.articolo29.it. Si ricorda che, secondo l'opinione prevalente – cfr. C. Coppola, *I diritti successori, cit.*, p. 1098 –, il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità spetta al coniuge *iure proprio* e non *iure successionis*; analoghe considerazioni devono valere oggi anche per la parte dell'unione civile. In precedenza la questione di legittimità volta ad assicurare il trattamento pensionistico di reversibilità anche a favore del convivente *more uxorio* era stata ritenuta non fondata da Corte cost. 3 novembre 2000, n. 461, in *Giust. civ.*, 2001, p. 295. Mentre il giudice *a quo* aveva ipotizzato che le norme che riconoscevano la pensione di reversibilità al coniuge (art. 13 del regio decreto legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito con modificazioni, nella legge 6 luglio 1939, n. 1272, e art. 9, secondo e terzo comma, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, come sostituito dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987, n. 74) fossero illegittime tanto in relazione all'art. 2 Cost., che tutela l'individuo in qualunque contesto espliciti la propria personalità e, quindi, anche nella famiglia di fatto, quanto in relazione all'art. 3 Cost., per l'irragionevole disparità di trattamento tra il convivente e il coniuge, la Corte ritenne la questione sollevata non fondata in quanto la convivenza *more uxorio* è fondata esclusivamente sulla *affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti e si caratterizza per l'inesistenza di quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali, che nascono dal matrimonio.

⁵¹ Critico nei confronti della tecnica legislativa utilizzata è G. Bonilini, *La successione, cit.*, p. 982.



fronti dell'unito civilmente un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio (n. 2), chi abbia denunciato la parte dell'unione civile per un reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, ove la denuncia sia stata dichiarata calunniosa in un giudizio penale (n. 3), chi abbia testimoniato contro la parte dell'unione civile imputata per uno dei predetti reati, ove la testimonianza sia stata dichiarata falsa in un giudizio penale (n. 3).

Il rinvio generico al capo III del titolo I del libro sulle successioni fa sì che anche nelle predette ipotesi si potrà procedere alla riabilitazione dell'indegno, tanto totale (466, I co., c.c.), quanto parziale (466, II co., c.c.).

Si potrebbe dubitare della necessità di inserire tale rinvio, in considerazione dell'ambito di applicazione delle norme in tema di indegnità. Deve presumersi che esso sia stato dettato dalla volontà di rendere ancor più manifesta la volontà di realizzare una piena equiparazione dell'unito civilmente al coniuge relativamente ai profili successori del rapporto.

Portata più dirompente lo ha, di certo, il rinvio alle norme in materia di successione necessaria e di successione legittima che garantisce agli uniti civilmente lo stesso trattamento successorio riservato ai coniugi⁵².

Nell'elencazione dei legittimari di cui all'art. 536 c.c., accanto al coniuge trova adesso posto l'unito civilmente, al quale l'art. 540, I co., c.c. riserva la metà del patrimonio della defunta parte dell'unione civile, salve le ipotesi di concorso con figli (art. 542 c.c.). Inoltre, pare fuori dubbio che all'unito civilmente superstite spettino anche i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano, già riconosciuti al coniuge nella fattispecie delineata dall'art. 540, II co., c.c.⁵³.

Il rinvio è all'intero capo X del titolo I del libro sulle successioni, pertanto troveranno applicazione tutte le norme a tutela dei legittimari, dall'art. 549 c.c., che preclude al testatore di porre pesi o condizioni sulla quota riservata a un legittimario, fino alle norme per la reintegrazione della quota lesa (artt. 553 ss. c.c.), e sarà pure possibile tacitare le ragioni dell'unito civilmente superstite mediante un legato in sostituzione di legittima (art. 551 c.c.).

Non troverà applicazione l'art. 548 c.c., che regola il trattamento successorio del coniuge separato con e senza addebito, dal momento che l'istituto della separazione non è applicabile all'unione civile⁵⁴.

Quanto alla perdita della qualità di legittimario, ciò avverrà nel caso di scioglimento dell'unione nei casi previsti dai commi ventitreesimo e ventiquattresimo dell'art. 1; pertanto,

⁵² Come rileva F. Viglione, *I diritti*, cit., pp. 157-158, l'equiparazione dell'unito civilmente al coniuge rivela continuità con i modelli successori configurati in altri ordinamenti per le *partnership* registrate. L'Autore ritiene che ciò sia stato uno dei fattori che ha contribuito in alcuni Paesi al processo di associazione di queste *partnership* al matrimonio, culminato nell'introduzione del *same-sex marriage*.

⁵³ C. Romano, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Not.*, 2016, pp. 333 ss., p. 339; F. Lume, *Sub. Art. 1, comma 21, cit.*, p. 21.

⁵⁴ G. Bonilini, *La successione*, cit., p. 985; M. Fiorini, *Profili*, cit.



ove il decesso avvenga prima dello scioglimento definitivo dell'unione, l'unito superstite manterrà i diritti di legittimario.

Tuttavia, pur venendo meno la qualità di legittimario nei casi di scioglimento dell'unione *supra* menzionati, troverà comunque applicazione l'art. 9 *bis* della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*), stante il richiamo contenuto al venticinquesimo comma dell'art. 1: così all'unito civilmente superstite potrà essere riconosciuto dal tribunale, qualora versi in stato di bisogno, un assegno periodico a carico dell'eredità, tenendo conto dell'entità del bisogno, dell'eventuale pensione di reversibilità, delle sostanze ereditarie, del numero e della qualità degli eredi e delle loro condizioni economiche, sempre che a tale soggetto sia stato in precedenza riconosciuto il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro, di cui pure si terrà conto, a norma dell'art. 5 della legge sul divorzio – richiamato nei relativi commi per le unioni civili dal venticinquesimo comma dell'art. 1 – e a condizione che questo diritto non sia stato soddisfatto in un'unica soluzione⁵⁵. Su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno può avvenire in un'unica soluzione. Inoltre, interpretando il dato normativo costituito dal secondo comma dell'art. 9 *bis* alla luce delle novità introdotte dalla legge 76/2016, deve ritenersi che il diritto all'assegno si estingua ove il beneficiario contragga matrimonio o una nuova unione civile, o venga meno il suo stato di bisogno. Ove risorga lo stato di bisogno l'assegno potrà essere nuovamente attribuito⁵⁶.

In mancanza di un testamento o in presenza di un testamento che non sia idoneo a regolare l'intera successione della parte dell'unione civile defunta, si aprirà la successione legittima, che ha visto il novero dei successibili *ab intestato* arricchirsi della figura dell'unito civilmente superstite.

Tuttavia, del titolo II relativo alle successioni legittime non possono applicarsi all'unione civile norme quali quelle che regolano la successione del coniuge separato (art. 585 c.c.) per la ragione *supra* esposta e cioè che l'istituto della separazione non è applicabile all'unione civile.

⁵⁵ Si ricorda che, secondo la dottrina prevalente (per tutti G. Capozzi, *Successioni*, cit., p. 424), l'assegno di cui all'art. 9 *bis* della legge 898/1970 avrebbe natura di legato obbligatorio *ex lege*, in quanto detta attribuzione è espressamente posta a carico dell'eredità ed è, tra gli altri parametri, calcolata anche tenendo conto dell'asse ereditario, non ostando a una tale ricostruzione la considerazione che essa sia eventuale, in quanto spettante solo in caso di bisogno, e che possa venire meno, come nel caso in cui cessi lo stato di bisogno o si contraggano nuove nozze. Il riferimento allo stato di bisogno sarebbe inoltre indice della natura alimentare di detto assegno, con conseguente possibilità di applicare la normativa in tema di alimenti di cui agli artt. 433 ss. Tali considerazioni sembrano poter valere anche per l'assegno spettante all'ex unito civilmente al *de cuius*.

⁵⁶ Così come la legge non interviene a regolare l'ipotesi in cui il defunto lasci più coniugi divorziati superstiti, parimenti non si preoccupa dell'ipotesi in cui concorrano coniuge divorziato ed ex *partner* unito civilmente del *de cuius*. Ambo questi soggetti, infatti, potrebbero vantare il diritto all'assegno di cui all'art. 9 *bis* della legge 898/1970, tuttavia resta da capire se a ciascuno di essi spetti una quota di un unico assegno oppure se a ciascuno di essi spetti un assegno *ad personam*.



Tra gli altri *corpus* di norme richiamati dal ventunesimo comma dell'art. 1 ci sono gli artt. 737 ss. c.c. in tema di collazione. Pertanto, anche l'insieme dei soggetti tenuti alla collazione si amplia: non più soltanto figli, loro discendenti e il coniuge, ma ora anche la parte superstite dell'unione civile. L'estensione è stata più che opportuna, determinandosi altrimenti un ingiustificato trattamento di favore per gli uniti civilmente. Conseguenza pratica di questo rinvio è che la parte dell'unione civile sarà tenuta a conferire quanto ricevuto a titolo di donazione diretta o indiretta dal *de cuius*, salvo i casi in cui sia stata posta in essere una dispensa dalla collazione efficace in quanto limitata alla quota disponibile (art. 737, II co. c.c.) e salvo il caso di donazioni di modico valore (art. 738 c.c.).

L'ultimo insieme di norme cui si rinvia è costituito da quelle in materia di patto di famiglia (artt. 768 *bis* ss. c.c.)⁵⁷.

La dottrina⁵⁸ ha dubitato che l'istituto possa trovare ampia utilizzazione nell'ambito delle unioni civili: innanzitutto si rileva che, a dieci anni dalla sua introduzione, l'istituto del patto di famiglia non ha avuto grande diffusione; inoltre, la sua funzione è quella di facilitare il passaggio generazionale dell'azienda dall'imprenditore a uno o più discendenti e normalmente ciò non è possibile nell'ambito di un'unione civile, in ragione del fatto che alla coppia che è composta da soggetti appartenenti al medesimo sesso è attualmente preclusa la possibilità di adottare.

Si osserva che se di certo il rinvio alle norme sul patto di famiglia potrà avere un'utilità maggiore nel momento in cui il legislatore farà cadere quei divieti che impediscono agli uniti civilmente di adottare o comunque di crearsi una discendenza, tuttavia non può escludersi in radice una sua applicazione anche prima di questo momento. Si pensi all'ipotesi in cui le parti dell'unione civile abbiano dei discendenti nati in costanza di un precedente matrimonio.

A ogni modo, ove oggi un unito civilmente intendesse stipulare un patto di famiglia con cui trasferire l'azienda o partecipazioni societarie a un proprio discendente, anche il *partner* dovrebbe intervenire, in quanto equiparato al coniuge e, quindi, in quanto legittimario «ove in quel momento si aprisse la successione» (art. 768 *quater* c.c.), sorgendo così anche in capo a questo soggetto il diritto a ricevere il pagamento di una somma corrispondente al valore della propria quota di legittima sull'azienda.

Potrebbe tornare utile anche quanto previsto dall'art. 768 *sexies* c.c., che riconosce ai legittimari che non abbiano partecipato al patto il diritto di chiedere all'apertura della successione dell'imprenditore il pagamento della predetta somma aumentata degli interessi. Si

⁵⁷ Per un'analisi dell'istituto e per un suo inquadramento nell'ambito del sistema di diritto successorio, in una prospettiva critica, si rinvia a F. Gazzoni, *Appunti e spunti in materia di patto di famiglia. La svalutazione del fenomeno successorio*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 ss.

⁵⁸ G. Bonilini, *La successione*, *cit.*, p. 986; C. Romano, *Unioni*, *cit.*, p. 339.



pensi al caso in cui un imprenditore coniugato abbia posto in essere un patto di famiglia e, successivamente, abbia sciolto il matrimonio e contratto un'unione civile: l'unito civilmente, all'apertura della successione, potrà far valere i diritti che gli spettano ex art. 768 *sexies* c.c.

Un'altra norma relativa al trattamento successorio della parte dell'unione civile superstite è contenuta al comma diciassettesimo dell'art. 1 della legge in esame, il quale prevede che «in caso di morte del prestatore di lavoro, le indennità indicate agli articoli 2118 e 2120 del codice civile devono corrispondersi anche alla parte dell'unione civile». Tale rinvio era necessario, non essendo sufficiente l'equiparazione al coniuge dell'unito civilmente di cui al ventesimo comma dell'art. 1, posto che, come si è visto, tale equiparazione è valevole solo per le norme del codice civile espressamente richiamate.

Il comma diciassettesimo dell'art. 1, dunque, finirebbe per ampliare l'elenco contenuto all'art. 2122 c.c., che individua i soggetti a cui attribuire la c.d. indennità sostitutiva del preavviso (art. 2118 c.c.) e la c.d. indennità di fine rapporto (art. 2120 c.c.), ricomprendendovi anche l'unito civilmente. Secondo l'opinione maggioritaria⁵⁹, ai soggetti di cui all'art. 2122 c.c. tali indennità spetterebbero *iure proprio* e non *iure successionis*, tenuto conto, tra le altre cose, del fatto che tali somme non entrano a far parte dell'asse ereditario e in ragione della loro funzione di riparazione del pregiudizio subito dai più stretti congiunti del *de cuius*.

La riferibilità alle parti dell'unione civile dell'art. 2122 non è pacifica, essendosi affermato che il mancato richiamo dell'art. 2122 c.c. non sia recuperabile in via interpretativa stante quanto disposto nella parte finale dell'art. 1, comma 20 della legge, che pone un principio di eccezionalità ai richiami al codice civile contenuti nella legge. Di conseguenza, si è pure ipotizzato di poter prefigurare una questione di legittimità costituzionale relativa al comma diciassettesimo proprio per il mancato rinvio anche all'art. 2122 c.c.⁶⁰. Si osserva che tale il mancato richiamato potrebbe recuperarsi attraverso un'interpretazione logico-sistematica, secondo lo schema di ragionamento della dottrina maggioritaria sopra menzionato, non potendosi altrimenti giustificare il rimando agli artt. 2118 e 2120 c.c.

È richiamato pure l'art. 12 *bis* della legge 898/1970, pertanto, in caso di scioglimento dell'unione civile, laddove all'ex unito superstite sia stato riconosciuto l'assegno di cui all'art. 9 *bis* della medesima legge, gli spetterà pure una percentuale dell'indennità di fine rapporto, calcolata secondo il criterio di cui al secondo comma dell'art. 12 *bis*.

Quanto, infine, al diritto di sepolcro, deve ritenersi che, con la costituzione di un'unione civile, ciascuna parte acquisti il diritto di farsi seppellire nel sepolcro familiare del *partner*, a meno che non si eserciti il diritto di scelta del luogo di sepoltura optando per una diversa soluzione. Inoltre, si acquista anche il c.d. *diritto di sepolcro secondario*, intendendosi con tale espressione il diritto a poter accedere al luogo dove si trovano le spoglie dell'unito defunto.

⁵⁹ G. Capozzi, *Successioni*, cit., pp. 648-650.

⁶⁰ M. Fiorini, *Profili*, cit.



Non si dubita poi che il *de cuius* che abbia espresso la volontà di essere cremato possa scegliere di affidare l'urna contenente le proprie ceneri all'unito civilmente, dal momento che il D.P.R. 10 settembre 1990, n. 285 (*Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*) consente all'art. 3, I co., lett. e, di optare anche per «l'affidamento ai famigliari», espressione in cui deve oggi ritenersi compreso anche la parte dell'unione civile; non sorgono nemmeno dubbi circa la spettanza all'unito superstite della decisione in ordine alla cremazione, ove il *de cuius* nulla abbia disposto circa la propria sepoltura, dal momento che l'art. 3, I co., lett. b, n. 3 del citato decreto attribuisce innanzitutto la decisione al coniuge, cui oggi è parificata la parte dell'unione civile.

4. Il quadro che si è tentato di ricostruire se, da una parte, garantisce le meritevoli esigenze di una tutela successoria di cui sono portatrici le coppie omosessuali, dall'altra complica il sistema del diritto successorio italiano, rendendo ancor più evidente la diffusione di istanze sociali che necessitano di ricevere una risposta. Ci si riferisce, nello specifico, alla ridefinizione degli spazi della libertà di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, oggi stretta tra il divieto dei patti successori, da una parte, e i diritti dei legittimari, dall'altra.

Allo stato attuale, soprattutto nei casi di relazioni complesse, sempre più frequenti – si pensi al fenomeno delle c.d. *famiglie ricomposte*⁶¹ –, è auspicabile che ci si affidi alla sensibilità e alla competenza del notaio, figura che potrebbe svolgere un ruolo nevralgico per la sistemazione degli interessi *post mortem* della parte dell'unione civile, anche in funzione di prevenzione del contenzioso, potendosi difficilmente immaginare che l'uomo medio sia capace di orientarsi tra le norme confezionando un testamento olografo valido e comunque capace di bilanciare gli interessi dei cari⁶². Come insegnano le aule giudiziarie, l'ordinaria alta conflittualità tra gli eredi rischia di acuirsi in presenza di un'unione civile, si pensi al caso di una comunione ereditaria che coinvolga i legittimari di primo letto del *de cuius* e la parte superstite dell'unione civile. In tali evenienze potranno ben spiegare la loro funzione istituti quali il legato in sostituzione di legittima o la divisione del testatore.

In prospettiva, dunque, e volendo trarre delle conclusioni limitatamente al diritto successorio, pare che la legge 76/2016 non abbia fatto altro che rendere più evidente la necessità di un ripensamento del divieto dei patti successori e di una ridefinizione delle norme a tutela dei legittimari⁶³, nel quadro di una organica riforma volta a rimediare alla *crisi* del diritto successorio.

⁶¹ Fenomeno che, *ante* riforma, già era stato preso in considerazione in F. Padovini, *Fenomeno*, *cit.*, p. 1016.

⁶² M. Fiorini, *Profili*, *cit.*, ritiene decisiva la figura del notaio per la pianificazione degli assetti successori dei soggetti parti di un'unione civile.

⁶³ Molto critico nei confronti di tali previsioni è F. Gazzoni, *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati art. 561 e 563 c.c.)*, in *Giust. civ.*, 2006, pp. 3 ss., p. 3, dove esordisce: «[n]ei Paesi



In ambito dottrinale⁶⁴ da anni, infatti, si levano periodicamente le voci di quanti chiedono un intervento del legislatore, spesso reclamando il recepimento di modelli recepiti in altri ordinamenti⁶⁵.

Che una riforma sia necessaria pare evidente già per la sola considerazione che l'attuale sistema del diritto successorio non pare bilanciare adeguatamente il principio costituzionale di libertà con quello di solidarietà. Si tratta allora di trovare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza del singolo consociato a poter regolare autonomamente i propri interessi e quelli di cui è portatore il suo nucleo familiare, muovendo dalla constatazione di come il negozio testamentario spesso non sia più in grado di soddisfare tutti gli interessi *post mortem* di un soggetto.

Non è mancato chi di recente ha ritenuto che sia possibile affrontare tale notevole problema abbandonando l'idea dilagante in base alla quale soltanto lo strumento pattizio è in grado di avere quell'ampiezza di contenuto idonea a soddisfare le esigenze successorie della società contemporanea, riscoprendo le potenzialità del testamento e concludendo nel senso che il contratto sia «tendenzialmente, sovrabbondante rispetto al testamento»⁶⁶.

Non si è invece convinti che la riforma tanto auspicata possa passare per una mera importazione di soluzioni straniere, apparendo preferibile operare comunque nel solco della tradizione italiana, in quanto è facile preconizzare che un intervento asimmetrico sarebbe

civili e moderni la legge riconosce ai proprietari il potere di disporre liberamente dei propri beni sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Nei Paesi quasi civili e quasi moderni, il potere di disporre *mortis causa* è limitato bensì da una legislazione fortemente di favore per la categoria dei legittimari, ma sono ammessi accordi *ante mortem* per disciplinare la futura successione. Nei Paesi incivili e arretrati anche questi accordi sono invece tassativamente vietati. L'Italia, ovviamente, nella sua arretratezza e inciviltà (anche) giuridica, è rimasta, con qualche lieve deroga in sede di riforma del diritto di famiglia, all'epoca tribale, quando la trasmissione della ricchezza avveniva per stirpi e con indisponibilità assoluta della vicenda successoria». Tali critiche sono riprese in F. Gazzoni, *Appunti, cit.* Sul tema, con una posizione riformista, ma più moderata, si veda pure S. Delle Monache, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 815 ss., che, tra le altre cose, propone di rompere il nesso oggi inscindibile tra *status* di coniuge o figlio e quota di legittima intesa come *pars bonorum*, aprendo a dei distinguo, ad esempio in relazione alla durata del matrimonio e in relazione all'età dei figli.

⁶⁴ Per una rassegna delle posizioni emerse nel tempo si rimanda alle pagine di G. Casu, *I patti successori*, in L. Iberati (diretto da), *Testamento e patti successori*, Bologna, 2006, pp. 463 ss.

⁶⁵ A vietarli sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo. Ad ammetterli sono, invece, Germania, Austria, Svizzera, Danimarca e Gran Bretagna. Nella prospettiva di un superamento del divieto potrebbe rivelarsi utile prendere in considerazione la regolazione che l'istituto riceve nell'ordinamento svizzero. Si rinvia in proposito gli articoli del codice civile svizzero in materia di contratto successorio, nelle sue forme di patto istitutivo (*Erbzuvendungsvertrag*) o rinunziativo (*Erbverzichtsvertrag*): artt. 468, 494-497, 512-515.

⁶⁶ V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, pp. 220-221, il quale ritiene, invece, che sia l'eccessiva rigidità della disciplina di tutela dei legittimari a costituire un ostacolo alla pianificazione ereditaria, auspicandone un ripensamento attraverso una riduzione delle quote di riserva e il riconoscimento della possibilità di diseredare un legittimario per violazione dei doveri di solidarietà nei confronti del *de cuius* (p. 225-226).



ben più destabilizzante del sistema vigente, aprendo problemi di portata maggiore di quelli attuali⁶⁷.

La norma su cui pare più urgente riflettere è quella di cui all'art. 458 c.c., la quale già anni or sono appariva a un illustre giurista⁶⁸ come una *maglia intollerabilmente stretta*, e rivela oggi ancora maggiormente la sua inadeguatezza, anche con riferimento all'ambito delle unioni civili. Il divieto, nato per dare massima tutela all'autonomia testamentaria dai condizionamenti che potrebbero verificarsi in una sede contrattuale, con il passare del tempo si è rivelato spesso causa della frustrazione delle intenzioni del consociato relative alla programmazione dei propri assetti successori e le stesse istituzioni europee ne auspicano un superamento, anche se per ragioni parzialmente diverse da quelle che ricorrono nella dottrina⁶⁹.

La giurisprudenza, intanto, dal canto suo, ha cercato e tuttora cerca di contenere l'ambito di operatività del divieto⁷⁰, ponendosi in sintonia con quella dottrina⁷¹ che ritiene indispensabile individuare una regola ermeneutica che lo relativizzi e consenta di mantenere fuori dal perimetro applicativo dell'art. 458 c.c. una serie di negozi strutturalmente *inter vivos*, ma sostanzialmente *mortis causa*.

Di certo la legge in commento non poteva essere la sede per un superamento o, più semplicemente, un'ulteriore erosione del divieto, rivelandosi necessaria un'iniziativa legislativa di sistema chiara, organica e univoca. L'organicità appare indispensabile per assicurare la coerenza del sistema, in cui oggi convivono da una parte la rigida statuizione di cui all'art.

⁶⁷ Come ritiene M.G. Falzone Calvisi, *Diritto successorio. Temi e problemi*, Vol. I, Milano 2012, pp. 6-7.

⁶⁸ V. Roppo, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 5 ss., p. 7.

⁶⁹ La Commissione europea nel 2002 sollecitava i Paesi che vietano i patti successori a superare il divieto al fine di meglio realizzare la continuità d'impresa. Nella Comunicazione n. 98/C 93/02 relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese si legge: «[u]n altro modo per aumentare in pratica la continuità dell'impresa è il ricorso a patti d'impresa o ad accordi di famiglia. Soprattutto nel caso delle imprese familiari, questi accordi possono essere utilizzati per mantenere talune regole gestionali da una generazione all'altra. In qualche misura, esse vengono già usate in Francia e in Spagna per attenuare le conseguenze della proibizione dei patti sulla futura successione. È chiaro tuttavia che tali accordi sono un'alternativa relativamente debole rispetto ai patti di successione ammessi nella maggior parte degli Stati membri. Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale.»

⁷⁰ Nota è l'affermazione della eccezionalità della regola di cui all'art. 458 c.c., che, pertanto, «non può essere estesa a rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata, in tutti i suoi elementi», contenuta in Cass. 18 dicembre 1995, n. 12906, in *Giur. it.*, 1996, 1356, con cui la Corte di Cassazione ha ritenuto ammissibile la clausola di continuazione automatica contenuta nel contratto di s.a.s. e riguardante i soci accomandanti. In linea si rinvia pure a: Cass. 19 novembre 2009, n. 24450, in *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1149 ss.; Cass. 11 novembre 2008, n. 26946, in *Riv. not.*, 2008, pp. 226 ss.; Cass. 17 agosto 1990, n. 8335, in *Riv. not.*, 1991, pp. 517 ss., che ha ricondotto la donazione *mortis causa* al divieto di patti successori istitutivi. Più di recente, sempre in tema di divieto dei patti successori, si veda Cass. 15 luglio 2016, n. 14566, in *Riv. not.*, 2016, pp. 974 ss., relativa a un patto successorio dispositivo.

⁷¹ A. Musto, *Il profilo identitario degli strumenti alternativi al testamento: l'unità assiologica nella variabilità strutturale degli atti inter vivos con funzione successoria vietata*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, pp. 1158 ss.



458 c.c. e, dall'altra, sue deroghe espresse o ricostruite come tali: il già citato istituto del patto di famiglia; il *trust* interno, che a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 è ammesso dalla prevalente dottrina nonché giurisprudenza; l'art. 2355 *bis*, comma 3, c.c. in tema di società per azioni e l'art. 2469 c.c. in tema di società a responsabilità limitata, che, di fatto, statuiscono la legittimità di quegli accordi tra i soci che derogano il regime della libera trasferibilità *mortis causa* delle partecipazioni in società di capitali, purché con dei correttivi a tutela degli eredi.

Si precisa che auspicare un intervento legislativo in materia di patti successori non implica necessariamente la volontà di vedere negletti gli istituti testamentari. Tuttavia, è cosa nota la disaffezione della società nei confronti degli istituti testamentari⁷², e di tale dato non pare non potersi tenere conto, se è vero che la funzione preminente del diritto è quella di soddisfare i bisogni continuamente *in fieri* dei consociati. D'altronde, la stessa dottrina ha messo in luce i vantaggi derivanti dall'impiego di strumenti negoziali alternativi al testamento. Pare potersi allora auspicare un sistema del diritto successorio nel quale convivano da una parte gli istituti testamentari e, dall'altra, forme di regolazione pattizia della successione, garantendo così tutela non solo e non tanto alla libertà testamentaria, ma, più in generale alla libertà di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui si avrà cessato di vivere.

I modelli a cui guardare sono due: quello tedesco e quello francese.

È cosa nota che una delle principali differenze tra il sistema del diritto successorio italiano e quello tedesco riguarda proprio il diverso atteggiamento nei confronti dei patti successori, ammessi in Germania (*Erbvertrüg*, para 1941 e para. 2274 BGB ss.) senza limitazioni soggettive di alcuna sorta, utilizzati di sovente per consentire un più facile trapasso generazionale dell'impresa, proprio come si è cercato di fare in Italia con l'introduzione del patto di famiglia.

Altra grande differenza riguarda il testamento collettivo. Tale istituto in Italia è vietato dall'art. 589 c.c.⁷³, tanto nella forma del testamento congiuntivo, quanto in quella del testamento reciproco, in ossequio al principio di personalità⁷⁴, mentre in Germania è ammesso dai para 2265 BGB ss., che, tuttavia, lo riservava, prima della legge che ha introdotto le convivenze registrate, soltanto ai coniugi. L'istituto non conosce limitazioni formali, ben potendo un testamento collettivo rivestire la forma del testamento olografo.

La cifra distintiva tra i due istituti del testamento collettivo e del patto successorio si coglie a partire dalla struttura, rispettivamente unilaterale, ma plurisoggettiva e bilaterale. Di conseguenza, mentre il testamento collettivo è normalmente revocabile da ambo i coniugi o da ambo i conviventi, il patto successorio non è revocabile, salvo il mutuo dissenso.

⁷² F. Padovini, *Fenomeno*, cit., p. 1017, il quale riporta un'indagine relativa ai primi anni Settanta e avente come ambito territoriale la provincia di Milano, dalla quale emergeva che le successioni testamentarie oscillavano tra il 6-8%.

⁷³ Ma è altresì vietato in altri ordinamenti di tradizione romanistica quali la Francia e la Spagna.

⁷⁴ È questa, secondo l'opinione prevalente, la *ratio* del divieto. G. Capozzi, *Successioni*, cit., p. 702.



Nell'ordinamento francese, invece, i patti successori sono in linea di principio vietati (art. 722 codice civile francese). Tuttavia, nel tempo, mal conciliandosi il divieto con le mutate esigenze familiari e del mondo imprenditoriale, si è scelto di intervenire sullo stesso per via legislativa⁷⁵. Tale approdo è frutto di una lunga riflessione. Mentre, come *supra* evidenziato, nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ha cercato e cerca tuttora di arginare la portata del divieto, muovendo dalla considerazione del carattere eccezionale dell'art. 458 c.c., la giurisprudenza francese ha in un primo momento applicato il divieto in maniera ampia, attirandosi le critiche della dottrina, che ha così sollecitato un intervento legislativo. Tuttavia, il legislatore non ha optato per la mera abrogazione del divieto di patti successori. Il divieto sopravvive, ancorché incontra numerose eccezioni.

In conclusione, per quanto riguarda l'Italia, se, da una parte si auspica un netto superamento del divieto, in linea con il modello tedesco, le ultime novelle rendono più probabile nel futuro del sistema del diritto successorio italiano una erosione dello stesso per soddisfare bisogni di volta in volta individuati come meritevoli di collocazione al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 458 c.c.

5. Le tutele successorie accordate dal legislatore ai conviventi di fatto – secondo la nozione di cui all'art. 1, comma 36, della legge in commento⁷⁶ – sono decisamente più deboli rispetto a quelle riservate agli uniti civilmente. Il quadro complessivo è caratterizzato dalla frammentarietà, non essendo delineato un regime successorio organico. Questo aspetto è stato oggetto di osservazioni critiche⁷⁷: la legge non avrebbe soddisfatto le istanze della società, segnando piuttosto un punto di arresto rispetto agli approdi della dottrina, della giurisprudenza e a quanto previsto in altre proposte di legge, delineando un sistema del diritto successorio incoerente, nel quale è riconosciuta una forte tutela successoria sia al co-

⁷⁵ Per un confronto con l'ordinamento francese, nel quale il processo di erosione del divieto dei patti successori è stato avviato in tempi ben anteriori rispetto all'Italia, si rinvia a F. Padovini, *Fenomeno*, cit., p. 1025.

⁷⁶ La convivenza di fatto di cui alla legge 76/2016 va tenuta distinta dalla semplice convivenza *more uxorio* non incasellata negli scemi di cui alla legge in commento. Il regime successorio dei soggetti che hanno optato per questa forma di convivenza è stato preso in considerazione in G. Bonilini, *La successione*, cit., pp. 980 ss.

⁷⁷ C. Romano, *Unioni*, cit., p. 346; G. Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 943 ss., p. 949 (in nota 30); in M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 859 ss., p. 862, più in generale osserva che «[...] se è corretto affermare che queste coppie etero o omosessuali rifiutano le regole rispettivamente del matrimonio o dell'unione civile e che non è quindi possibile prevedere una disciplina completa ed articolata della famiglia di fatto, da tempo si è evidenziato come risponda alle esigenze della massima parte dei conviventi la ricorrenza almeno di un nucleo di disposizioni inderogabili attinenti ad alcune questioni aventi natura patrimoniale, anche a tutela del convivente economicamente più debole: sarebbe, quindi, stato opportuno - ma la nuova legge, tanto attesa da lunghi anni, tace su queste e altre questioni - [...] che si definisse una qualche attribuzione di diritto successorio almeno nei casi di stabile e duratura convivenza».



niuge separato, anche se con addebito, sia a quello divorziato, ma non anche al convivente di fatto.

Il primo dato su cui va posta l'attenzione è che, mentre con l'unione civile si acquista la qualità di legittimario, lo stesso non accade nell'ambito della convivenza di fatto.

Tale scelta non appare censurabile: non tanto perché, optando per la soluzione contraria, il legislatore avrebbe ampliato il novero dei legittimari, mentre le istanze della prevalente dottrina sono nel senso della contrazione dell'istituto della quota di legittima, quanto, piuttosto, perché la coppia eterosessuale che voglia acquistare la qualità di legittimario ben può avvalersi dell'istituto del matrimonio, mentre la coppia omosessuale che abbia la medesima intenzione può oggi contrarre un'unione civile. Inoltre, il riconoscimento di diritti di legittima ai conviventi di fatto avrebbe reso più labile il confine tra la convivenza di fatto, il matrimonio e l'unione civile, indebolendo questi ultimi due istituti.

Conseguenza di quanto messo in evidenza è che il riconoscimento di diritti successori per il convivente di fatto superstite continuerà a dipendere da quanto il convivente *de cuius* gli abbia riconosciuto con un testamento, fermo restando che le attribuzioni testamentarie in questione non potranno eccedere la quota disponibile nel caso in cui vi siano dei legittimari, esponendosi altrimenti all'azione di riduzione promossa da questi ultimi.

Quanto al trattamento fiscale, il convivente istituito erede rimane un estraneo, non beneficiando di alcuna disposizione agevolativa e ciò costituisce una delle conseguenze meno tollerabili della situazione attuale.

Non è nemmeno ipotizzabile di regolare il trattamento successorio dei conviventi di fatto nell'ambito di un contratto di convivenza regolato dalla legge 76/2016, stante il divieto di cui all'art. 458, tenuto a mente dal legislatore quando all'art. 1, comma 50, prevede che tali negozi vadano a regolare «i rapporti patrimoniali relativi alla loro [dei conviventi] vita in comune»⁷⁸. In altri testi di iniziativa legislativa, invece, si ammetteva che un contratto di convivenza potesse anche regolare la materia successoria. Si pensi, ad esempio, alla previsione contenuta nel disegno di legge n. 239 (*Introduzione nel codice civile del contratto di convivenza e solidarietà*), comunicato alla presidenza del Senato della Repubblica il 20 marzo 2013, assorbito poi dal disegno di legge che si sarebbe tradotto nella legge 76/2016, il quale mirava, tra le altre cose, a introdurre nel codice civile la seguente previsione «[l]e parti possono stabilire nel contratto che, in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre nove anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità»⁷⁹.

⁷⁸ Come rileva F. Padovini, *Il regime*, cit., p. 1817.

⁷⁹ Il mantenimento di una tale disposizione avrebbe costituito un importante passo nella direzione dai più auspicata di un superamento del divieto dei patti successori. Sul punto si rinvia alle considerazioni di G. Oberto, *La convivenza*, cit., p. 949, il quale osserva che una disposizione analoga «avrebbe posto un problema di “coerenza” con l'assenza di un'analoga previsione nei rapporti *inter coniuges*, ma avrebbe potuto comunque



Il legislatore ha dedicato particolare attenzione ai bisogni abitativi del convivente di fatto superstite; d'altronde, in precedenza, era stata proprio questa la tematica su cui si erano avute le maggiori aperture dell'ordinamento nei confronti della convivenza *more uxorio*⁸⁰.

L'art. 1, comma 42, prevede che «[s]alvo quanto previsto dall'art. 337 *sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque [...]»⁸¹. In forza di tale disposizione, dunque, al convivente superstite è riconosciuto il diritto a continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo di tempo determinato.

Si fa salvo quanto previsto dall'art. 337 *sexies* c.c., il quale regola la materia dell'assegnazione della casa familiare in caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e, per quanto qui interessa, nei procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio (art. 337 *bis* c.c.). Ivi si prevede che, nell'ambito di questi procedimenti, il godimento della casa familiare sarà attribuito dal giudice tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Pertanto, potrebbe darsi che al convivente superstite già spetti il godimento della casa familiare in forza di detta attribuzione⁸².

Quanto alla durata del diritto riconosciuto dall'art. 1, comma 42: nel caso di convivenza dalla durata inferiore ai due anni è pari a due anni; nel caso di convivenza dalla durata superiore ai due anni è pari alla durata del rapporto, ma non può eccedere i cinque anni; indipendentemente dalla durata della convivenza è pari ad almeno tre anni ove nella casa familiare abiti un figlio minore o un figlio maggiorenne, ma disabile.

Per accertare la durata della convivenza si potrebbe pensare di prendere come termine iniziale di riferimento la dichiarazione anagrafica prevista per l'accertamento della convivenza dall'art. 1, comma 37, ma sembra che si stia diffondendo la convinzione che tale dichiarazione non abbia valenza costitutiva del rapporto tra i conviventi, ma sia solo strumento privilegiato di prova dello stesso⁸³.

produrre l'effetto di un auspicabile lancio di un sasso in acque da troppo tempo stagnanti e che neppure le infelici modalità con cui l'introduzione del patto di famiglia è stata realizzata hanno saputo smuovere».

⁸⁰ C.G. Terranova, *Il diritto all'abitazione. La successione nel contratto di locazione per morte del convivente*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I., *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, *Relazioni Familiari. Matrimonio. Famiglia di fatto*, 2011, p. 1166 ss., p. 1166.

⁸¹ In proposito: F. Troncone, *Sub. Art. 1, commi 42 e 43*, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 45 ss.; V. Cianciolo, *Sub. Art. 1, commi 42-44*, in M.A. Lupoi - C. Cecchella - V. Cianciolo - V. Mazzotta (a cura di), *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge 76/2016*, Santarcangelo in Romagna, 2016, pp. 214 ss.

⁸² G. Bonilini, *La successione*, *cit.*, p. 988.

⁸³ L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2016, 1779 ss., 1786; C. Romano, *Unioni*, *cit.*, p. 342. Entrambi gli autori riprendono le osservazioni contenute in Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *www.quotidianogiuridico.it*, ove si legge che «avendo la convivenza una natura "fattuale", e, cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la di-



La dottrina⁸⁴ tende ricondurre la fattispecie nell'ambito delle c.d. *successioni anomale*. Riprendo le considerazioni svolte a proposito dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392, si potrebbe sostenere che anche tale diritto sia oggetto di attribuzione nei confronti del convivente superstite in forza di un legato di specie *ex lege*⁸⁵, il quale viene a comprimere l'autonomia testamentaria del convivente proprietario dell'immobile, proprio come normalmente accade nelle ipotesi di vocazione anomala, stante il carattere generalmente inderogabile di queste disposizioni. L'anomalia anche in questo caso dipenderebbe dal fatto che l'attribuzione del diritto al convivente superstite prescinde dalla sua chiamata alla successione a titolo di erede legittimo o testamentario, bensì riposa sul dato della convivenza protrattasi per un certo periodo.

Il diritto in questione avrebbe poi natura di diritto di abitazione, dunque di diritto reale⁸⁶, al pari del diritto di abitazione riconosciuto al coniuge dall'art. 540, II co., c.c., quest'ultimo però vitalizio e spettante a un soggetto che è legittimario.

In forza di tale diritto, il convivente superstite ha titolo per continuare ad abitare la casa familiare ove fosse di proprietà esclusiva del *de cuius*, ma deve ritenersi che possa continuare a utilizzare anche le pertinenze dell'immobile. Alla luce del tenore letterale della norma non sembrerebbe competere, invece, il diritto d'uso dei mobili che arredano la casa, ma a un risultato contrario potrebbe condurre un'interpretazione di tipo sistematico⁸⁷. Nel silenzio della norma è da discutersi se il diritto compete anche nell'ipotesi in cui l'immobile fosse in comproprietà tra il *de cuius* e un terzo, mentre pare indubbio riconoscerlo nel caso in cui l'immobile fosse in comproprietà tra i due conviventi⁸⁸.

Quanto all'oggetto del diritto di abitazione, la disposizione si riferisce alla *casa di comune residenza*, con tale espressione dovendosi intendere l'immobile scelto dai conviventi come centro del nucleo familiare da essi costituito, non potendo allora spettare su un immobile utilizzato occasionalmente⁸⁹.

Il diritto di abitazione spettante al convivente superstite si estingue innanzitutto nel caso di morte del titolare, visto che, stante il suo carattere strettamente personale, non è ipotizzabile la sua trasmissibilità *mortis causa*; viene meno anche nelle ipotesi contemplate dall'art. 1, comma 43: quando il convivente superstite cessa di abitare nella casa di comune

chiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo e ciò si ricava, oggi, dall'art. 1 comma 36 della Legge 76 del 2016, in materia di "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze". La definizione normativa che il Legislatore ha introdotto per i conviventi è scevra da ogni riferimento ad adempimenti formali [...].»

⁸⁴ F. Troncone, Sub. *Art. 1, commi 42 e 43, cit.*, pp. 45-46.

⁸⁵ F. Padovini, *Il regime, cit.*, p. 1817; C. Romano, *Unioni, cit.*, p. 344.

⁸⁶ Sostiene invece che si tratti di un diritto di obbligazione L. Lenti., *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. dir.*, 2016, pp. 931 ss., p. 939, il quale si pone altresì il problema della trascrivibilità di tale acquisto al fine di renderlo opponibile a terzi.

⁸⁷ Non ha dubbi, invece, L. Lenti, *Convivenze, cit.*, p. 939.

⁸⁸ L. Lenti, *Convivenze, cit.*, p. 939.

⁸⁹ F. Troncone, Sub. *Art. 1, commi 42 e 43, cit.*, p. 46.



residenza, quando contrae matrimonio o un'unione civile e quando instaura una nuova convivenza.

A conferma del fatto che il legislatore, nell'ambito della convivenza di fatto, ha dedicato attenzione principalmente ai bisogni abitativi del partner superstite c'è anche il comma 44 dell'art. 1, il quale prevede che «[n]ei casi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione della casa di comune residenza, il convivente di fatto ha facoltà di succedergli nel contratto».

A ben vedere, però, la disposizione non è innovativa nella parte in cui riconosce al convivente superstite il diritto di succedere nel contratto di locazione stipulato dal convivente defunto, già affermato dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 1988, n. 404⁹⁰. Pertanto, quanto alla natura di tale diritto, sembrano possano valere le considerazioni svolte con riferimento all'art. 6 della legge 27 luglio 1978, n. 392 dichiarato illegittimo, secondo cui si tratterebbe di un legato *ex lege* anomalo e, precisamente, di un legato di posizione contrattuale.

La successione nel contratto non è automatica, dal momento che il legislatore discorde di *facoltà* di succedere, avallando la tesi secondo cui si tratterebbe di un diritto potestativo del convivente superstite. Inoltre, dal momento che tale diritto ha fonte nella legge, non vi sarebbero mezzi a disposizione del locatore per impedire il subentro nel contratto di locazione: un'eventuale clausola che lo vietasse sarebbe affetta da nullità per contrasto con una norma imperativa⁹¹.

Per l'accertamento della convivenza, valgono le considerazioni svolte *supra* con riferimento al diritto di abitazione riconosciuto al convivente superstite; anche in questo caso potrà attribuirsi alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 1, comma 37, funzione meramente probatoria della convivenza.

Quanto all'oggetto del diritto, visto il riferimento contenuto nella disposizione alla *casa di comune residenza*, si ritiene che la successione sia possibile soltanto in quei contratti con cui sia stato locato dal *de cuius* l'immobile destinato a essere fulcro della vita del nucleo familiare e non anche immobili che siano destinati a un'utilizzazione saltuaria o stagionale, si pensi ad esempio alla casa vacanze.

Qualche notazione merita anche il comma 40 dell'art. 1⁹², che riconosce al convivente la facoltà di designare l'altro «quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati», oltre che «in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in ma-

⁹⁰ C. Romano, *Unioni*, cit., p. 345, rileva che la norma sarebbe innovativa soltanto limitatamente alla parte in cui riconosce il diritto di succedere nel contratto di locazione alle coppie conviventi omosessuali.

⁹¹ F. Troncone, Sub. Art. 1, comma 44, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 46 ss., p. 48.

⁹² L. Lenti, *Convivenze*, cit., p. 934 ss.; F. Troncone, Sub. Art. 1, commi 40-41, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 42 ss.



teria di salute» (lett. a) – sembrerebbe che sia stata così introdotta la figura del c.d. *fiduciario*, già prevista in altri ordinamenti⁹³ –, anche «in caso di morte, per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie» (lett. b).

In ambo i casi la designazione deve essere fatta «in forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone» (art. 1, comma 41). Dunque il legislatore si orienta per la forma scritta, ma, nei casi in cui non sia possibile procedere agli adempimenti formali richiesti dalla legge, sembrerebbe essere sufficiente una dichiarazione orale resa alla presenza di un testimone, la cui presenza, tuttavia, non si comprende in che modo potrebbe essere attestata.

Non è esplicitato se, nel caso di dichiarazione scritta, siano necessarie, oltre all'*autografa*, espressione da intendersi come olografia⁹⁴, anche la sottoscrizione e la data, ma, sembra doversi optare per la soluzione affermativa⁹⁵: la sottoscrizione costituisce il mezzo di appropriazione del documento, mentre la data appare indispensabile per valutare la capacità del soggetto al momento della redazione o per risolvere il contrasto tra più dichiarazioni di diverso contenuto.

Nel caso in cui la dichiarazione abbia i contenuti di cui alla lettera b del comma 40, si pone altresì il problema del rapporto tra la stessa ed eventuali dichiarazioni non patrimoniali contenute in un testamento in precedenza redatto dal convivente⁹⁶; addirittura potrebbe porsi un problema di discriminazione tra dichiarazione ex art. 1, comma 40, lett. b, e testamento olografo recante soltanto disposizioni di contenuto non patrimoniale⁹⁷. Potrebbe emergere un contrasto tra i contenuti di questi due documenti, dovendosi allora valutare se la dichiarazione ex art. 1, comma 40, lett. b, sia idonea a revocare le disposizioni contenute in un testamento anteriore. La delicatezza della questione ben la si coglie ove si consideri che la dichiarazione ex art. 1, comma 40, lett. b., potrebbe essere stata resa oralmente alla presenza di un solo testimone.

In conclusione, la norma, nell'apprezzabile intento di consentire al convivente di fatto di rivestire un ruolo di primo piano in momenti delicati della vita del *partner*, quale la malattia e il fine vita, oppure, dopo la morte, per le decisioni attinenti le sue spoglie, rischia di

⁹³ Ove così fosse, non si potrebbe non censurare la scelta del legislatore di introdurre nell'ambito della legge in commento un istituto che meriterebbe una regolamentazione più organica e che non dovrebbe essere appannaggio soltanto dei conviventi di fatto. Sul punto: L. Lenti, *Convivenze*, cit., p. 935, che rileva: «[...] mi sembra innegabile che in un qualche modo la nuova legge istituisca davvero un abbozzo informale di fiduciario, senza ben avvedersi della sua novità, né del fatto che non può naturalmente riguardare solo il convivente, ma qualunque persona sia indicata dal paziente, a partire dal coniuge non separato, neppure di fatto, dai figli maggiorenni, dai genitori non più esercenti la responsabilità parentale, per giungere a qualsiasi estraneo di sua fiducia. Poi però lo lascia senza regole, in particolare su quanto le indicazioni dell'interessato vincolino il designato, e su quanto le indicazioni del designato vincolino il medico».

⁹⁴ L. Lenti, *Convivenze*, cit., p. 936.

⁹⁵ F. Troncone, Sub. *Art. 1, commi 40-41*, cit., p. 43.

⁹⁶ L. Lenti, *Convivenze*, cit., p. 936.

⁹⁷ F. Troncone, Sub. *Art. 1, commi 40-41*, cit., p. 43.



creare problemi di maggiore portata di quelli che mira a risolvere. È un dato innegabile che situazioni quali la malattia o la morte di un soggetto spesso scatenino una litigiosità tra il *partner* e i parenti, in cui a essere maggiormente tutelati sono proprio questi ultimi, nonostante il legame affettivo di maggiore intensità instauratosi tra i conviventi, tuttavia la regolamentazione di tali fattispecie avrebbe meritato maggiore analiticità su aspetti quali la forma e l'efficacia della dichiarazione, oltre a un coordinamento con altre normative, quali quella in materia di consenso informato, amministrazione di sostegno, donazione di organi, cremazione, testamento.

Un'altra disposizione molto interessante, non attinente al regime successorio del convivente di fatto, ma comunque riguardante le conseguenze della morte di uno dei conviventi, è quella contenuta al comma 42 dell'art. 1, dove si prevede che «[i]n caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite». In sostanza, c'è una piena parificazione del convivente di fatto al coniuge, attuata mediante un *rinvio dinamico*⁹⁸ ai criteri elaborati dalla giurisprudenza, i quali, come noto, in materia di risarcimento del danno subiscono una continua evoluzione.

Si è innanzitutto rilevato⁹⁹ che la disposizione in esame non è innovativa, limitandosi a recepire un principio recepito ormai da decenni dalla giurisprudenza, quello secondo cui, ove ne sia fornita la prova, al convivente di fatto compete tanto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, quanto di quello non patrimoniale¹⁰⁰. Anzi, proprio in occasione

⁹⁸ M. Casola, Sub. Art. 1, comma 49, in A. Zaccaria (diretto da), *Commentario Breve al diritto della famiglia. Appendice di aggiornamento. Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, pp. 52 ss., p. 52.

⁹⁹ L. Lenti, *Convivenze*, cit., p. 941.

¹⁰⁰ Si ricorda che in passato era orientamento giurisprudenziale consolidato che il convivente *more uxorio* non fosse legittimato ad agire per chiedere il risarcimento del danno patito a seguito dell'uccisione del proprio *partner*, argomentandosi ciò a partire dal principio secondo cui c'era un danno da risarcire soltanto in presenza della lesione di un diritto. Si riteneva che il convivente di fatto, a differenza del coniuge, non fosse titolare di alcun diritto all'assistenza materiale, ma, tutt'al più, di una semplice aspettativa a ricevere un sostegno economico durante la convivenza, cui non si riconosceva rilevanza giuridica. In proposito si rinvia a Cass, 21 settembre 1981, n. 8209, in *Dir. prat. assic.*, 1982, pp. 716 ss. A segnare la svolta, secondo molti autori, è stata Cass., III Sez. Civ., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 1849 ss., dove si legge: «[t]anto l'art. 2043 c.c. che l'art. 2059 c.c., attribuiscono il diritto al risarcimento a chiunque abbia sofferto un danno a causa dell'altrui fatto ingiusto, sempre che sussista un rapporto diretto fra il danno e il fatto lesivo. L'ampiezza della formula legislativa consente di ricomprendere nell'ambito dell'obbligazione risarcitoria sia il danno subito dal soggetto verso cui è stato diretto il fatto ingiusto, sia quello che abbia risentito, in modo ugualmente immediato e diretto, sotto forma di *deminutio patrimonii* o di danno morale, eventuali altri soggetti, per i rapporti che li legano a quello immediatamente leso, *siano tali rapporti di natura familiare o parafamiliare*». Tale pronuncia è stata seguita nel corso del tempo da molteplici altre sentenze che hanno ribadito il medesimo principio. Cfr. Cass., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Foro it.*, 2006, col. 2448 ss.: «[...] il dato comune che emerge dalla legislazione vigente e dalle pronunce giurisprudenziali, è che la convivenza assume rilevanza sociale, etica e giuridica in quanto



di liti attinenti tale materia l'ordinamento ha manifestato le prime aperture al riconoscimento della rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio*.

La dottrina¹⁰¹ ha espresso perplessità in ordine alla formulazione della disposizione in quanto essa prende in considerazione soltanto la fattispecie in cui dall'illecito del terzo sia derivata la morte di uno dei conviventi, mentre trascura i casi in cui gli siano derivate delle lesioni. Il tenore letterale della disposizione, tuttavia, non è parso sufficiente per negare che, anche nei casi in cui la conseguenza dannosa non sia la morte, al convivente del soggetto leso compete il diritto al risarcimento del danno, si pensi al caso in cui ne siano derivate delle lesioni invalidanti che hanno inciso da un punto di vista esistenziale ed economico sulla posizione dell'altro convivente.

somiglia al rapporto di coniugio, anche nella continuità nel tempo. Ne consegue che colui che chiede il risarcimento dei danni derivatigli, quale vittima secondaria, dalla lesione materiale, cagionata alla persona con cui convive, dalla condotta illecita del terzo, deve dimostrare l'esistenza e la portata dell'equilibrio affettivo-patrimoniale instaurato con la medesima e perciò, per poter essere ravvisato il *vulnus* ingiusto a tale stato di fatto, deve essere dimostrata l'esistenza e la durata di una comunanza di vita e di affetti, con vicendevole assistenza materiale e morale, non essendo a tal fine sufficiente la prova di una relazione amorosa [...]»; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, in www.personaedanno.it: «[d]a tempo questa Corte ha ammesso che il diritto al risarcimento da fatto illecito concretatosi in un evento mortale va riconosciuto (con riguardo sia al danno morale, sia a quello patrimoniale, che presuppone, peraltro, la prova di uno stabile contributo economico apportato, in vita dal defunto al danneggiato) anche al convivente *more uxorio* del defunto stesso, quando risulti concretamente dimostrata siffatta relazione caratterizzata da tendenziale stabilità e da mutua assistenza morale e materiale [...]». Per un approfondimento su tale tematica e per maggiori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a: C.G. Terranova, *La rilevanza esterna. Morte del convivente: premessa*, in P. Zatti P. (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I., *Famiglia e matrimonio*, Tomo I, *Relazioni Familiari. Matrimonio. Famiglia di fatto*, 2011, p. 1177 ss.; V. Ianni, *Coppie*, *cit.*, pp. 71 ss.; D. Riccio, *La famiglia*, *cit.*, pp. 549 ss.

¹⁰¹ L. Lenti, *Convivenze*, *cit.*, p. 941; M. Casola, Sub. *Art. 1, comma 49*, *cit.*, p. 53.



NOTE E COMMENTI

L'ANATOCISMO: TRA COMPARAZIONE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

CARMINE LAZZARO

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le origini della questione. 3. L'ondivago *excursus* giurisprudenziale e legislativo. 4. La disciplina italo-spagnola vigente: problematiche attuali. 5. Considerazioni conclusive.

1. La tematica dei rapporti tra banche e clienti si è sviluppata lungo due sentieri paralleli ed accidentati, reciprocamente collegati: da un lato, la magmatica produzione giurisprudenziale sull'argomento; dall'altro, gli interventi legislativi "a macchia di leopardo"¹. Questi ultimi, in particolare, hanno ingenerato nell'operatore del diritto innumerevoli dubbi interpretativi e/o applicativi.

Si tratta, infatti, di provvedimenti sibillini e poco organici, frutto di logiche diverse (ed a volte contrastanti tra loro), poiché, sebbene si ispirino ad una filosofia liberale, producono l'effetto immediato e consequenziale di accentuare l'intervento pubblico nel sistema bancario attraverso l'imposizione di regolamentazioni di carattere eteronomo²; con l'intento, neanche troppo celato, di "frenare" l'autonomia degli intermediari creditizi in un'ottica di tutela dei soggetti "deboli" fruitori dei servizi³, onde assicurare una corretta gestione delle relative operazioni⁴, affinché l'autonomia negoziale non diventi "vuota formula"⁵ priva di qualsivoglia valenza pratica.

¹ V. M. SESTA, *L'anatocismo bancario tra interventi legislativi e nuovi dubbi di legittimità costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2011, 6, 745 ss.

² Sul punto v. G. GABRIELLI, *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1977, 295.

³ Calzanti sull'argomento le osservazioni di A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, *Introduzione* al Convegno di Studio in onore del prof. Angelo Falzea (Messina, 4-7 giugno 2002), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, già in *Atti* (a cura di V. Scalisi), Milano, 2004, 17 ss., ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. III Scritti d'occasione*, Milano, 2010, 389 ss., 412, ove si afferma che «L'economia della globalizzazione, incentrata sulla dialettica imprese-consumatori, riproduce in termini diversi ma con aspetti similari, la problematicità delle precedenti dialettiche, dovuta allo squilibrio, in termini di rapporti di forza, tra i protagonisti delle categorie umane ed economiche a confronto. Alla debolezza dei lavoratori rispetto ai padroni capitalisti ed a quella delle imprese rispetto allo Stato dirigista fa riscontro, nel regime della globalizzazione, la debolezza dei consumatori rispetto alle imprese produttive di beni e di servizi. Mentre la globalità non aggiunge potenza alla individualità dei fruitori dei beni e dei servizi, ingigantisce la potenza delle imprese di produzione».

⁴ Per un quadro generale sul punto v. A. MIRONE, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 3, 264 ss.



La disciplina di settore, quindi, continua ad oscillare come un pendolo tra esigenze di efficienza del mercato e ragioni di salvaguardia dei clienti⁶.

Il continuo succedersi di interventi legislativi non favorisce di certo il superamento dell'attuale *deficit* di tutela dei clienti (né del corretto funzionamento del mercato), aggravando, ove fosse possibile, la frammentarietà dell'attuale normativa, al momento difficilmente riconducibile ad una logica unitaria.

Poche disposizioni di legge hanno avuto vita tribolata come l'art. 120 T.U.B., il quale ha subito, nell'arco di un decennio, ben quattro riforme in tema di anatocismo⁷.

La finalità della scarna disciplina codicistica in materia di anatocismo (art. 1283 c.c., avente natura eccezionale⁸), chiaramente improntata al *favor debitoris*, è quella di coniugare il naturale principio della fruttuosità del denaro (art. 1282, co. 1, c.c.) con l'esigenza di evitare fenomeni usurari⁹. Meta ideale del legislatore, quindi, sarebbe quella di ridurre gli effetti del meccanismo anatocistico, ritenuto pericoloso, poiché impedisce al debitore di preordinarsi *ex ante*, con certezza, una agevole valutazione dell'ammontare esatto del suo debito e dei suoi eventuali incrementi¹⁰.

L'anatocismo è stato da sempre visto con sospetto dal legislatore che ha tentato di contingentarne gli ambiti applicativi attraverso l'individuazione di alcune condizioni inde-rognabili¹¹.

⁵ In tal senso, cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 395.

⁶ Sul punto si rinvia alle osservazioni di R. ALESSI, *Squilibrio negoziale e interventi normativi nei contratti bancari*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, (a cura di G. Vettori), Padova, 2002, 373 ss. V. anche A. STILO, *La tutela del cliente nei confronti dell'istituto di credito, con particolare riferimento alle questioni in materia di anatocismo*, in *Giur. mer.*, 11/2013, 2280 ss.

⁷ Il termine anatocismo è di origine greca (deriva dall'unione delle parole *ανα*, che vuol dire "di nuovo" o "sopra", e *τοκος*, che significa "frutto" o "prodotto" o "interesse") ed esprime il concetto della produzione di interessi sugli interessi, oggetto sin dai tempi remoti di norme restrittive, volte a tutelare il debitore nei confronti di un meccanismo insidioso che comporta un rapido ed, a volte, pesante incremento della somma dovuta.

⁸ In tal senso Cass. civ., sez. I, 27 giugno 2017, n. 15944, in *Giust. civ. mass.*, 2017, ove si evidenzia che «L'art. 1283 c.c., che, in materia di obbligazioni pecuniarie, ammette l'anatocismo, non enuncia un principio di carattere generale, valido per ogni specie di obbligazione, ma ha carattere eccezionale, sicché non è estensibile ai debiti di valore, quali quelli derivanti da responsabilità aquiliana. (Fattispecie relativa al risarcimento dei danni subiti dal proprietario di un fondo in conseguenza dell'illegittima occupazione da parte di un concessionario)».

In senso conforme, Cass. Civ., sez. III, 05 dicembre 2014, n. 25729, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

⁹ In tema di usura bancaria si rinvia a M. SEMERARO, *Usura bancaria e regole del mercato del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 2, 207 ss.

¹⁰ Per un quadro generale della problematica si rinvia a C. COLOMBO, *L'anatocismo*, Milano, 2007, 1 ss.

¹¹ Per maggiori approfondimenti sull'argomento, cfr. A. RICCIO, *L'anatocismo*, Padova, 2002, 1 ss. V. anche P. FERRO-LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 5 ss.



In primis, l'art. 1283 c.c., infatti, ha previsto che gli "interessi scaduti" possano produrre interessi solo dopo che siano trascorsi quantomeno sei mesi.

Sembra che il legislatore abbia deciso di individuare uno specifico *dies a quo* a partire dal quale gli interessi (semplici) possano produrre ulteriori interessi, come se si trattasse di una quantità minima di denaro che deve accumularsi a titolo di interessi semplici affinché possano germinare nuovi interessi¹².

In secondo luogo, ha sottoposto l'applicabilità di questa disposizione ad un ulteriore requisito, la necessità che si sia alternativamente in presenza o di una convenzione tra creditore e debitore avente ad oggetto il pagamento dell'interesse composto oppure di una domanda giudiziale posta in essere al fine di ottenere il medesimo interesse¹³.

Nonostante la stringente normativa codicistica, la prassi bancaria riuscì "ad imporre" una deroga che consentiva, in base alle cd. norme bancarie uniformi del 1951, unilateralmente considerate usi normativi, la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del cliente ed annuale di quelli a credito¹⁴.

2. Le due pronunce coeve della Suprema Corte¹⁵ configurano una cesura rispetto al passato, stravolgendo dogmi considerati un tempo intangibili¹⁶.

12 V. Cass. civ., sez. I, 18 gennaio 2017, n. 1164, in *Guida al dir.*, 2017, 13, 71, in cui la S.C. afferma che «La condanna al pagamento degli interessi anatocistici presuppone che si tratti di interessi accumulatisi per almeno sei mesi alla data della domanda e che la parte cui l'effetto di capitalizzazione giova li chieda in giudizio con una domanda specificamente rivolta ad ottenere la condanna al pagamento di quegli interessi che gli interessi già scaduti, ovvero sia il corrispondente capitale, da tale momento in poi produrranno». In proposito, cfr. anche P. PARDOLESI, *Obbligazioni pecuniarie, anatocismo e clausola penale: un rapporto controverso?*, in *Danno resp.*, 4/2003, 383 ss., 385.

13 Con riferimento ai tre "elementi di fatto all'accadere dei quali il legislatore consente l'anatocismo" (e, più precisamente: "che si tratti di interessi dovuti per almeno sei mesi; che siano chiesti con domanda giudiziale o che esista una convenzione posteriore alla loro scadenza") di cui all'art. 1283 c.c., cfr. V. BARBA, *Interessi dovuti per effetto dell'inderogabile divieto di anatocismo*, in *Obbl. contr.*, 6/2009, 535 ss., 545, il quale fa notare che «Il primo è comune, mentre gli altri due alternativi. Quella scrutata è, dunque, norma con fattispecie complessa e alternativa. Complessa, perché consta di più fatti. Alternativa, perché due di essi non devono concorrere».

14 V. A. PAVONE LA ROSA, *Gli usi bancari*, in *Le operazioni bancarie*, (a cura di G.B. Portale), Milano, I, 1978, 32.

15 Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, ove si evidenzia che «La previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario, concernente la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi»; e Cass. civ., sez. I, 30 marzo 1999, n. 3096, in cui la S.C. ribadisce che «La capitalizzazione trimestrale degli interessi da parte della banca sui saldi di conto corrente passivi per il cliente non costituisce un uso normativo, ma un uso negoziale, essendo stata tale diversa periodicità della capitalizzazione (più breve rispetto a quella annuale applicata a favore del cliente sui saldi di conto corrente per lui attivi alla fine di ciascun anno solare) adottata per la prima volta in via generale su iniziativa dell'ABI nel 1952 e non essendo connotata la reiterazione del comportamento dalla "opinio iuris ac necessitatis"», entrambe in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, 649, con nota di M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*,



La Cassazione afferma, da un lato, la derogabilità dell'art. 1283 c.c. solo ad opera di usi normativi e, dall'altro, per quello che rileva in questa sede, sancisce la natura meramente negoziale degli usi relativi alla contabilizzazione degli interessi nelle operazioni bancarie. Le due sentenze, dichiarando la nullità della convenzione anatocistica¹⁷, mettono in crisi, quindi, una prassi cristallizzata per oltre mezzo secolo, che dava per ammessa l'esistenza di usi contrari rispetto alla previsione dell'art. 1283 c.c.¹⁸.

La indubbia rilevanza dell'intervento giurisprudenziale e la necessità di fare chiarezza in una materia oggettivamente delicata (unite, probabilmente, alla volontà di sottrarre le banche alla "spada di Damocle" di dover restituire a chi ne avesse fatto richiesta, e nei limiti della prescrizione decennale, gli interessi già riscossi e non dovuti per violazione dell'art. 1283 c.c.) spingono il legislatore ad intervenire direttamente sul Testo Unico Bancario. L'art. 25 d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, aggiunge due commi all'art. 120 T.U.B.: con il primo, viene riconosciuta la piena legittimità dell'anatocismo bancario, affidando al Comitato Interministeriale per il Credito e Risparmio (che interverrà con la deliberazione 9 febbraio 2000) il compito di stabilire "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio di attività bancaria", con l'unico limite di assicurare nelle operazioni in conto corrente la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori; con il secondo, viene dettato un regime transitorio che fa salve tutte le clausole relative agli interessi sugli interessi contenute nei contratti stipulati anteriormente alla deli-

16 In tal senso, C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, in AA.VV., *I contratti bancari* (a cura di E. Capobianco), Utet, Milanofiori Assago (MI), 2016, 433 ss., 472, ove si afferma che «[...] ci pare pertanto di poter affermare che la S.C., con le sentenze in esame, abbia essenzialmente inteso perseguire, nella latitanza del legislatore, alcune istanze di politica del diritto (prima tra tutte: l'esigenza di uniformare i periodi di conteggio degli interessi), anche a discapito della propria funzione istituzionalmente nomofilattica: bersaglio (nemmeno troppo nascosto) dell'operazione de qua sono gli usi, comunque definiti, ritenuti inidonei a regolare una materia, rispetto alla quale veniva avvertita da più parti [...] un'esigenza di regolamentazione eteronoma, in funzione protettiva degli interessi di chi, non essendo in grado di incidere sulla formazione delle regole del gioco, è ritenuto bisognoso della tutela della legge».

17 Sul punto merita di essere citata la ricostruzione di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: verso un «revirement» della Cassazione?*, in *Contr.*, 5/1999, 446, il quale precisa che «[...] la nullità non investe l'intera convenzione anatocistica anteriore alla scadenza: perché le decisioni qui annotate hanno anzi ribadito che sussistono "usi contrari" che prevedono l'anatocismo in relazione a interessi non scaduti con capitalizzazione semestrale. La nullità investe dunque solo la capitalizzazione trimestrale: e così la convenzione anatocistica rimane valida, ma la capitalizzazione sarà semestrale».

18 Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a C. TRAPUZZANO, *Anatocismo bancario*, in *Giur. mer.*, 2010, 2, 561 ss. V. anche C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., 485, nt. 138, il quale, con riferimento agli "usi contrari" di cui all'art. 1283 c.c. (individuati nelle norme bancarie unitarie), afferma che «[...] hanno definitivamente perso ogni valenza, tanto che potrebbe addirittura ritenersi implicitamente abrogato l'incipit dell'art. 1283 c.c.: ci si chiede, infatti, quale significato possa mantenere il rinvio agli usi, quando questi ultimi sono definitivamente usciti di scena nell'unico settore economico in cui, in oltre cinquanta anni di esperienza giurisprudenziale, ne era stata affermata l'operatività».



bera CICR di cui sopra¹⁹. Sull'argomento interviene la Consulta, la quale dichiara l'illegittimità costituzionale di quest'ultima disposizione per violazione dell'art. 76 Cost.²⁰.

Si apre, così, uno scenario caotico, risultante da un'aspra lotta tra gruppi di potere, in un'ottica di *reductio ad unum*, una sorta di processo di sintesi di interessi diametralmente opposti (banca/correntista), che vedrà susseguirsi orientamenti dottrinali divergenti, pronunce giurisprudenziali difformi e, cosa ben più grave, interventi legislativi affrettati e/o volutamente ambigui, volti alla tutela di interessi di parte.

3. La ricostruzione della Cassazione anteriore al 2000 viene confermata da numerosi provvedimenti successivi²¹, fino a ricevere nel 2004 l'avallo delle Sezioni Unite che escludono la legittimità di qualsiasi riferimento agli usi normativi anche nel periodo antecedente al *revirement* del 1999, con l'effetto di rendere illegittimi, come tali non dovuti e, dunque, ripetibili *ex art.* 2033 cc, gli interessi sugli interessi capitalizzati trimestralmente²², anche se conformi a clausole contrattuali stipulate in epoca precedente al nuovo orientamento giurisprudenziale²³.

Negli anni successivi, pertanto, il contenzioso si concentra sul problema della decorrenza del termine prescrizione per la ripetizione degli interessi anatocistici indebitamente corrisposti dai clienti.

Il dubbio verteva, essenzialmente, sul *dies a quo* per il calcolo della prescrizione, se dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, o dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati, a dimostrazione del fatto che il problema dell'anatocismo bancario,

¹⁹ Cfr. D. MAFFEIS, *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi da parte del cliente*, in *Contr.*, 4/2001, 406 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Giur. comm.*, 2001, II, 179, ove si rileva che «È fondata la q.l.c. dell'art. 25 comma 3 d.lg. 4 agosto 1999 n. 342, in riferimento all'art. 76 cost. nel senso che è da escludersi che la legge delega permettesse l'emanazione di una disciplina speciale di sanatoria delle clausole anatocistiche dei contratti bancari e che predisponesse per la loro validità».

²¹ Per maggiori approfondimenti, cfr. F. AGNINO, *Anatocismo: tra divieti consolidati e questioni ancora dibattute*, in *Corr. Giur.*, 2011, 12, 1706.

²² V. Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Riv. dott. comm.*, 2005, 7/8/9, II, 163, ove si evidenzia che «L'uso di annotare con cadenza trimestrale gli interessi a debito del correntista è un uso meramente negoziale e non normativo e, come tale, risulta inidoneo a derogare al disposto dell'art. 1283 c.c., anche con riferimento al periodo anteriore alle decisioni con cui la Corte di cassazione ha accertato, in difformità rispetto all'orientamento sino ad allora seguito, l'inesistenza di tale uso normativo, difettandone anche in relazione a tale epoca i presupposti». In senso conforme anche Cassazione civile, sez. I, 14 maggio 2005, n. 10127, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 7/8/9, II, 163.

²³ Bisogna rilevare, comunque, in questa sede che non mancarono voci discordanti sul punto, tant'è che ci si interrogò sull'esistenza (o meno) di un legittimo affidamento delle banche sull'interpretazione giurisprudenziale uniforme che ammetteva l'anatocismo *ante* 1999; per maggiori approfondimenti v. G. GRASSO, *Cassazione, anatocismo e istituti di credito: possono le banche vantare un legittimo affidamento sull'interpretazione uniforme della Suprema Corte di Cassazione?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 61 ss.



lungi dall'essere risolto, covava semplicemente sotto la cenere, aspettando l'occasione per infiammare nuove *querelles* interpretative²⁴.

La soluzione della problematica *de qua*, evidentemente, non è di poco momento, producendo conseguenze pesanti in termini di esborsi economici per gli Istituti bancari a favore dei correntisti lesi²⁵.

Secondo l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza il *dies a quo* coinciderebbe non con i singoli pagamenti (o addebiti in conto) degli interessi, bensì con la data di chiusura del conto corrente, giacché solo in tale momento si definirebbero i rapporti di credito o debito tra le parti, “*trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi*”²⁶.

Merita un cenno, però, l'orientamento dottrinale incline ad escludere la stessa possibilità del configurarsi del fenomeno dell'anatocismo nel conto corrente bancario²⁷. Questo filone di pensiero sottolinea come il diritto alla ripetizione dell'indebito sia esercitabile dal cliente anche nel corso del rapporto, poiché nel conto corrente bancario il saldo sarebbe sempre disponibile e l'effettiva valutazione dei rapporti di dare/avere tra le parti non dovrebbe essere rinviata al momento della chiusura del conto. Quindi, secondo i sostenitori di questa tesi, l'annotazione su conto nel rapporto tra banca e correntista produrrebbe una “immediata modifica del saldo disponibile” e, dunque, di quella quantità di moneta di cui il cliente “può disporre in qualsiasi momento” (art. 1852 c.c.)²⁸. «*Con allora la conseguenza che — nei rapporti tra banca e cliente — l'annotazione sul conto equivale a pagamento, estinguendo, a seconda dei casi, tanto l'eventuale debito della banca, quanto quello del cliente*»²⁹.

²⁴ Per maggiori approfondimenti sull'argomento si rimanda a U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2011, 400 ss.

²⁵ Per un quadro generale cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. mer.*, 5, 2011, 1172 ss.

²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Giust. civ.*, 2011, 9, I, 2066, ove si precisa che «*L'azione di ripetizione di indebitto, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebitto, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del “solvens” con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell’“accipiens”*». V. anche Cass. civ., sez. I, 24 maggio 2016, n. 10713, in *Giust. civ. mass.*, 2016.

²⁷ Sull'argomento v. P. FERRO-LUZZI, *Dell'anatocismo; del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 2, 201 ss.

²⁸ In tal senso U. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie «anatocismo» nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2005, II, 17 ss., 21.

²⁹ Cfr. U. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie «anatocismo» nel conto corrente bancario*, *cit.*, 21.



Seguendo tale ricostruzione, ne conseguirebbe che il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito pagamento dovrebbe essere individuato nel giorno dell'annotazione (e non nella chiusura dello stesso, configurandosi l'annotazione come un pagamento e non come una mera operazione contabile). Ciò che assume decisiva rilevanza è quindi il momento in cui si verifichi effettivamente il "pagamento", al fine di comprendere sia il *quantum* sia il *dies a quo* per l'esperimento dell'azione ex art. 2033 c.c.³⁰.

Sul punto, comunque la S.C. sembra ormai essersi attestata su posizioni consolidate che individuano il *dies a quo* non nella data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, "[...] *ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione*"³¹.

Può capitare, infatti, che un versamento in denaro a copertura di precedenti annotazioni a debito non integri gli estremi di un pagamento³². Questo accade quando il versamento confluisce su un conto corrente a cui accede una formale apertura di credito bancario, in forza della quale la banca si obbliga a tenere a disposizione del cliente una specifica somma di denaro. Una situazione debitoria entro i limiti del fido e la regolazione in conto corrente del rapporto, quindi, attribuiscono a ciascun versamento funzione ripristinatoria della provvista messa a disposizione del cliente attraverso l'apertura di credito³³. L'esistenza

³⁰ Sull'argomento cfr. V. PANDOLFINI, *Anatocismo bancario: le questioni ancora aperte*, in *Contr.*, 7/2005, 713 ss., 714, il quale afferma che "D'altra parte, è senz'altro da escludersi la tesi, avanzata da isolata dottrina, secondo cui l'azione volta a conseguire la ripetizione degli interessi anatocistici, ex art. 2033 Codice civile, configurerebbe un abuso del relativo diritto da parte del cliente; come è stato, infatti, efficacemente osservato, il correntista il quale eserciti un'azione di ripetizione sulla base dell'accertamento della nullità della clausola anatocistica «non abusa, bensì usa lo strumento della ripetizione dell'indebito esattamente per la ragione per la quale il legislatore lo ha previsto e disciplinato»". *Contra* F. ANGELONI, *La ripetizione degli interessi anatocistici corrisposti sulla base di apposite clausole contrattuali anteriormente al mutamento di indirizzo della Suprema Corte che ne sanciva la legittimità*, in *Contr. impresa*, 2000, 172 ss., per il quale il correntista userebbe tale rimedio per scopi diversi da quelli per cui esso è assegnato dall'ordinamento, andando, vieppiù, *contra factum proprium*, in violazione del principio di correttezza previsto dall'art. 1175 c.c.

³¹ V. Cass. civ., sez. I, 7 febbraio 2017, n. 3190, in *Dir. e Giust.*, 8 febbraio 2017, con nota di I. PIETROLETTI, Gli interessi passivi possono essere richiesti alla banca entro 10 anni dalla chiusura del conto, in cui la S.C. recita testualmente: «L'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del solvens con conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'accipiens».

³² Cfr. P. BONTEMPI, *L'anatocismo bancario torna di attualità*, in *NGCC*, 2011, I, 297 ss., 298.

³³ In proposito v. P. BONTEMPI, *Si fanno sempre più stringenti gli oneri a carico del correntista che agisce per la ripetizione di indebito*, in *NGCC*, 2013, I, 501 ss., 504, «Non basta però neppure l'esecuzione di un mero versamento per



di una situazione giuridica soggettiva passiva di obbligo della banca (di tenere a disposizione detta provvista) - cui fa da contraltare, un contrapposto diritto del cliente all'utilizzo reiterato (entro i limiti prefissati) del credito concesso - non permette al passivo maturato di generare un credito liquido ed esigibile a favore della banca, la quale non può chiederne il rientro, se non dopo aver revocato il fido concesso³⁴.

Le S.U. concentrano l'attenzione sul concetto di pagamento effettivo, spostando in avanti il *dies a quo* e precisando che l'azione di ripetizione di indebito oggettivo non è configurabile se riferita ad una semplice annotazione contabile a debito, a cui non faccia seguito un versamento di natura solutoria da parte del correntista a definitiva copertura del debito stesso³⁵. Si tratta di un ragionamento analogo a quello seguito dalla S.C., in materia fallimentare, e, più precisamente, in tema di operazioni bilanciate, ove si distingue tra versa-

configurare un pagamento ripetibile. Anche un versamento in denaro a copertura di precedenti annotazioni a debito può infatti non integrare gli estremi di un pagamento. Questo accade quando il versamento confluisce su un conto corrente a cui accede una formale apertura di credito bancario, in forza della quale la banca è obbligata a tenere a disposizione del cliente una data somma di denaro (art. 1842 cod. civ.). Infatti, l'esistenza di una situazione debitoria entro i limiti del fido e la regolazione in conto corrente del rapporto attribuiscono a ciascun versamento la sola funzione di ripristinare la provvista messa a disposizione del cliente attraverso l'apertura di credito. L'esistenza di un obbligo della banca di tenere a disposizione detta provvista e di un contrapposto diritto del cliente all'utilizzo ripetuto del credito concesso impediscono che il passivo maturato generi un credito liquido ed esigibile a favore della banca, la quale non può chiedere il rientro se non dopo aver revocato il fido concesso. Occorre allora distinguere tra versamenti confluiti in un conto corrente con saldo passivo (cioè con saldo negativo, ma entro il limite dell'affidamento) e rimesse operate invece in conto corrente scoperto (cioè con saldo negativo oltre il limite dell'affidamento o con saldo negativo su un conto corrente privo di affidamento). Solo nel caso di conto scoperto tutti i versamenti diretti a riportare il saldo entro i limiti del fido hanno natura di pagamenti».

³⁴ Occorre allora distinguere tra versamenti confluiti in un conto corrente con saldo passivo (cioè con saldo negativo, ma entro il limite dell'affidamento) e rimesse operate invece in conto corrente scoperto (cioè con saldo negativo oltre il limite dell'affidamento o con saldo negativo su un conto corrente privo di affidamento). Nel caso di conto scoperto, il superamento del limite di disponibilità riconosciuto al cliente dalla banca fa sorgere in capo a quest'ultima un diritto di credito liquido ed esigibile alla restituzione delle somme corrispondenti allo sconfinamento e comporta che tutti i versamenti diretti a riportare il saldo entro i limiti del fido hanno natura di pagamenti. Diversamente le rimesse che confluiscono su un conto semplicemente passivo hanno la funzione di ripristinare quella disponibilità di cui il cliente usufruisce nell'apertura di credito in conto corrente. In tal senso Cass. civ., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, *cit.* anche in *Resp. civ. prev.*, 2011, 4, 804, ove si sottolinea che «Tutte le volte in cui i versamenti in conto non superino il passivo ed in particolare il limite dell'affidamento concesso al cliente si tratterà di atti ripristinatori della provvista, della quale il correntista può ancora continuare a godere, e non di pagamenti. In questi casi il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente, a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente, decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi».

³⁵ Sull'argomento cfr. V. FARINA, *La ricostruzione giudiziaria del rapporto di conto corrente*, in *Obbl. Contr.*, 11/2012, 777 ss., 783-784, ove si precisa che «[...] parrebbe inammissibile, prima che infondata, solo la domanda formulata in corso di rapporto di apertura di credito in conto corrente con la quale si richieda la restituzione di versamenti effettuati per il ripristino della disponibilità concessa con l'affidamento. Difetterebbe in questi casi la titolarità del diritto al momento della proposizione della domanda, in quanto il versamento in parola non è un pagamento, ma integra un mero «versamento», espressione di quella c.d. «elasticità di cassa», tipica della fisiologia del rapporto di apertura di credito in conto corrente».



menti con funzione ripristinatoria della provvista e versamenti con natura solutoria, come tali revocabili ai sensi dell'art. 67 l. fall. per il loro valore estintivo del credito della banca³⁶.

Il legislatore, evidentemente "allarmato" dall'orientamento giurisprudenziale suddetto, a pochi giorni dalla pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite (!), si affretta ad emanare, tramite una tecnica legislativa ed un *modus operandi* davvero criticabili, l'art. 2, co. 61, d.l. 29.12.2010, n. 225 (cd. «decreto mille proroghe»), convertito in l. n. 10/2011³⁷. L'allora "Governo tecnico" tenta, quindi, senza alcuna "reale" giustificazione pratica, di garantire un salvacondotto alle banche per uscire dalla difficile temperie storica, col tentativo di equiparare l'«annotazione», sia pur a fini prescizionali, al pagamento.

Evidentemente, la Consulta non resta inerme davanti ad un siffatto colpo di mano ed, innanzi alle numerose eccezioni di incostituzionalità, dichiara l'illegittimità costituzionale del comma 61 dell'art. 2 Decreto Milleproroghe³⁸.

³⁶ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 30 marzo 2010, n. 7734, in *Dir. Giust. online*, 2010, la quale afferma che «In sede di revocatoria fallimentare, spetta alla banca l'onere di provare che esisteva un accordo col cliente per attribuire ai futuri versamenti la funzione di provvista per successivi ordini di pagamento e prelievi. In mancanza di tale prova, infatti, i versamenti conservano in linea generale la natura solutoria e sono revocabili ai sensi dell'art. 67 l. fall., avendo valore estintivo del credito della banca, ancorché da essa non richiesto e meramente accettato, come ogni rimessa a fronte di conti privi di affidamento o in quel momento scoperti». V. anche Cass. civ., sez. I, 26 gennaio 2011, n. 1834, in *Giust. civ.*, 2012, 4, I, 1088, ove la S.C. evidenzia che «In tema di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario affluite su un conto scoperto, per potersene escludere la dichiarazione di inefficacia, in quanto dipendenti da operazioni bilanciate, è necessario il venir meno della funzione solutoria delle stesse, in virtù di accordi intercorsi tra il "solvens e l'accipiens", che le abbiano destinate a costituire la provvista di coeve o prossime operazioni di pagamenti o prelievi mirati in favore di terzi o del cliente stesso, in modo tale da poter negare che la banca abbia beneficiato dell'operazione sia prima, all'atto della rimessa, sia dopo, all'atto del suo impiego; la prova dell'esistenza dei predetti accordi, che giovino a caratterizzare la rimessa, piuttosto che come operazione di rientro, come una specifica provvista per una operazione speculare a debito, in relazione ad un ordine ricevuto ed accettato o ad una incontestata manifestazione di volontà, ove non derivi da un atto scritto, può anche essere desunta da "facta concludentia", purché la specularità tra le operazioni ne evidenzi con certezza lo stretto collegamento negoziale». Cfr. sull'argomento Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6789, in *Guida al diritto*, 2012, 23, 63, ove si precisa che «Le rimesse in conto corrente in tanto sono revocabili, ai sensi dell'art. 67 l. fall., in quanto all'atto della rimessa il conto risulti scoperto, per tale dovendosi ritenere sia il conto non assistito da apertura di credito che presenti un saldo a debito del cliente, sia quello in cui si sia verificato uno sconfinamento dal fido convenzionalmente accordato al correntista, con la conseguenza che, per valutare il carattere solutorio o ripristinatorio della rimessa, occorre riferirsi al saldo disponibile nel momento della singola rimessa, il quale non coincide necessariamente né con il saldo per valuta, né con quello contabile delle operazioni risultanti dall'estratto conto». In senso analogo, cfr. Cass. civ., sez. I, 30 maggio 2008, n. 14552, in *Guida al diritto*, 2008, 39, 73 (s.m), Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2006, n. 19941, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 10 e Cass. 9 luglio 2005 n. 14470, in *Giur. comm.*, 2006, II, 1015.

³⁷ Il comma suddetto testualmente recita(va): «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge». Per un quadro generale sui problemi sollevati dall'art. 2 comma 61 della l. n. 10 del 2011 e sulle ordinanze di rimessione alla Consulta, v. A. STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *Contr.*, 6/2011, 629 ss., 633 ss.

³⁸ Cfr. Corte Costituzionale, 05/04/2012, n. 78, in *Giur. comm.*, 2012, 6, II, 1176, ove la Consulta afferma: «Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, prima parte del d.l. 29 dicembre 2010 n. 225, conv., con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2011 n. 10, secondo cui in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art.



L'intervento della Consulta portò alla "reviviscenza" della ricostruzione interpretativa suggerita dalle Sezioni Unite secondo la quale l'annotazione «in nessun modo si risolve in un pagamento», in quanto «non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca»³⁹.

Interviene nuovamente il legislatore con la legge di stabilità 2014 (l. 27 dicembre 2013, n. 147), ove vengono individuati due distinti limiti al calcolo degli interessi che dovranno essere osservati dalla disciplina tecnica, adottata in via secondaria dal CICR⁴⁰.

Il primo limite (art. 120 co. 2. lett. a) T.U.B.) impone, nelle operazioni in conto corrente, "la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori", ribadendo quel divieto del "doppio binario" che aveva invece caratterizzato fino al 1999 la prassi precedente e la cui legittimità era stata esclusa ad opera dell'art. 25 d.lgs. 342/1999.

Il secondo (art. 120 co. 2 lett. B) T.U.B.) afferma che "gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

L'inversione di prospettiva rispetto alla disciplina previgente è radicale: se infatti la precedente versione dell'art. 120 T.U.B., derogando alla disposizione generale del codice civile (che riconosce il diritto agli "interessi sugli interessi" solo entro limiti ben precisi) dava legittimità alla prassi anatocistica (ed affidava alla disciplina secondaria il compito di definirne i contorni applicativi), il nuovo art. 120 co. 2 ne sancisce, invece, l'assoluta illegittimità, ponendo il divieto di produzione di interessi sugli interessi come principio generale inderogabile in ambito bancario, indipendentemente dalla norma generale di cui all'art. 1283

2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. Infatti la disposizione si autoqualifica di interpretazione e, dunque, spiega efficacia retroattiva, mentre il divieto di retroattività della legge (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale), costituisce valore fondamentale di civiltà giuridica, pur non ricevendo nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 cost.; mentre la norma censurata lede il canone generale della ragionevolezza delle norme (art. 3 cost.). Infatti essa è intervenuta sull'art. 2935 c.c. in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente si era ormai formato un orientamento nettamente maggioritario in giurisprudenza, che aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il "dies a quo" per il decorso del suddetto termine. La norma è costituzionalmente illegittima anche per violazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia. Nel caso in esame non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall'art. 117, comma 1, cost., in relazione all'art. 6 della convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo».

³⁹ A ciò consegue che il correntista non potrà però agire mai «per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo».

⁴⁰ Per un quadro generale si rinvia a M. VILLANI, *L'anatocismo nei contratti bancari*, in *Anatocismo e usura nei contratti bancari*, (a cura di A. Izzo), Milano, 2016, 12 ss.



c.c.⁴¹. Finalmente il legislatore propende per una scelta di campo che garantisce una rottura netta col passato⁴².

Né appaiono condivisibili le obiezioni di autorevole dottrina che nega l'immediata applicazione della riforma *de qua* in assenza della normativa secondaria (delibera C.I.C.R., a cui rinvia l'art. 120, co. 2, T.U.B. per “*stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria*”⁴³), criticando l'infelice espressione interessi “*periodicamente capitalizzati*”, che renderebbe il testo normativo *prima facie* contraddittorio⁴⁴.

In realtà, appare lapalissiana la *ratio legis* volta a “defenestrare” dal sistema giuridico, in via definitiva, gli interessi anatocistici, per cui il termine capitalizzazione andrebbe inteso in senso improprio come contabilizzazione, non potendosi seguire alcuna diversa impostazione interpretativa⁴⁵, il rischio, infatti, sarebbe quello di rendere la novella lettera morta, in attesa di una fonte secondaria, ad essa gerarchicamente subordinata, cosa assolutamente impensabile.

Non essendo intervenuta, infatti, alcuna deliberazione CICR dal momento dell'entrata in vigore della riforma 2014 è stato sostenuto che la nuova disposizione avesse

⁴¹ Sull'argomento, cfr. P. CARRIÈRE, *La fine dell'anatocismo (bancario?)*, in *Contr.*, 12/2015, 1154 ss., 1157, il quale fa notare che «[...] attribuire alla norma primaria da cui muoviamo (l'art. 120, comma 2, T.U.B., come modificato dall'art. 1, comma 629, L. 27 dicembre 2013, n. 147) un tale intento “eversivo” di abrogazione in toto, nell'ambito bancario-finanziario, l'art. 1283 c.c., ci pare davvero molto discutibile, imprudente e overshooting. È qui, infatti, ben percepibile l'impressione di trovarsi innanzi ad una di quelle norme, frutto di una secolare elaborazione sapienziale che, se avventatamente manomesse, rischiano di far pericolosamente traballare dalle fondamenta gli istituti portanti dell'intera struttura».

⁴² Critico col testo della riforma in questione C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., 494, il quale fa notare che «[...] la tecnica redazionale della norma risulta alquanto discutibile: anche coloro che l'hanno salutata con favore, non hanno potuto omettere di rilevare alcuni evidenti errori che la caratterizzano. La prima censura che va senz'altro mossa alla disposizione *de qua* è costituita dalla mancata previsione di qualsivoglia disciplina transitoria (e/o di differimento dell'entrata in vigore), nonché di qualsivoglia indicazione di un termine, entro il quale il CICR avrebbe dovuto adottare la regolamentazione secondaria».

⁴³ Cfr. C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., 495, ove si sottolinea che «L'attribuzione di poteri finalizzati alla delegificazione, dunque, presenterebbe un perimetro ben più ampio, coinvolgendo non solo l'ambito che nel codice civile è presidiato dall'art. 1283, ma risultando esteso certamente agli artt. 1282 e 1284, oltre che con ogni probabilità agli artt. 1224 e 1815. In questo senso, quindi, il CICR avrebbe potuto dettare una disciplina degli interessi corrispettivi, ovvero di quelli moratori, ovvero financo di quelli usurari, in ambito creditizio, in difformità da quanto previsto dalle norme di diritto comune, e ciò sostanzialmente senza alcun limite di delega, atteso che i limiti imposti dalla norma concernono in via esclusiva la problematica dell'anatocismo: quanto ciò possa ritenersi legittimo sotto il profilo costituzionale, lasciamo che siano i cultori di detta materia a stabilirlo».

⁴⁴ In tal senso U. MORERA - G. OLIVIERI, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, T.U.B.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 3, 2015, 286 ss.

⁴⁵ V. A. TANZA, *Divieto di anatocismo nei rapporti bancari e ripetizione dell'indebito*, in www.altalex.com, nota a Trib. Lecce, 11 aprile 2015, n. 1463, 6 aprile 2016.



un contenuto meramente “programmatico” e che richiedesse l’emanazione della normativa secondaria per essere effettivamente applicabile⁴⁶.

Tale prospettiva non può in alcun modo essere condivisa sia per i principi che regolano la successione delle leggi nel tempo, sia per quelli che disciplinano la gerarchia delle fonti; ammettere, anche solo ipoteticamente, che il ritardo nell’intervento dell’autorità intergovernativa possa portare ad una “reviviscenza” della precedente disciplina, equivarrebbe a minare il principio di certezza del diritto⁴⁷.

A ciò si aggiunga, inoltre, che il fatto di “bloccare” l’operatività della novella garantirebbe una sorta di ultrattività alla delibera CICR del febbraio del 2000, la quale trovava il suo fondamento in una disposizione primaria che si basava su una prospettiva totalmente diversa da quella oggi vigente: essa infatti è stata emanata sul presupposto della piena legittimità dell’anatocismo⁴⁸. Ma, non si dimentichi che l’art. 120, co. 2, T.U.B. (che fungeva da fondamento della disposizione di carattere secondario, ammettendo il fenomeno *de quo*) è stato espressamente abrogato e sostituito da un altro comma in cui, invece, il legislatore sancisce l’illegittimità di una prassi che il primo, invece, legittimava⁴⁹.

Da quanto detto, quindi, si evince che la legge di stabilità 2014 riesce a raggiungere il tanto agognato obiettivo: gli interessi non possono produrre interessi ulteriori nelle successive operazioni di capitalizzazione, circoscrivendo così la portata di quest’ultima in un ambito meramente contabile⁵⁰. Il conteggio altro non è se non una mera operazione suscettibi-

⁴⁶ In proposito cfr. B. PETRAZZINI, *Le clausole anatocistiche nei contratti bancari e il nuovo art. 120, 2° comma, T.U.B.*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2154 ss.

⁴⁷ Sull’argomento, meritano senz’altro un cenno le lucide osservazioni di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 93, il quale afferma che «*Se si vuole ancora parlare di “legalità”, dobbiamo renderci conto che si fa riferimento a un involucro che non è certamente vuoto, ma che, altrettanto certamente, è ricolmo dei riferimenti più diversificati, così come si sono diversificate le espressioni attuali della normatività. Il principio strategico della certezza, enunciato originariamente in rapporto alla primazia gerarchica della legge e alla rigida geometria ad essa conseguente, di fronte alla rete plurale ed elastica dei criteri di normatività, perde almeno il suo valore strategico. E lo investe il decadimento che ha investito il principio di legalità*».

⁴⁸ Né può tacersi la mancata conversione in legge del D.L. 24 giugno 2014 n. 9 che aveva reintrodotta la legittimità dell’anatocismo bancario (cosa che, evidentemente, comprova, se mai fosse necessario, quanto sopra precisato).

⁴⁹ Non pare quindi sostenibile che fino all’entrata in vigore del nuovo provvedimento del CICR continui a trovare applicazione il vecchio, a meno di forzare i rapporti di gerarchia tra le fonti e volere affermare che una disposizione di rango secondario che trovava la propria giustificazione in una fonte legislativa espressamente abrogata, possa prevalere su una legge successiva ad essa sovraordinata. V. Trib. Biella, ordinanza, 7 luglio 2015, in *Redax*; *Giuffrè*, 2015, ove si afferma che «*La modifica intervenuta all’art. 120 comma 2 TUB (in vigore nel nuovo testo dall’1 gennaio 2014) da parte dell’art. 1, comma 629, della legge di stabilità n. 147/2013, ha vietato e reso illegittimo l’addebito di interessi anatocistici passivi nei rapporti bancari, per cui ad ogni scadenza pattuita per il conteggio degli interessi (che dovrà sempre avvenire con pari periodicità per gli interessi a credito ed a debito) questi non potranno essere capitalizzati ed i successivi interessi non potranno che essere computati sul solo capitale*».

⁵⁰ In tal senso V. FARINA, *L’immediata operatività del (nuovo) divieto di anatocismo*, in *Contr.*, 10/2015, 875 ss., 881, ove si sottolinea che «*Indubbiamente, ricondotto il conteggio a capitale al rango di mera operazione contabile da annotazione, nulla osta a che gli interessi creditori e debitori maturati e calcolati con la stessa periodicità, possano essere annotati*».



le di annotazione sul conto con tutte le conseguenze del caso in tema di esigibilità⁵¹. «La modifica dell'art. 120 t.u.b. introdotta dalla l. n. 147 del 2013 (c.d. legge di stabilità 2014) ha posto il divieto di anatocismo nei rapporti bancari, introducendo una disciplina speciale più rigorosa della normativa ordinaria dettata dall'art. 1283 c.c. Ne deriva che dall'entrata in vigore di tale legge non è più consentita, nell'ambito dei rapporti bancari, alcuna prassi anatocistica, posto pure che il mancato intervento di norma-zione secondaria a opera del C.I.C.R. non potrebbe comunque essere ritenuto rilevante in proposito. Ne deriva, altresì, il diritto del cliente di ripetere le somme per tale titolo addebitategli in conto nel periodo succes-sivo all'1 gennaio 2014»⁵².

4. Sebbene la *ratio* originaria della riforma introdotta con la legge di stabilità 2014 fosse perfettamente in linea con l'*excursus* giurisprudenziale degli ultimi vent'anni e ponesse final-mente un espresso divieto di anatocismo⁵³, ciononostante il legislatore sente l'esigenza di intervenire ulteriormente sull'argomento, ma non per limare le piccole discrasie lessicali, meglio sopra indicate, o per fissare un termine entro il quale il CICR fosse costretto ad emanare la delibera indicata dalla legge; bensì «per spargliare le carte» e stravolgere i risul-tati positivi ottenuti dopo un'interminabile odissea legislativa.

L'art. 17 *bis* D.L. 14 febbraio 2016 n. 18 convertito in l. 8 aprile 2016, n. 49 modifica nuovamente l'art. 120, co. 2, T.U.B.

Viene ribadita l'ormai consolidata regola della medesima periodicità nel conteggio degli interessi attivi e passivi: si precisa, però, che la stessa non può essere inferiore ad un anno e che il conteggio viene effettuato il 31 dicembre di ogni anno, ovvero, in caso di chiusura del rapporto per cui sono dovuti⁵⁴.

a parte, pur essendo adottati a capitale. In concreto, si verrebbe a creare un monte interessi da liquidazione periodica, destinato a confluire nel saldo del conto in uno con la sorte capitale, giammai produttiva di interessi. Questi ultimi, invece, continuerebbero a prodursi solo sulla somma dovuta o di cui è creditore il cliente a titolo, appunto, di capitale originario. [...] L'identità del com-puto dei medesimi e l'unicità del monte conteggiato a parte dovrebbe rendere piena contezza al cliente delle automatiche compensa-zioni, che interverranno tra interessi attivi e passivi confluiti in un unico "monte"».

⁵¹ Gli interessi così conteggiati non possono produrre interessi ulteriori, che, andranno quindi conteg-giati solo sul capitale originario, poiché non idonei a generare frutti civili ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 820 c.c.

⁵² Cfr. Trib. Milano, sez. VI, ordinanza, 3 aprile 2015, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2015, 3, II, 310.

⁵³ V. R. BENCINI, *Anatocismo e usura: clausole vecchie e nuova normativa*, in *Dir.&Giust.*, 37, 2016, 2.

⁵⁴ *Contra* Cass. civ., sez. I, 13 ottobre 2017, n. 24156, in *Dir.&Giust.*, 2017, 16 ottobre, ove la S.C. evi-denzia che «Nelle controversie relative ai rapporti tra la banca ed il cliente correntista il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito regolato in conto corrente e negoziato dalle parti in data anteriore al 22 aprile 2000, il giudice dichiarata la nullità della predetta clausola per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c. deve calcolare gli interessi a debito del correntista senza ope-rare alcuna capitalizzazione». In senso analogo, C. LATTARULO, *Divieto di anatocismo impedisce la capitalizzazione anche annuale degli interessi*, nota a Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2017, n. 24293, in *www.altalex.com*, 22 novembre 2017, il quale rileva che «Non può ritenersi, parimenti, valida la opinione secondo cui la nullità della clausola anatocistica avrebbe ad oggetto esclusivamente il periodo trimestrale di capitalizzazione, lasciando in vita la convenzione integrabile per via in-



Le novità più eclatanti, tuttavia, sono contenute nella lettera b), dedicata ai soli interessi debitori (per il cliente) relativi a tutte le tipologie di finanziamenti bancari, ove si sancisce il divieto di anatocismo, salvo che per gli interessi moratori.

Evidentemente, “*torna (questa volta peraltro esplicitamente, a livello di disciplina primaria) ad essere senz’altro legittimo il conteggio degli interessi moratori anche sulla quota parte della rata di restituzione di un finanziamento a piano di ammortamento predefinito, rappresentativa degli interessi corrispettivi*”⁵⁵.

In pratica, nella formulazione dell’art. 120 T.U.B. previgente, così come interpretato anche dall’unanime giurisprudenza, gli interessi bancari maturavano giornalmente e la banca aveva il diritto di chiederne il pagamento una volta che gli stessi fossero divenuti esigibili (quindi scaduti), il che avveniva solo al momento della chiusura del rapporto, non potendosi reputare il credito liquido ed esigibile ai sensi dell’art. 1194 c.c. prima di tale momento. Gli interessi, pertanto, venivano conteggiati con la periodicità pattuita tra il cliente e la banca, ma divenivano esigibili solo alla fine del rapporto (con la chiusura di tutte le partite).

Con la nuova modifica, invece, gli interessi debitori solutori verranno, di fatto, conteggiati al 31 dicembre⁵⁶ e diverranno esigibili già a partire dall’1 marzo dell’anno successivo a quello in cui sono maturati.

In poche parole gli interessi solutori divengono esigibili, per legge, trascorso un arco di tempo prestabilito.

Evidentemente, il legislatore ha sentito l’esigenza di emanare una legge a tutela della parte “attualmente più debole”, gli Istituti bancari, al fine di ristabilire lo *status quo ante*, tanto che può tranquillamente parlarsi di ritorno al passato e/o di “riesumazione” dell’istituto dell’anatocismo.

Né, può diversamente opinarsi anche se la normativa in esame consente che il correntista, “vera parte contrattuale debole”, possa autorizzare preventivamente⁵⁷ l’addebito degli interessi solutori sul conto quando questi divengono esigibili, trasformando detti interessi in sorte capitale, produttiva, a sua volta di ulteriori interessi. È vero che

interpretativa. Il vizio di nullità, infatti, afferisce alla intera clausola, in quanto la convenzione è violativa della norma imperativa prevista dall’art. 1283 c.c. applicabile “ratione temporis” al rapporto di garanzia in esame. Cfr. anche Trib. Messina, sez. II, 08/05/2015, (ud. 07/05/2015, dep.08/05/2015), n. 1068, in www.iusexplorer.it.

⁵⁵ In tal senso C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., 506.

⁵⁶ E fin qui, nessun problema, dato che, ai sensi dell’art. 821 ultimo comma, c.c., “*i frutti civili si acquistano giorno per giorno in ragione della durata del diritto*”. Tale norma ovviamente trova applicazione anche con riferimento agli interessi anatocistici. In tal senso V. BARBA, *Interessi dovuti per effetto dell’inderogabile divieto di anatocismo*, cit., 541, in cui si precisa che «*Codesta regola, riguardando gli interessi tout court, non soltanto, in assenza di una diversa pattuizione, regola il tempo in cui si acquistano gli interessi semplici, ossia gli interessi che maturano sul capitale, bensì disciplina, in assenza di un diverso uso o pattuizione, il tempo in cui si acquistano anche gli interessi anatocistici. Come l’interesse semplice, cioè quello proporzionale al capitale e al tempo, così anche il composto, ossia quello che, in attesa di essere pagato o riscosso, è aggiunto al capitale iniziale, trova il ritmo del tempo di acquisto nel «giorno per giorno». La conclusione diviene, allora, obbligata. Quello anatocistico è un interesse composto discontinuo convertibile.*

⁵⁷ Quindi *ex ante*, e non *ex post*, come previsto dall’art. 1283 c.c.



l'autorizzazione di cui si tratta può essere revocata in qualsiasi momento, ma chiaramente, vien da scommettere che tale eventualità si verificherà assai di rado, dati i diversi rapporti di forza tra le parti in gioco⁵⁸.

Con incredibile solerzia (vista l'inerzia successiva all'entrata in vigore della legge di stabilità 2014), quasi a voler cristallizzare (e bloccare) un quadro generale "finalmente gradito", il CICR pubblica la delibera del 3 agosto 2016⁵⁹, in cui ribadisce all'art. 4, da un lato, l'esigibilità degli interessi debitori a partire dall'1 marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati e, dall'altro, che gli intermediari devono concedere ai clienti un periodo di trenta giorni dal ricevimento delle comunicazioni previste ai sensi dell'art. 119 o 126-*quater*, co. 1, lett. b) T.U.B. prima che gli interessi maturati divengano esigibili⁶⁰.

In ragione di quanto sopra, oggi più che mai, ritornano di attualità le osservazioni di attenta dottrina, la quale rileva che «*la regola sull'anatocismo, infatti, non soltanto non è norma di divieto, ma non è neppure inderogabile*»⁶¹.

Appare doverosa, quindi, in una prospettiva *de iure condendo*, un'analisi comparatistica della problematica che ci interessa con un ordinamento storicamente molto affine al nostro: l'ordinamento spagnolo.

⁵⁸ Sul punto si consenta di richiamare le osservazioni di C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, cit., 507, il quale sottolinea che «[...] è evidente che in tal caso, se il cliente non provvede altrimenti al pagamento degli interessi divenuti esigibili, è più che probabile che la banca si determinerà alla revoca della linea di credito concessa». V. anche G. MUCCIARONE, *Anatocismo bancario: ultimi sviluppi*, in *Banca impr. soc.*, 2/2016, 355 ss., 361, nt. 17, ove l'A. evidenzia che «*Certo, la necessità di una non opposizione, ovvero di una autorizzazione, del cliente alla capitalizzazione degli interessi dovrebbe definitivamente fare i conti con il problema della prova del ricevimento almeno dell'estratto conto annuale*».

⁵⁹ Per maggiori approfondimenti si rinvia a L. SERRA, *Anatocismo bancario: in vigore le nuove regole*, in www.altalex.com, 3 ottobre 2016.

⁶⁰ Sul punto merita un cenno la recente sentenza del Trib. Catania, sez. IV, 17/02/2017, n. 790, in *Redaz. Giuffrè* 2017, ove si evidenzia che «*In tema di contratti bancari ed azione di nullità di clausole per somme indebitamente riscosse a titolo di anatocismo, l'approvazione degli estratti conto periodicamente inviati al cliente dalla banca ha natura meramente enunciativa e confessoria dei fatti storici annotati negli estratti conto, impedendo la contestazione solo sotto un profilo contabile degli interessi a debito e a credito*».

⁶¹ Cfr. V. BARBA, *Interessi dovuti per effetto dell'inderogabile divieto di anatocismo*, cit., 541, ove l'A. aggiunge (542) che «*Con un po' di malizia si può osservare che tutte le norme che consentono un fatto o un atto, per definizione, finiscono con il vietare quello stesso fatto o quello stesso atto permesso quando si espliciti fuori o oltre i limiti normativamente fissati. Per contro, invece, le norme di divieto, ossia quelle che vietano un certo fatto o un certo atto, sono solite non permetterlo in alcun caso. La norma contenuta nell'articolo 1283 c.c. non è di divieto, perché il fatto o l'atto non viene vietato, né occorre una norma eccezionale per consentirne la verifica*»». Lo stesso discorso potrebbe tranquillamente estendersi all'attuale disciplina in tema di anatocismo in considerazione dell'attuale testo dell'art. 120 T.U.B., da considerarsi come norma speciale, che sancisce l'esigibilità degli interessi in oggetto a partire dall'1 marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati. La giurisprudenza più recente sembra comunque discostarsi dalla predetta "presa di posizione" del legislatore; v. sul punto Cass. civ., sez. VI-1, ordinanza 05 ottobre 2017 n. 23278, in www.altalex.com, 8 novembre 2017, in cui i giudici di legittimità sanciscono il seguente principio di diritto: «*questa Corte ha infatti ripetutamente affermato che la nullità delle clausole contrattuali che prevedono la corresponsione di interessi anatocistici o di interessi usurari è rilevabile dal giudice d'ufficio*».



Il sistema spagnolo, in tema di interessi anatocistici, è incentrato sugli artt. 1109 *codigo civil* e 317 *codigo de comercio*. La prima norma prevede un anatocismo in origine solo legale/giudiziale, a cui viene affiancato un anatocismo convenzionale, per l'espresso richiamo, effettuato nel II comma, al Código de Comercio, per *los negocios comerciales*⁶²; la seconda è dettata in origine in materia di mutuo commerciale ed è stata poi estesa ad altre tipologie di contratti, quest'ultima rileva maggiormente ai nostri fini⁶³.

Nell'ambito di una generale libertà negoziale delle parti, infatti, a differenza del disposto dell'art. 120 co. 2, T.U.B., attualmente vigente, in Spagna, si nega fermamente l'anatocismo legale, viceversa, si ammette l'anatocismo convenzionale.

In considerazione di quanto sopra, la regola generale posta dall'art. 317 *codigo de comercio* sancisce che "Gli interessi scaduti e non pagati non produrranno interessi", salvo che sia pattiziamente previsto per iscritto tra le parti⁶⁴.

Il patto viene visto come espressione di autonomia privata, pertanto, non è vietato espressamente dalla norma e non è considerato contrario né al buon costume né all'ordine pubblico⁶⁵. Infatti, a differenza del sistema codicistico italiano, dove vi è un divieto generale con specifiche deroghe, le norme spagnole indicano una regola che può essere derogata liberamente dalle parti.

Ebbene, da ciò potrebbe evincersi un maggior rigore del sistema italiano rispetto a quello spagnolo. In realtà, tale assunto potrebbe essere contraddetto per due ordini di motivi. *In primis*, esistono limiti insuperabili, quali quelli posti dalla legge sull'usura, cd. Ley Azcárate (Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura) la quale invero non prevede dei tassi soglia, ma rinvia ai giudici per una valutazione in concreto dell'usurarietà della clausola⁶⁶.

⁶² Artículo 1109.

«Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto.

En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio.

Los Montes de Piedad y Cajas de Aborro se regirán por sus reglamentos especiales».

(«Gli interessi scaduti producono l'interesse legale dal momento in cui siano giudizialmente rivendicati, benché nell'obbligazione ci sia silenzio su questo punto.

Nei negozi commerciali si applicano le disposizioni del codice del commercio.

I Monti di Pietà e le Casse di Risparmio saranno disciplinati dalle rispettive norme speciali»).

⁶³ Per un quadro generale sull'anatocismo nel diritto spagnolo si rimanda a M.E. GÓMEZ ROJO, *Historia jurídica del anatocismo*, Barcelona, 2003.

⁶⁴ Artículo 317

«Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento del capital, devengarán nuevos réditos».

(«Gli interessi scaduti e non pagati non produrranno interessi. Le parti contraenti potranno, tuttavia, capitalizzare gli interessi liquidi e non soddisfatti, che, come aumento di capitale, produrranno nuovi redditi»).

⁶⁵ Per maggiori approfondimenti v. Anatocismo, M. Medina Alcoz, *Derecho español y Draft Common Frame of Reference*, in www.indret.com, 4/2011, Barcelona, octubre 2011.

⁶⁶ E per la sua eventuale declaratoria di nullità.



La domanda sorge spontanea: tali limiti inderogabili esistono in Italia ove è previsto un “apparente” generale divieto di anatocismo, derogato dalla normativa speciale T.U.B., alla luce anche della recente sentenza delle Sezioni Unite in tema di usura sopravvenuta? Non si dimentichi, infatti, che la S.C. ha negato cittadinanza nel nostro ordinamento a tale figura, rinviando per la valutazione dell’esistenza (o meno) dell’usura (con tutte le ripercussioni giuridiche del caso) al momento della sottoscrizione del contratto⁶⁷. Ergo, il raggio d’azione del giudice italiano appare più ristretto rispetto a quello del giudice spagnolo, potendo evidentemente una clausola “usuraria in concreto” produrre effetti nel nostro ordinamento, purchè, al momento della pattuizione originaria, gli interessi stessi rispettassero i tassi legalmente imposti⁶⁸. Quasi che l’usura non fosse un reato⁶⁹, o che esistesse un’usura ammissibile e/o tollerabile⁷⁰. Per l’argomento che in questa sede ci interessa, infatti, occorre ricordare che gli interessi anatocistici sono interessi di mora⁷¹ e, come tali, alla luce del disposto dell’art. 120, co. 2, lett. b) T.U.B. (che esclude espressamente gli interessi di mora dall’applicazione del divieto di anatocismo), potranno produrre interessi ulteriori, anche sfociando in somme potenzialmente usurarie, il tutto evidentemente “in linea con la legge”⁷².

⁶⁷ V. Cass. civ., sez. un., 19/10/2017, n. 24675, con nota di F. VALERINI, *Per le Sezioni Unite non c’è spazio per l’usura sopravvenuta: rileva soltanto il momento della pattuizione*, in *Dir. & Giust.* 2017, 20 ottobre, 11, ove i giudici di legittimità precisano che «Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuuario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell’usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l’inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all’entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto».

⁶⁸ Per maggiori approfondimenti cfr., S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell’usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in AA.VV., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, (a cura di G. D’Amico), Torino, II ed., 2017, 95 ss.

⁶⁹ Sul punto cfr. B. RICCIO, *La portata eversiva della sentenza a sezioni unite che nega l’usurarietà sopravvenuta. E’ abrogato l’art. 644 e 644 ter cp? La sussistenza dell’usurarietà originaria nel mutuo e nel contratto di conto corrente*, nota a Cass. civ., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in www.iusexplorer.it, fasc.1, 2017, pag. 2.

⁷⁰ In tema di usura e contratti bancari, imprescindibili appaiono le osservazioni di G. D’AMICO, *Interessi usurari e contratti bancari*, in AA.VV., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, cit., 1 ss.

⁷¹ In tal senso v. G. MUCCIARONE, *Anatocismo bancario: ultimi sviluppi*, cit., 363, il quale rileva che «[...] l’aver permesso l’anatocismo nel limite della periodicità annuale ridimensiona, ma non elimina il problema del rapporto tra il fenomeno in discorso e l’usura».

⁷² Sull’argomento si consenta di rinviare a C. LATTARULO, *Usura: tasso soglia riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori*, nota a Cass. civ., sez. VI-1, ordinanza 04 ottobre 2017 n. 23912, in www.altalex.com, 17 novembre 2017.



In secondo luogo, si pensi, alla recente evoluzione dottrinale e giurisprudenziale spagnola che guarda alla clausola anatocistica come ad una “clausola abusiva” che deve essere regolata in modo da tutelare maggiormente il debitore, contraente debole⁷³.

È stato suggerito, infatti, in un’ottica costituzionalmente orientata, di estendere alla materia *de qua* gli “accorgimenti” imposti dalla legge sui consumatori, prevedendo una vessatorietà *in re ipsa* delle clausole anatocistiche, che, come tali, devono essere interpretate restrittivamente, quando una delle parti sia un consumatore. Questa ricostruzione troverebbe giustificazione nell’art. 51 *Constitución española 27 de diciembre de 1978* che garantisce e tutela la difesa dei consumatori⁷⁴.

Appare lapalissiano che, sebbene l’ordinamento spagnolo non preveda alcuna rigida limitazione delle prassi anatocistiche, ciononostante da una ricostruzione sistematica si denota l’assoluta fermezza del legislatore spagnolo nel contingente e combattere il fenomeno *de quo*, nel tentativo, comunque non facile, di contemperare i confliggenti interessi in gioco e di non invadere gli ambiti di rilevanza dell’autonomia privata delle parti⁷⁵. Vien da chiedersi se partendo dalla problematica che ci interessa, non sia auspicabile un generale intervento riformatore, volto ad introdurre una tutela costituzionale, come tale, superprimaria ed inderogabile, per i consumatori in generale e per i risparmiatori/utenti dei servizi finanziari, in particolare, seguendo l’esempio dell’art. 51 *Constitución española*⁷⁶ in modo da garantire trasparenza e scelte consapevoli ai correntisti, non solo *ex post*, ma, ove possibile, anche *ex ante*.

5. In conclusione di questa disamina, anche in chiave comparativistica, della disciplina in tema di anatocismo, potremmo “denunciare” (e criticare) l’atteggiamento “attendista” e “fazioso” del legislatore italiano, ma, si consenta, semplicemente, di richiamare il pensiero di attenta dottrina che sintetizza, in senso critico, l’intero *excursus* normativo, considerando l’art. 120 T.U.B. come un emblematico esempio di *linguaggio omissivo del legislatore*⁷⁷. Probabilmente, nel caso di specie sarebbe più corretto parlare di linguaggio volutamente ambiguo⁷⁸; di un atteggiamento, quindi, dolosamente preordinato a favore di gruppi di interesse

⁷³ In tal senso cfr. V. CUÑAT EDO - R. BALLARÍN HERNÁNDEZ (Dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, coord. por R. Marimón Durá, F. González Castilla, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2002, 103.

⁷⁴ In tema di tutela dei consumatori si rinvia a E. GALÁN CORONA y J.A. GARCÍA-CRUCES (Dirs.), *Reforma del Derecho Privado y Protección del consumidor*, Valladolid, 1994.

⁷⁵ Per maggiori approfondimenti sull’*excursus* giurisprudenziale/dottrinale spagnolo in tema di interessi anatocistici cfr. *La capitalizzazione degli interessi bancari*, in www.cortecostituzionale.it, a cura di C. Guerrero, maggio 2007, 33.

⁷⁶ Cfr. D.A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 1978, T. II, 9.

⁷⁷ In tal senso G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1 giugno 2017, 415 ss.

⁷⁸ Sull’argomento cfr. le pertinenti osservazioni di V. L. MENGONI, *Sull’efficienza come principio giuridico*, già in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, Milano, 2004, VI, 4173 ss., ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*,



che tradisce la *mission* del Parlamento, il quale si dimostra, una volta di più, sordo rispetto alle esigenze che promanano dalla generalità dei consociati, “*esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità*”⁷⁹.

In ragione di quanto sopra, si impone una rilettura sistematica della materia che possa definitivamente approdare ad una disciplina esaustiva e completa in modo da evitare che i giudici possano vestire i panni del legislatore in spregio al sacrosanto principio di separazione dei poteri⁸⁰.

Una disciplina così volutamente frammentaria ed ambigua, infatti, rischia di tradursi in pronunce contraddittorie ed ingiuste, tradendo, nell’interesse di ristretti gruppi di minoranza⁸¹, la legittima aspirazione generale ad una decisione *secundum ius* e *secundum iustitiam*⁸² per causa assolutamente non imputabile al potere giudiziario, bensì ascrivibile all’incuria ed alla sciatteria di un legislatore “*inspiegabilmente*” di parte⁸³.

(a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi), Milano, 263 ss., 273, il quale “denuncia” «[...] *un aumento costante dei casi non risolvibili con semplici operazioni logico-formali di deduzione da enunciati normativi univoci o da principi generali ricavati per astrazione da norme particolari*» e rileva che «*Normalmente le leggi sono affette dalla plurivocità del linguaggio comune; sovente è incerto quale di più norme prima facie candidabili per la decisione sia applicabile, oppure il caso non è previsto, né può essere deciso per analogia o in via di sussunzione sotto un principio sistematico. Il giudice deve allora scegliere tra più interpretazioni possibili o tra più ricostruzioni tipologiche possibili del caso in rapporto a una piuttosto che ad un'altra fattispecie legale, ovvero, se il caso rivela una lacuna della legge, deve elaborare una regola di decisione adeguata alle circostanze concrete e insieme coerente col sistema normativo, ossia universalizzabile a un certo livello di astrazione del sistema, dato che una scelta razionale è tale solo se derivabile da un ordinamento*».

⁷⁹ In tal senso v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 474, il quale aggiunge (475-476) che «*In tal modo il mercato si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali, che conduce gli uomini ad una mercantilizazione infinita ed al conflitto continuo che non può trovare una riduzione o una mediazione nella politica senza restringere le libertà economiche, senza inquinare il quadro delle libertà civili e quindi la stessa democrazia. [...] Il mercato assume il ruolo istituzionale di organizzatore di relazioni sociali e di redistributore di ricchezza e i grandi gruppi economici, che svolgono la funzione di «governo privato» della società, si prestano alla cooperazione e alla sponsorizzazione compatibili con il loro egoismo, ma niente affatto disponibili a gesti e a forme di sincera solidarietà*».

⁸⁰ Cfr. sul punto C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 4/2016, 981 ss., 1014, ove l'A. afferma che «*in ogni caso, la vocazione al “diritto giusto” viene detta e vista anzitutto con riferimento all'ordinamento nel suo complesso; e anche quando la si intenda verificare con riguardo alla singola norma, non può essere vista come una delega ai giudici, ai quali invero nessun ordinamento commette tale compito*».

⁸¹ In proposito, appaiono calzanti le osservazioni di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 5-6, il quale identifica la modernità «[...] *in un artificioso riduzionismo: è, infatti, un diritto pensato, voluto, realizzato in alto, frutto di una visione duramente potestativa ed elitaria dell'ordine giuridico, che genera inevitabilmente un distacco fra diritto ufficiale, cioè legale, e società*».

⁸² V. L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, in *Rel. Ind.*, 1988, 13 ss., relazione al convegno di studio su «*Diritto ed etica pubblica*», organizzato da «Comunità di Ricerca – Istituto di Studi e Ricerche Culturali» (Milano, 29-30 gennaio 1988), ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, cit., 55 ss., 64.

⁸³ Sull'argomento meritano un cenno le riflessioni di E. Mauro, in Z. BAUMAN - E. MAURO, *Babel*, Roma-Bari, 2015, 9, il quale, sottolineando l'attuale stato di vulnerabilità della generalità dei consociati innanzi ad una “*struttura sociale indebolita*” e ad una “*democrazia esausta*”, evidenzia che «*Il cortocircuito è evidente: la percezione della propria vulnerabilità genera un sentimento di paura; ma se il compito dei governi è di garantire innanzitutto sicu-*



D'altronde, oggi più che mai, appare irrinunciabile un intervento riformatore, anche comunitario, che imponga, dall'alto, con efficacia *self executing* una disciplina chiara e precisa che possa porre fine a questa interminabile «altalena normativa», volta a stravolgere le posizioni in campo, a discapito della parte contrattuale storicamente più vulnerabile⁸⁴. Non si dimentichi, infatti, che la prassi anatocistica risulta essere in contrasto con i principi generali dell'U.E. della trasparenza, della proporzionalità e della non discriminazione scolpiti nei Trattati e riconosciuti dalla giurisprudenza della C.G.U.E.⁸⁵

Come mirabilmente osservato da autorevole dottrina «[...] *al deficit di potere economico dei consumatori rispetto al potere economico delle imprese può porsi rimedio con l'ausilio delle regole giuridiche, mediante le quali vengano contenute entro canali invalicabili le forme di azione economica delle imprese nei rapporti con i consumatori*»⁸⁶.

In conclusione, quindi, in un quadro normativo e giurisprudenziale/dottrinario sempre più variegato e cangiante, contraddistinto da instabilità ed incertezza, diventa fondamentale il ruolo del giurista, il quale deve necessariamente prendere atto dell'avvento di un'era senza verità assolute e/o dogmi intangibili⁸⁷, caratterizzata da un diritto costantemente *in fieri*. Quest'ultimo, infatti, senza abbandonarsi ad un nichilismo giuridico, e, navigando a vista, deve impegnarsi «[...] *continuamente a plasmare le sostanze normative in modo da renderle conformi al patrimonio positivizzato di valori*»⁸⁸.

rezza, i governi diventano i primi imputati davanti alla nuova insicurezza crescente. Anzi, la politica finisce per essere il campione di un mondo che non funziona, il suo totem rovesciato». L'A. aggiunge, inoltre, (19) che «[...] quando la politica non riesce a incidere sulla nostra vita quotidiana, non interseca le nostre inquietudini sul futuro dei nostri figli, a cosa ci serve, qual è il suo valore d'uso? [...] la democrazia dopo aver sconfitto le dittature non ha lo scettro per sempre, deve riconquistarlo ogni giorno rilegittimandosi continuamente, e la politica deve ritornare a occuparsi in concreto della vita delle persone, legando gli interessi legittimi in campo con i valori di cui è portatrice e con gli ideali a cui si fa riferimento».

⁸⁴ In proposito v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 477, ove si sottolinea che «La storia tuttavia conferma che l'istituzionalizzazione del mercato non può prescindere dall'assunzione di un garante esterno, sia esso la morale (laica o religiosa) o il diritto. La società non è riducibile al mercato e alle sue sole regole; il diritto, al quale spetta la regolamentazione della società, indica limiti e correttivi, dettati non soltanto dal perseguimento della ricchezza e dalla sua distribuzione, ma da valori e interessi di natura diversa».

⁸⁵ In tal senso G. COLANGELO, *Un giudice a Lussemburgo. Proporzionalità, non discriminazione e danno nel conto corrente bancario*, in *Danno resp.*, 3/2012, 314 ss., 322, il quale precisa (324) che «[...] le banche commerciali sono imprese come tutte le altre e godono degli stessi diritti e sono soggette ai medesimi doveri. [...] Tutti gli altri soggetti economici sono impediti dall'esercitare la pratica commerciale dell'interesse composto (anatocismo) nei confronti di terzi ma, e qui sta la discriminazione, sono costretti a subirla dall'industria del credito».

⁸⁶ V. A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, cit. 414, il quale precisa (413) che «L'economia ha le sue leggi, ma, come anche avviene per le leggi fisiche, il diritto, se non ha la potenza di annullarne la forza cogente ha la capacità di governare la condotta degli uomini per evitare l'avveramento delle cause economiche nocive o per porre rimedio agli effetti economici dannosi».

⁸⁷ Sul punto cfr. V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica "veritativa" orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2014, 1249 ss., 1271 il quale evidenzia che ««Non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora». Perché nessuna interpretazione può avere pretesa totalizzante; e nessuna interpretazione può rivendicare il monopolio di una definitiva verità [...]».

⁸⁸ In tal senso N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 153 ss., 189.



Solo così si potrà raggiungere il tanto agognato obiettivo del «*buon diritto*», inteso come diritto “*giusto, equo, solidale*”, smarcato da logiche esterne, faziose e/o di potere, ed indirizzato a massimizzare la sintesi tra interesse individuale ed interesse generale, nel rispetto del principio generale della solidarietà sociale⁸⁹.

⁸⁹ Cfr. sull'argomento le lucide osservazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 479-480, ove l'A. afferma che «Il «*buon diritto*» non si pone all'esclusivo o prevalente servizio delle ragioni economiche, ma sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercantilizazione della società e la identificazione (e l'esaurimento) dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici, siano essi di matrice proprietaria o imprenditoriale-contrattuale. Il «*buon diritto*» non soltanto garantisce la conservazione della realtà, come naturalmente e spontaneamente si crea e si evolve, ma anticipa e promuove la trasformazione della società per realizzare al suo interno, compatibilmente alle risorse, le maggiori chances di vita libera e dignitosa per tutti. Il «*buon diritto*» è giusto, equo, solidale, ha una sua giustificazione sociale, non esaurisce i diritti nel loro contenuto patrimonialistico, facendone dei «*privilegi*», ma, nel contribuire a migliorare la qualità della vita tende a diffonderli generosamente, attribuendo loro una funzione sociale desumibile dal livello culturale ed etico del sistema normativo».



GIURISPRUDENZA

CONTRATTI BANCARI – RISARCIMENTO DEL DANNO – VALUTAZIONE E LIQUIDAZIONE – CRITERI EQUITATIVI

CASS. CIV., SEZ. I, 27-07-2017, N. 18637

In tema di contratto bancario per il servizio delle cassette di sicurezza, nell'ipotesi di sottrazione dei beni custoditi a seguito di furto, ricorrendo la responsabilità della banca, l'onere della prova del danno subito grava sull'utente, sebbene sia all'uopo ammissibile il ricorso a presunzioni semplici ed a prove testimoniali, risultando anzi esso doveroso, tanto da giustificare, in caso di omissione non adeguatamente motivata, la cassazione della relativa decisione, trattandosi di danni dei quali è estremamente difficile, se non impossibile, fornire la prova storica.

FATTI

1.1. Con atto di citazione notificato il 20.9.1999, Fr. Ve. conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Torre Annunziata la Banca di Credito Popolare s.c.a r.l. e, sul rilievo che nel corso della rapina avvenuta nell'ottobre del 1994 ignoti, raggiunto il caveau in cui erano allocate le cassette di sicurezza, avevano trafugato il contenuto costituito da gioielli e valuta della cassetta in uso ad essa attrice, chiedeva, in ciò ravvisando i presupposti di una responsabilità della banca, la condanna della medesima al risarcimento del conseguente danno stimato nella somma di Lire 981.000.000. 1.2. Rigettata la domanda dall'adito Tribunale, la vicenda era fatta oggetto di rinnovato esame avanti alla Corte d'Appello di Napoli che, accogliendo il gravame della Fr. , riformava la contraria decisione di primo grado e condannava la banca, esperito al riguardo il giuramento estimatorio dell'appellante, al risarcimento del danno nella misura richiesta, maggiorandolo degli accessori di legge e delle spese di lite. Nell'occasione il giudice territoriale - dato previamente atto del giudicato interno formatosi riguardo alla sancita nullità da parte del primo giudice delle clausole limitative della responsabilità previste dal contratto, non avendo detta statuizione infatti formato oggetto di appello dalla banca neppure in via condizionata - ha ritenuto di censurare, nel solco della prova liberatoria richiesta dall'articolo 1839 c.c., l'assunto risultante dalla decisione impugnata nella considerazione che "il giudizio circa le misure di sicurezza predisposte dalla banca non va formulato ex ante, ma proprio ex post e non avuto riguardo all'astratta idoneità dei sistemi di controllo, ma, nello specifico, a come questi abbiano in concreto operato, essendo l'istituto tenuto a garantire il risultato dell'integrità della cassetta". Riesaminando perciò in dettaglio le risultanze istruttorie acquisite nel corso del processo ed evidenziati i profili di colpa in capo all'ente creditizio ("i sistemi di allarme al momento dell'irruzione



erano disattivati"; "la porta blindata del caveau (...) era sistematicamente lasciata aperta"; "era stato possibile agire esternamente sulla porta secondaria in maniera del tutto indisturbata"; "operare addirittura dall'interno dell'istituto", ecc.), nel contempo reputando non conducenti le modalita' dell'evento ("con evidenza inidonee a giustificare il fortuito"), il giudicante ha concluso per ritenere "provata la responsabilita' dell'istituto bancario" ed ha quindi proceduto a quantificare l'ammontare del danno in via presuntiva sulla base della "dettagliata denuncia delle cose che si trovavano all'interno della cassetta" sporta dalla parte nell'immediatezza del fatto, delle "deposizioni testimoniali raccolte" e, non ultimo, sulla base degli esiti del deferito giuramento estimatorio. 1.3. Avverso detta decisione ricorre ora a questa Corte la banca soccombente sulla base di sette motivi, ai quali resiste con controrricorso e memoria ex articolo 378 c.p.c. la parte intimata.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1. Con il primo motivo di ricorso - alla cui disamina, nel suo complesso, se non fanno pregiudizialmente scudo le sollevate eccezioni in ordine alla formulazione dei motivi di diritto, alla mancata esposizione dei fatti di causa e al difetto del requisito della autosufficienza, la prima, perche' le censure risultano intelligibili, la seconda, perche' l'eccezione e' infondata (cfr. pagg. 24 del ricorso), la terza, perche' l'eccezione e' del tutto generica, risulta viceversa preclusiva la pure eccepita lacunosita' dei motivi denunciati ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 5, l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, in quanto la loro illustrazione e' con riguardo all'omissione lamentata priva di ogni esplicitazione argomentativa - la banca ricorrente addebita all'impugnata decisione la violazione e falsa applicazione per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, degli articoli 1229, 1218, 1322 e 1372 c.c. con riguardo alla clausola limitativa della responsabilita', censurandosi le conclusioni che il giudice d'appello aveva tratto dal rilevare il giudicato interno formatosi sul punto, vuoi perche' nella specie "il Tribunale aveva correttamente ritenuto insussistente l'ipotesi di colpa grave o dolo della ricorrente, cosi' allontanandosi anche per tale profilo dall'articolo 1229 c.c." vuoi perche' "la banca aveva implicitamente impugnato anche tale capo della sentenza del Tribunale". 1.2. Parimenti con il terzo motivo di ricorso la banca ricorrente deduce per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione degli articoli 1176, 1839, 1218 e 2697 c.c., risultando invero viziata l'affermazione del giudice d'appello secondo cui la banca non avrebbe fornito nella specie la prova del caso fortuito, giacche', a fronte degli obblighi assunti con la conclusione del contratto relativo alla cassetta di sicurezza e alla luce delle risultanze istruttorie emerse in corso di causa, segnalanti in particolare l'efferatezza del fatto criminoso, il decidente avrebbe dovuto trarre "l'inevitabile conseguenza dell'assenza di responsabilita' della banca" in quanto "le indicate circostanze erano idonee a rappresentare il fatto eccezionale integrante il caso fortuito non prevedibile". 1.3. Entrambi i motivi - che possono essere esaminati congiuntamente in quanto intesi ad escludere la responsabilita' della banca per difetto di colpa grave - si sottraggono al proposto scrutinio di legittimita' e vanno percio' disattesi. 1.4. Secondo il mo-



dello di responsabilità delineato dall'articolo 1839 c.c. la banca, che presta il servizio di cassette di sicurezza risponde dell'obbligazione di custodia ed idoneità dei locali e di integrità delle cassette assunto con la conclusione del contratto nei soli limiti in cui l'inadempimento della predetta obbligazione non sia imputabile al caso fortuito. Posto che per costante giurisprudenza di questa Corte non costituisce - sotto il profilo casistico suggerito dalla fattispecie - caso fortuito il furto, "in quanto è evento prevedibile in considerazione della natura della prestazione dedotta in contratto" (Cass. Sez. 1, 27/12/2011, n. 28835), l'accertamento della responsabilità della banca in caso di inadempimento va condotto alla stregua dagli ordinari canoni di giudizio che presiedono all'accertamento della responsabilità contrattuale, di modo che, applicandosi l'articolo 1218 c.c. - che "è norma generale del regime processuale della responsabilità contrattuale, in forza della quale la regola della presunzione della responsabilità non trova motivo di essere derogata" (Cass., Sez. 3, 22/12/2011, n. 28314) - grava sulla banca "l'onere dimostrare che l'inadempimento dell'obbligazione di custodia è ascrivibile ad impossibilità della prestazione ad essa non imputabile, non essendo sufficiente ad escludere la colpa la prova generica della sua diligenza" (Cass., Sez. 1, 27/12/2011, n. 28835). Su questo terreno si innesta peraltro, come la prassi insegna ormai abitualmente, la normale previsione, in sede di predisposizione delle condizioni di contratto regolanti il servizio, di una clausola limitativa della responsabilità della banca nel caso in cui il valore delle cose immesse dal cliente nella cassetta di sicurezza ecceda un determinato limite. È questa una norma pattizia che ricade, secondo quanto più volte ribadito da questa Corte (Cass., Sez. 3, 30/09/2009, n. 20948), sotto il vigore dell'articolo 1229 c.c., comma 1, secondo cui "è nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave". Ciò preclude alla banca di valersi della predetta limitazione di responsabilità laddove l'inadempimento dell'obbligazione di custodia sorta a suo carico sia dovuta a dolo o a colpa grave, ma non le impedisce di farsene scudo nell'ipotesi in cui, anche nel caso di furto, l'inadempimento sia cagionato da colpa lieve, fermo che anche in tale ipotesi, quando non sia invocabile il fortuito più generalmente liberatorio, l'accertamento della responsabilità gravante sulla banca segue le vie ordinarie e si rende quindi applicabile l'articolo 1218 c.c. ovvero anche in tal caso "la questione della distribuzione dell'onere della prova non trova ragione di essere prospettata in termini diversi rispetto alla disciplina che regola l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali" (Cass., Sez. 1, 5/04/2005, n. 7081), con l'ovvio corollario che è pur sempre onere della banca, che voglia opporre la clausola di esonero, nei limiti in cui ne residua l'opponibilità fuori dai casi di dolo o colpa grave, provare che nella specie l'inadempimento ad essa imputato sia dovuto solo a colpa lieve. 1.5.1. Ciò detto, viene naturale osservare nel solco di quanto appena premesso circa le obiezioni che la ricorrente muove alla sentenza impugnata, per aver ritenuto dirimente il giudicato formatosi in ordine alla nullità della clausola limitativa della responsabilità e per aver escluso la ricorrenza quale fattispecie liberatoria del caso fortuito, che nell'uno e nell'altro caso la questione posta attiene fondamentalmente ad un problema di valutazione della prova. Non è per vero disagevole, seguendo per un momento il filo delle considerazioni critiche svi-



luppate dalla ricorrente, ritenere, in relazione alla prima lagnanza, che il giudice d'appello, quand'anche avesse correttamente ravvisato l'esistenza del giudicato, avrebbe dovuto tuttavia valutare la pretesa dell'appellata alla stregua del metro giuridico della colpa lieve, onde nello scrutinare le risultanze probatorie scaturite dall'istruttoria processuale non avrebbe potuto esimersi dal considerare opponibile la clausola di esonero, le dette risultanze probatorie portando invero a concludere che l'inadempimento della banca fosse nella specie imputabile a colpa lieve; così' come in relazione alla seconda, dove la critica al ragionamento probatorio compiuto dal giudice d'appello si fa più diretta, che il richiamo alle circostanze di fatto emerse nel corso del processo, se debitamente deliberate, avrebbe dovuto condurre il decidente a declinare la richiesta declaratoria di responsabilità dell'ente creditizio essendo provato che il fatto era nella specie attribuibile alla fortuita' del caso. 1.5.2. Ora, anche senza rammentare che sotto questo versante l'accertamento richiesto al giudice di merito deve esercitarsi in maniera coerente rispetto alla funzione tipica del contratto, che consiste nel mettere a disposizione una complessa struttura materiale, tecnica ed organizzativa idonea a realizzare condizioni di sicurezza che al cliente sono ordinariamente precluse nella sua sfera privata ed in ogni caso che all'esito di questo procedimento non è sufficiente ad escludere la colpa della banca "la prova generica della sua diligenza" (Cass., Sez. 1, 27/11/2011, n. 28835), il giudizio conclusivamente espresso nella sentenza impugnata allorché, accertando e dichiarando la responsabilità della banca, ha escluso sia che l'evento lamentato dall'appellata fosse fortuito sia, vieppiù, che la colpa della banca fosse lieve e che fosse perciò invocabile sul piano del tantudem risarcitorio la clausola di esonero, insiste segnatamente sugli aspetti fattuali della vicenda ed ha ad oggetto - come la Corte partenopea si dà cura di lumeggiare richiamandosi diffusamente alle risultanze del processo - un ampio ventaglio di circostanze incidenti sugli aspetti spazio-temporali dell'evento e sui profili della condotta che nei limiti delle censure qui sollevate non sono suscettibili di rimeditazione da parte di questa Corte non essendo essa giudice del fatto sostanziale e non potendo sostituire perciò il proprio giudizio a quello espresso dal giudice di merito. 2.1. Il secondo motivo di ricorso allega per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione dell'articolo 1225 c.c. in cui il giudice d'appello sarebbe incorso poiché, pur qualificando la responsabilità della banca come contrattuale, ha tuttavia ommesso "di contenere la condanna ai soli danni prevedibili, con ciò ponendosi in aperta violazione del disposto dell'articolo 1225 c.c.". 2.2. Il motivo è infondato. 2.3. Come questa Corte ha già precisato il contratto previsto dall'articolo 1839 c.c. è un contratto a prestazioni corrispettive con il quale la banca si obbliga, verso il pagamento di un canone, a mettere a disposizione del cliente locali idonei all'espletamento del servizio delle cassette di sicurezza ed a provvedere alla custodia degli stessi ed alla integrità della cassetta, a prescindere dalla natura e dal valore degli oggetti immessi dal cliente - il quale ha diritto di mantenerne segreto il contenuto - elementi questi ultimi che restano estranei alle obbligazioni contrattuali delle parti (Cass., Sez. U., 23/02/1995, 2067). In questa cornice, le prestazioni cui la banca è tenuta non subiscono in linea di principio variazioni in dipendenza del valore degli oggetti immessi nella cassetta e,



poiche' non e' configurabile in capo al cliente una violazione del dovere di buona fede per il solo fatto che egli abbia omesso di informare la banca in ordine ai beni immessi e al loro valore, la prevedibilita' dei danni cui la banca puo' essere chiamata a rispondere in caso di inadempimento va correlata unicamente alle obbligazioni da essa assunte con la conclusione del contratto, a nulla rilevando percio' il fatto che sia mancata una siffatta comunicazione da parte del cliente non essendo essa suscettibile, in quanto estranea all'oggetto del contratto, di circoscrivere l'obbligo risarcitorio della banca sotto il profilo della imprevedibilita' del danno, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1225 c.c. (Cass., Sez. 1, 29/07/2004, n. 14462). 2.4. Cio' posto, a diversa conclusione non e' possibile pervenire neppure in presenza di una clausola che contempra la concessione dell'uso della cassetta per la custodia di cose di valore non eccedente un determinato ammontare, facendo carico al cliente di non inserirvi beni di valore complessivamente superiore, e che, correlativamente, neghi oltre detto ammontare la responsabilita' della banca per la perdita dei beni medesimi, lasciando sul cliente gli effetti pregiudizievoli ulteriori, atteso che una clausola siffatta, ad onta del tenore, "integra un patto limitativo non dell'oggetto del contratto, ma del debito risarcitorio della banca, in quanto, a fronte dell'inadempimento di essa all'obbligo di tutelare il contenuto della cassetta (obbligo svincolato da quel valore, alla stregua della segretezza delle operazioni dell'utente), fissa un massimale all'entita' del danno dovuto in dipendenza dell'inadempimento stesso" e ricade percio' nell'ambito previsionale dell'articolo 1229 c.c., comma 1, (Cass., Sez. U., 1/07/1994, n. 6225), non diversamente, del resto, da cio' che si verifica in presenza di una clausola direttamente limitatrice della responsabilita' del debitore per i casi di dolo o colpa, giacche' in tal caso, operando essa sul piano della condotta e non su quello dell'evento, va infatti escluso che "tale clausola possa influire sulla limitazione quantitativa del danno risarcibile sotto il profilo della prevedibilita' del danno stesso (articolo 1225 c.c.)" (Cass., Sez. 3, 30/09/2009, n. 20948). 3.1. Con il quarto motivo di ricorso la banca ricorrente si duole per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, della violazione e falsa applicazione degli articoli 1839, 2697, 2727 e 2729 c.c. con riguardo alla prova dell'entita' del danno, della violazione e falsa applicazione dell'articolo 1839 c.c. e articolo 115 c.p.c. con riguardo all'obbligo di segretezza ed al principio di non contestazione, vero, infatti, che sebbene fosse onere dell'utente provare il danno subito, nella specie "la resistente non ha assolto l'onere probatorio su di essa gravante", a nulla rilevando sotto il profilo della coerenza del procedimento presuntivo la dettagliata denuncia all'autorita' di polizia ovvero le prove testimoniali assunte al riguardo, non provando l'una e le altre l'immissione nella cassetta di sicurezza dei gioielli sottratti al momento della rapina, cosi' come parimenti privo di rilevanza doveva ritenersi il fatto che il preteso contenuto della cassetta di sicurezza non avesse formato oggetto di contestazione da parte di essa deducente atteso che la banca per la riservatezza del servizio, ignora e deve ignorare che cosa il cliente ripone nella cassetta. 3.2. Il motivo e' infondato in relazione a ciascuno dei profili che ne sono oggetto. 3.3.1. Laddove la censura sviluppata in relazione alla decisivita' della prova presuntiva divisata dal giudice d'appello mette le sue radici nel denunciare un errore di diritto - giacche' si e' pale-



semente fuori da questo perimetro laddove la censura attiene alla concluzione in fatto degli elementi indiziari accolti dal giudice d'appello - la sua infondatezza discende de plano dal contrario opinamento di questa Corte secondo cui "nella prova del danno determinato dalla sottrazione dei beni depositati in cassetta di sicurezza, e' ammissibile il ricorso a presunzioni semplici ed a prove testimoniali" (Cass., Sez. 3, 25/11/2008, n. 28067, in *Giur. It.*, 2009, 10, 2190), risultando, anzi, esso doveroso - tanto da giustificare in caso di omissione non adeguatamente motivata la cassazione della relativa decisione - trattandosi di danni dei quali, come si notato nell'occasione, e' estremamente difficile, se non impossibile fornire la prova storica. 3.3.2. Non coglie viceversa nel segno il rilievo riguardante la violazione del principio di non contestazione, atteso che il giudice d'appello ha modulato il proprio giudizio in proposito non gia' con riferimento all'attivita' probatoria cui sono chiamate le parti ed in relazione alla quale si renda applicabile l'articolo 115 c.p.c. e risulti, se del caso, censurabile l'errata applicazione che di esso faccia il giudice di merito, ma nell'ambito della dinamica propria del giudizio presuntivo, osservando che le circostanze addotte dall'appellata in funzione della prova indiziaria del contenuto della cassetta non avevano trovato ex adverso alcuna replica atta a comprometterne la valenza probatoria e a precludere che la prova del fatto dedotto fosse cosi' data a mezzo di un idoneo procedimento critico. 4.1. Il quinto motivo di ricorso denuncia per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3 la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2736 c.c., n. 2, articoli 2697, 2727 e 2729 c.c. e dell'articolo 241 c.p.c. con riguardo all'onere della prova e dell'articolo 115 c.p.c. con riguardo al principio di non contestazione, avendo il giudice d'appello deferito, confondendo nella specie il giuramento suppletorio con il giuramento estimatorio, alla parte quest'ultimo, sebbene il diverso convincimento sul punto del giudice di prime cure non fosse "sindacabile" alla stregua delle regole in materia di onere della prova, non "esistesse" la semipiena prova richiesta al riguardo e fossero stati ritenuti erroneamente "esistenti" i presupposti per applicare l'articolo 241 c.p.c., a nulla rilevando in contrario che la banca non avesse contestato il contenuto della perizia estimativa. 4.2. Il motivo e' affetto da pregiudiziale inammissibilita' in quanto inteso a sollecitare una rivisitazione delle circostanze di fatto in considerazioni delle quali il giudice territoriale ha ritenuto di deferire all'appellata il giuramento estimatorio. Per vero, premesso che come questa Corte ha nuovamente precisato di recente - ravvisandone l'esperibilita' ai fini di determinare il tantundem risarcitorio proprio in relazione ad una controversia in cui in speculare coincidenza con il caso oggi in esame era in discussione, oltre al numero ed alla qualita', anche il valore dei gioielli custoditi all'interno di una cassetta di sicurezza e trafugati durante una rapina (Cass., Sez. 1, 15/03/2016, n. 5090) la deferibilita' del giuramento estimatorio non puo' essere messa in dubbio quando - come qui e come ricorda il citato precedente - si tratta di "stabilire il valore di una cosa perduta o perita a causa dell'inadempimento di un'obbligazione strumentale alla sua conservazione", le obiezioni che la banca ricorrente muove con il motivo in disamina alla sentenza impugnata - in disparte dallo scambievole impiego di cui sono fatti oggetto nell'illustrazione del motivo gli istituti del giuramento suppletorio e del giuramento estimatorio - attengono alla sussistenza



dei presupposti in base ai quali quest'ultimo può essere deferito, non potendo infatti, a giudizio della deducente, desumersi la prova del possesso dei beni e della presenza degli stessi nella cassetta di sicurezza al momento della rapina sulla base della perizia estimativa versata in atti e del fatto che sia mancata di essa ogni contestazione da parte sua. In questi termini però la sollevata censura, pur prospettando formalmente una violazione di legge, investe un profilo fattuale della vicenda, in quanto chiede che la concluzione degli elementi presuntivi, in guisa dei quali il giudice d'appello ha ritenuto raggiunta la prova in questione ed ha ritenuto di disporre sulla base di ciò, onde colmare il deficit probatorio risultante al riguardo, il mezzo istruttorio del giuramento estimatorio, sia fatta oggetto di un rinnovato apprezzamento da parte di questa Corte e che dunque la Corte procedendo in questo senso si sostituisca al giudice di merito nel riformulare il giudizio sul fatto sostanziale che solo a lui compete stilare e che non è prerogativa del giudizio di legittimità. 5.1. Con il sesto motivo di ricorso la banca, per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, lamenta la violazione e falsa applicazione degli articoli 1227 e 1224 c.c. riguardo al presunto maggior danno, nonché l'omesso esame della "(presunta) sottrazione di contanti in valuta estera" avendo il giudice d'appello proceduto alla liquidazione degli accessori del credito risarcitorio in ragione della ritenuta natura contrattuale della responsabilità della banca e della ritenuta natura di valore della relativa obbligazione e dunque dell'automatica rivalutazione della somma oggetto di condanna anche con riferimento al danno rappresentato dalla sottrazione di dollari pari ad euro 8500,00, e ciò sebbene, costituendo quest'ultima un'obbligazione pecuniaria, la mera domanda di rivalutazione concernente anche quest'ultima "andava rigettata" non avendo l'attrice dedotto né tantomeno provato alcunché al riguardo. 5.2. Il motivo è infondato. Il credito risarcitorio da inadempimento contrattuale genera notoriamente un'obbligazione di valore, sicché il giudice deve tener conto, anche di ufficio, della svalutazione monetaria verificatasi fino alla data della relativa decisione, perché l'integrale ed effettiva reintegrazione del patrimonio del danneggiato nella situazione del danneggiato in cui si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'evento dannoso, alla quale il risarcimento è preordinato, può essere conseguita solo tenendo conto di tale svalutazione (Cass., Sez. 3, 27/06/2016, n. 13225; Cass., Sez. 1, 10/03/2010, n. 5843; Cass., Sez. 3, 01/12/2003, n. 18299). Rettamente perciò il giudice d'appello ha proceduto ad accordare la rivalutazione del credito scaturito in favore dell'appellata anche con riferimento al denaro sottratto, dovendo questo intendersi qui nella sua veste di bene giuridico e non di equivalente pecuniario. 6.1. Il settimo motivo di ricorso deduce per gli effetti dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione degli articoli 91 e 92 c.p.c. in combinazione con l'articolo 329 c.p.c., atteso che il giudice d'appello, condannando la deducente pure alla rifusione delle spese del giudizio di primo grado, avrebbe violato le norme richiamate in quanto il giudice di primo grado aveva disposto la compensazione delle spese di giudizio e "tale capo della sentenza non è stato fatto oggetto di impugnazione da parte dell'odierna resistente nel precedente grado di giudizio". 6.2. Il motivo è infondato. Va qui invero ribadito, a conferma della correttezza del deliberato d'appello anche in parte qua, il convincimento ancora di



recente espresso da questa Corte giusta il quale "in materia di liquidazione delle spese giudiziali, il giudice d'appello, mentre nel caso di rigetto del gravame non puo', in mancanza di uno specifico motivo di impugnazione, modificare la statuizione sulle spese processuali di primo grado, allorché riformi in tutto o in parte la sentenza impugnata, e' tenuto a provvedere, anche d'ufficio, ad un nuovo regolamento di dette spese alla stregua dell'esito complessivo della lite, atteso che, in base al principio di cui all'articolo 336 c.p.c., la riforma della sentenza del primo giudice determina la caducazione del capo della pronuncia che ha statuito sulle spese" (Cass., Sez. 6-3, 24/01/2017, n. 1775). 7. Il ricorso va dunque conclusivamente respinto. 8. Le spese seguono la soccombenza. Ricorrono le condizioni per l'applicazione del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

Respinge il ricorso e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in euro 10200,00, di cui euro 200,00 per esborsi, oltre al 15% per spese generali ed accessori di legge. Ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002, articolo 13, comma 1-quater, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso. Così' deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione prima civile, il 16 marzo 2017. Depositato in Cancelleria il 27 luglio 2017.



RESPONSABILITÀ CIVILE – SPESE DI SPEDALITÀ– RIMBORSO

CASS. CIV., SEZ. III, 16-10-2017, N. 24289

In ipotesi di prestazioni sanitarie rese dal ssn in favore del danneggiato da un fatto illecito altrui, l'azienda sanitaria non può agire nei confronti del responsabile né in rivalsa né in surrogazione, atteso che, dopo l'introduzione del principio di gratuità delle prestazioni medesime e la fiscalizzazione del relativo finanziamento, per un verso non è più riconoscibile al ssn la qualifica di assicuratore sociale, mentre, per altro verso, non esiste un diritto del danneggiato nel quale l'ente possa surrogarsi; al fine di recuperare i costi delle prestazioni, l'asl è peraltro legittimata ad esperire nei confronti del responsabile l'azione ex art. 2043 c.c., stante l'obbligo dell'autore dell'illecito di risarcire tutte le conseguenze dirette dello stesso, compresi i costi sostenuti dal ssn per le cure mediche e l'assistenza sanitaria; tale legittimazione viene meno, peraltro, con riguardo alle prestazioni erogate alle vittime di sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per il cui finanziamento è previsto, ai sensi dell'art. 334 d.leg. n. 209 del 2005, un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, che la legge espressamente dichiara «sostitutivo» delle azioni spettanti alle regioni e agli enti che erogano prestazioni a carico del ssn.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento ha ingiunto, ai sensi del Regio Decreto 14 aprile 1910, n. 639, a Ce. Gi. il pagamento dell'importo di 33.522,49 a titolo di rivalsa dei costi delle le cure mediche prestate a tale Ar. Ma. , a seguito di un incidente sul lavoro imputabile all'ingiunto. Il Tribunale di Trento, accogliendo l'opposizione proposta dal Ce. , ha annullato il decreto ingiuntivo. La Corte d'appello, adita dall'Ente, ha riformato la decisione di primo grado, rigettando l'opposizione del Ce. . Costui ricorre allegando quattro motivi di censura, illustrati da successiva memoria. L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari resiste con controricorso, chiedendo la riunione del presente giudizio a quello n. 15413/2015, fissato sul ruolo della stessa udienza di discussione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Preliminarmente va rigettata l'istanza di riunione del presente giudizio con quello n. 15413/2015. Infatti, sebbene le questioni di diritto siano almeno in parte sovrapponibili, non ricorrono i presupposti per la riunione che, a mente dell'articolo 335 c.p.c., e' possibile solo quando piu' impugnazioni sono proposte avverso la medesima sentenza. 2.1 Con il primo motivo si deduce - ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3), - la violazione e/o falsa applicazione degli articoli 1886 e 1916 c.c., della L. 23 dicembre 1978, n. 833, articolo 63, (Istituzione del servizio sanitario nazionale) e del Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446 (Istituzione dell'imposta regionale e riordino della disciplina dei tributi locali), in relazione alla qualifica di assicuratore sociale in capo all'Azienda Provinciale per i Servizi Sa-



nitari (APSS). La questione - risolta in termini affermativi nella sentenza impugnata - e' se sia ammissibile l'esercizio, da parte dell'Azienda sanitaria, dell'azione di rivalsa ex articolo 1916 c.c., nei confronti degli autori degli illeciti che hanno cagionato la necessita' di prestazioni mediche nei confronti degli assicurati con il Servizio Sanitario Nazionale (SSN). Poiche' l'azione di rivalsa prevista dall'articolo 1916 c.c., e' riservata all'assicuratore, la soluzione del quesito innanzi prospettato richiede anzitutto che si proceda alla qualificazione del rapporto intercorrente fra il Servizio Sanitario Nazionale e i cittadini in termini di assicurazione sociale o di mera prestazione assistenziale. 2.2 La tesi che qualifica il SSN come assicurazione sociale e' stata affermata in piu' occasioni - ancorche' in sede di riparto di giurisdizione - dalle Sezioni unite (Sez. U, Sentenza n. 7267 del 13/07/1990, Rv. 468235; Sez. U, Sentenza n. 6480 del 29/11/1988, Rv. 460800). Venne osservato che la L. n. 833 del 1978, articolo 63, prevedeva, direttamente con il SSN, l'assicurazione obbligatoria contro le malattie dei cittadini non iscritti ad alcun ente mutualistico, previo pagamento all'INPS di un contributo annuo da determinarsi sulla base dei parametri fissati con decreto ministeriale (che tenevano conto delle variazioni previste nel costo medio pro-capite dell'anno precedente per le prestazioni sanitarie gia' erogate dal disciolto INAM). Cio' comportava l'insorgere di un rapporto previdenziale, caratterizzato da un vero e proprio diritto dell'assistito alle prestazioni sanitarie e dal correlativo diritto dell'Istituto a riscuotere il contributo. Pertanto, in vigenza del sistema contributivo di finanziamento del SSN, agli enti gestori del servizio che avessero erogato prestazioni sanitarie in favore di vittime di lesioni derivanti da fatto illecito di terzi, spettava il diritto di surrogazione, ai sensi degli articoli 1916 e 1886 c.c., nei diritti delle vittime verso i terzi responsabili, attesa la natura assicurativa del rapporto tra detti enti e i cittadini utenti del servizio (Sez. 1, Sentenza n. 4460 del 26/03/2003, Rv. 561439). In particolare, il diritto di rivalsa trovava fondamento nella L. 3 dicembre 1931, n. 1580, articolo 1, commi 1 e 3, (Norme per la rivalsa delle spese di spedalita' e manicomiali), disciplina che la giurisprudenza ha ritenuto non essere stata tacitamente abrogata dalla riforma sanitaria attuata con la L. n. 833 del 1978, istitutiva del SSN (Sez. 1, Sentenza n. 481 del 20/01/1998, Rv. 511752; Sez. 1, Sentenza n. 7989 del 01/10/1994, Rv. 487968). Tuttavia, la riforma del '78, affermando il principio di gratuita' delle prestazioni sanitarie rese dal SSN, aveva fortemente ridimensionato l'ambito operativo del diritto di rivalsa L. n. 1580 del 1931, ex articolo 1, ristretto esclusivamente a quelle ipotesi, indubbiamente residuali, in cui la gratuita' non sussistesse (per un'analitica ricognizione delle prestazioni sanitarie non gratuite si v. la gia' citata sentenza n. 4460/2003). Inoltre, la L. 27 dicembre 1997, n. 449, articolo 8, comma 3, (modificato dalla L. 23 dicembre 1998, n. 448, articolo 45) rinviava all'adozione di un regolamento ministeriale la disciplina organica del rimborso delle prestazioni erogate a favore dei cittadini a causa di incidenti stradali o di infortuni sul lavoro o malattie professionali. 2.3 Il quadro innanzi descritto - che, come s'e' visto, pur conservando in linea di principio la regola della surrogazione, ne vedeva significativamente eroso l'effettivo ambito di applicazione - e' radicalmente mutato con il Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, articolo 36, che ha abrogato il sistema contributivo di finanziamento



del SSN. Per effetto di tale riforma si è avuta la c.d. "fiscalizzazione" del finanziamento del Servizio Sanitario, attuata mediante la sostituzione dei menzionati contributi sociali di malattia con entrate di natura fiscale. Sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione è univoca: al contributo dovuto al Servizio Sanitario Nazionale deve essere riconosciuta natura tributaria, desumibile dall'imposizione di un sacrificio economico attraverso un atto autoritativo ablatorio e dalla destinazione del relativo gettito alla copertura di spese pubbliche, nonché dalla sua riconducibilità, quale sovrainposta IRPEF, alle imposte sui redditi. Infatti si tratta di una imposta che non trova giustificazione in un rapporto sinallagmatico tra la prestazione e il beneficio ricevuto dal singolo, sussistendo tale imposizione anche se l'interessato, che pure ha il potenziale diritto a ottenere l'assistenza sanitaria, non vi ricorre (Sez. U, Sentenza n. 2871 del 06/02/2009, Rv. 606586; Sez. U, Ordinanza n. 123 del 09/01/2007, Rv. 600673). Si tratta di pronunce rese, ancora una volta, in sede di riparto di giurisdizione (ma v. pure Sez. L, Sentenza n. 20006 del 22/09/2010, Rv. 615283; Sez. 5, Sentenza n. 23800 del 22/12/2004, Rv. 578676), però dalle stesse - che nel dettaglio risentono delle diverse norme stratificatesi nel tempo e' possibile tratte l'univoco principio che il finanziamento del SSN non si basa più su un criterio di natura previdenziale, bensì fiscale. La natura tributaria del contributo per le prestazioni del servizio sanitario nazionale è stata infine espressamente affermata dalla L. 28 dicembre 2001, n. 448, articolo 12, comma 2, (legge finanziaria 2002), sostitutivo del Decreto Legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, articolo 2, (disposizioni sul processo tributario).

2.4 Si pone, a questo punto, il quesito se il diritto di rivalsa previsto dall'articolo 1916 c.c., per gli assicuratori possa tuttora estendersi e applicarsi alle Aziende sanitarie, il cui finanziamento non avviene più mediante una contribuzione di carattere previdenziale, ma tramite un'imposta fiscale (variamente denominata nel tempo, anche come "tassa sulla salute"). La risposta affermativa formulata dalla Corte d'appello fa perno sul regime di "assicurazione obbligatoria" tuttora previsto dalla L. n. 833 del 1978, articolo 63. Di tale norma, però, si è occupata - sotto il diverso profilo dell'ammissibilità di un quesito referendario abrogativo - anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 43 del 2000. In proposito il Giudice delle leggi ha osservato: "La disposizione (...) stabiliva una regola diretta ad attuare la transizione dal sistema mutualistico, basato su un regime di assicurazione per categorie, ad un sistema di sicurezza sociale per tutta la popolazione, attuato mediante il Servizio sanitario nazionale, sin dall'origine costituito da funzioni, strutture e servizi diretti a garantire a tutti i cittadini i livelli di protezione stabiliti dal piano sanitario. Tale transizione è ormai compiuta. Non si è più, dunque, in presenza di un rapporto assicurativo, sia pure obbligatorio, né di prestazioni sanitarie dovute in ragione, se non in corrispettivo, di un contributo. Il sistema complessivo delineato dalla L. n. 833 del 1978, sul quale non incide il quesito referendario, caratterizzato dalla universalità dell'assistenza, garantita dal Servizio sanitario nazionale a tutti i cittadini, il cui diritto deriva direttamente dalla legge, mentre l'iscrizione negli elenchi degli utenti (prevista dall'articolo 19 della stessa legge) costituisce solo un adempimento amministrativo per l'organizzazione delle prestazioni (sentenza n. 39 del 1997). La non configurabilità, nel contesto del sistema le-



gislativo, di un meccanismo assicurativo, il quale costituirebbe invece il presupposto dell'iniziativa referendaria, e' ancor piu' accentuata dalla avvenuta abrogazione dei contributi per il Servizio sanitario nazionale, disposta contestualmente al finanziamento dello stesso Servizio mediante il gettito fiscale previsto dal Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, che ha istituito l'imposta regionale sulle attivita' produttive (in particolare articoli 36, 38 e 39). In definitiva all'eventuale soppressione della L. n. 833 del 1978, articolo 63, comma 2, non conseguirebbe l'effetto abrogativo prefigurato, che si vorrebbe far consistere nella possibilita' di uscire dal Servizio sanitario nazionale scegliendo una assicurazione privata". 2.5 La condivisibile ricostruzione delle connotazioni strutturali e funzionali dell'attuale sistema del SSN rende evidente, in ultima battuta, che in capo alle Aziende sanitarie difetta la qualifica di assicurazione sociale (obbligatoria) che un tempo era invece loro riconoscibile. Tale mutato quadro normativo reca la conseguenza che non ricorrono i presupposti per l'applicazione diretta dell'articolo 1916 c.c.. 2.6 Nell'attuale regime normativo non e' possibile basare l'azione di rivalsa dell'Azienda sanitaria neppure sul gia' L. 3 dicembre 1931, n. 1580, citato articolo 1, che secondo giurisprudenza anche recente (Sez. 3, Sentenza n. 19642 del 18/09/2014, Rv. 632854) - troverebbe ancora residuale applicazione negli interventi socio-assistenziali non immediatamente e prevalentemente diretti alla tutela della salute del cittadino. Tale disposizione, infatti, e' stata abrogata dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 122. 2.7 Infine, va verificata anche d'ufficio, trattandosi di una questione di diritto - la possibilita' di (ri)qualificare l'azione di rivalsa dell'Azienda sanitaria come azione surrogatoria, ai sensi dell'articolo 1203 c.c., n. 3. Anche tale soluzione risulta pero' impercorribile, in quanto non e' possibile individuare l'oggetto della surrogazione. Infatti, il danneggiato che ha ricevuto cure gratuite non ha titolo per chiederne il rimborso al danneggiante. Di conseguenza, non esiste un diritto in cui il SSN si possa surrogare. A tacere del fatto che - nell'ipotesi di specie - vi e' disomogeneita' fra la prestazione resa e il contenuto della pretesa fatta valere in via di surroga, in quanto il SSN renderebbe all'assistito una prestazione di servizi (sanitari), rivalendosi nei confronti del danneggiante per un credito pecuniario (il costo dei servizi sanitari). 2.8 In conclusione, l'azione di rivalsa esercitata dall'Azienda sanitaria nei confronti del ricorrente sprovvista di fondamento normativo. Essa, infatti, non trova appiglio ne' nella L. 3 dicembre 1931, n. 1580, articolo 1, non piu' vigente; ne' nell'articolo 1916 c.c., che si applica solo a vantaggio degli assicuratori, qualifica non piu' riconoscibile al SSN, specie dopo l'introduzione del principio di gratuita' delle prestazioni sanitarie e la fiscalizzazione del relativo finanziamento; ne' nell'articolo 1203 c.c., n. 3, non ricorrendo i presupposti per l'azione surrogatoria ordinaria. Il primo motivo deve essere dunque accolto. 3. Con il secondo motivo si deduce la violazione e falsa applicazione dell'articolo 1916 c.c., nonche' l'omesso esame di un fatto decisivo ai fini del giudizio. Con l'articolata censura, il ricorrente sostiene che la Corte d'appello non avrebbe considerato che la rivalsa ex articolo 1916 c.c., e' da considerarsi una successione a titolo particolare dell'assicuratore nella posizione creditoria dell'assicurato nei confronti del responsabile del danno. L'infortunato, non avendo corrisposto alcunché a corrispettivo delle spese mediche ricevute, non potrebbe pretendere nul-



la nei confronti del responsabile civile. Non esistendo un credito cui surrogarsi, non potrebbe in alcun modo azionarsi una surroga. Il motivo è fondato. Con lo stesso, infatti, si prospetta una questione sovrapponibile a quella esaminata nel par. 2.7 in tema di surrogazione. Si tratta quindi di una censura fondata per le stesse ragioni ivi esposte. 4.1 Occorre a questo punto considerare che l'APSS aveva però formulato, fin dall'origine, cumulativamente anche domanda di risarcimento dei danni ai sensi dell'articolo 2043 c.c., come si ricava già dalla lettera di costituzione in mora che ha preceduto l'emissione dell'ingiunzione di pagamento ex Regio Decreto 14 aprile 1910, n. 639. La Corte d'appello, attribuendo all'Azienda il diritto alla rivalsa previsto dall'articolo 1916 c.c., ha dichiarato assorbito il motivo di impugnazione relativo alla possibilità di riconoscerle - in alternativa - il diritto al risarcimento del danno extracontrattuale. L'accoglimento dei primi due motivi determina, quindi, la "reviviscenza" della domanda subordinata formulata dalla APSS, non vagliata dai giudici di merito. 4.2 La questione merita attenzione. Infatti, se, da un lato, è vero che all'APSS non spetta l'azione di rivalsa ex articolo 1916 c.c., né simili, dall'altro lato va rilevato che la domanda risarcitoria formulata ai sensi dell'articolo 2043 c.c., è invece astrattamente fondata. Com'è noto, l'autore di un fatto illecito da cui sia derivato a terzi un danno alla salute, ha l'obbligo di risarcire tutte le conseguenze dirette del fatto, compresa la refusione del costo delle eventuali cure mediche e dell'assistenza sanitaria (ex plurimis: Sez. 3, Sentenza n. 10616 del 26/06/2012, Rv. 624916; Sez. 3, Sentenza n. 712 del 19/01/2010, Rv. 611107; Sez. 3, Sentenza n. 5504 del 08/04/2003, Rv. 561970). Il SSN è un sistema costituzionalizzato di tutela della salute collettiva, che assicura a qualsiasi infortunato le necessarie cure mediche e l'assistenza sanitaria, qualora quest'ultimo non ricorra a prestazioni sanitarie erogate in regime privatistico. Conseguenza che nel perimetro delle conseguenze dirette - e quindi risarcibili - del fatto illecito rientrano anche le prestazioni sanitarie eventualmente erogate dal SSN al danneggiato e il loro relativo costo. Si tratta, infatti, di un danno prevedibile (articolo 1225 c.c.), giacché il danneggiante non può non sapere che il danneggiato sarà curato (quantomeno) dal SSN, essendo quest'ultimo un sistema generalizzato di tutela della salute di qualsiasi infortunato. Nel quadro così delineato non assume alcun rilievo la circostanza che il SSN eroghi al bisognoso le cure in regime di gratuità. Sebbene l'infortunato non debba sostenere alcun esborso, ciò non toglie né che le prestazioni medico-sanitarie rese abbiano un costo oggettivo, né che di tale costo possa essere chiamato a rispondere, secondo la clausola generale della responsabilità aquiliana, il danneggiante. La gratuità delle prestazioni, infatti, è assicurata a chi ne ha bisogno, non anche a chi, con la propria condotta illecita, abbia determinato la lesione alla salute di terzi che necessitano dell'intervento del SSN. Conseguenza che i costi dell'assistenza medica e delle prestazioni sanitarie eventualmente erogate dal SSN al danneggiato devono essere risarcite dall'autore del fatto illecito, quali conseguenze dirette e prevedibili, al pari di come lo sarebbero le spese sostenute dal danneggiato per ricevere le cure necessarie in regime privatistico. Non assume rilievo la circostanza che il danneggiato si sia rivolto, per ottenere la necessaria assistenza medico-sanitaria, a strutture private pubbliche. Nel primo caso, il danneggiante dovrà rim-



borsare al danneggiato gli esborsi sostenuti; nell'altro, nonostante il danneggiato non abbia sostenuto alcun esborso, il danneggiante sarà comunque tenuto a rifondere il costo delle prestazioni mediche e dell'assistenza sanitaria, in favore in tal caso - dell'Ente che le ha erogate. L'erogazione gratuita delle prestazioni medico-sanitarie in favore dell'infortunato, del malato o del ferito, infatti, non comporta l'irresponsabilità del danneggiante. Viceversa, a ragionare diversamente si perverrebbe all'affermazione dell'assoluta irresponsabilità del danneggiante, che, "garantito" dalla gratuità delle prestazioni che il SSN renderà al danneggiato, si sottrarrebbe all'obbligo della refusione delle cure mediche e delle prestazioni sanitarie rese necessarie quale conseguenza diretta del suo fatto illecito. Ciò, chiaramente, non vale per le ipotesi in cui le prestazioni erogate dal SSN siano già altrimenti finanziate. Così avviene, in particolare, nel caso dei danneggiati dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, per il cui finanziamento è previsto un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, a norma del Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, articolo 334, "Codice delle assicurazioni private" (tale modalità di finanziamento, peraltro, era già prevista dalla L. 24 dicembre 1969, n. 990, articolo 11 bis, dalla L. 27 dicembre 1997, n. 449, articolo 38, e dalla L. 23 dicembre 2000, n. 388, articolo 89, oggi abrogati). Tale contributo espressamente dichiarato dalla legge come "sostitutivo delle azioni spettanti alle Regioni e agli altri enti che erogano prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale". Ovviamente, in tali ipotesi non vi è spazio neppure per il risarcimento dei danni ex articolo 2043 c.c.. Da un lato, si pone l'evidente omnicomprensività della dicitura "sostitutivo delle azioni", cioè di "tutte" le azioni; espressione più appropriata, per le ragioni illustrate nelle pagine precedenti, di quella che era contenuta nella L. n. 499 del 1997, abrogato articolo 38, ("Contributo assicurativo sostitutivo delle azioni di rivalsa") e indicativa dell'intenzione di comprendere anche le azioni recuperatorie diverse da quella di rivalsa e quelle risarcitorie. Dall'altro, della responsabilità aquiliana difetta pure l'elemento del danno, poiché le prestazioni medico-sanitarie sono già compensate secondo il meccanismo del prelievo legale sui premi assicurativi innanzi descritto. Occorre aggiungere che la L. n. 449 del 1997, menzionato articolo 38, concerneva anche le prestazioni erogate da SSN a seguito di infortuni sul lavoro o malattie professionali e rinviava ad un emanando decreto ministeriale per la disciplina concernente il rimborso. Tale disposizione, tuttavia, è stata abrogata e sostituita dalla L. 23 dicembre 2000, n. 388, articolo 89, comma 1, che ha limitato l'operatività del finanziamento attuato mediante un contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile, alle sole prestazioni erogate ai cittadini coinvolti in incidenti di veicoli a motore o di natanti. Conseguenza che, a decorrere dal 10 gennaio 2001 (data di entrata in vigore della L. n. 388 del 2000), il contributo assicurativo "sostitutivo delle azioni" (originariamente previsto dalla L. n. 449 del 1997, articolo 38) non riguarda più le prestazioni medico-sanitarie erogate dal SSN in caso di infortuni sul lavoro o di malattie professionali. Pertanto, è possibile affermare che, in relazione alle prestazioni medico-sanitarie erogate gratuitamente dal SSN, si possono distinguere quattro ipotesi: - malattia danno alla salute non addebitabile a colpa o dolo di terzi: al SSN non è consentita alcuna rivalsa nei confronti del



degente o di altri; - danno da circolazione stradale e dei natanti: la legge esclude espressamente l'azione di rivalsa, poiché i costi delle prestazioni erogate a tale titolo vengono finanziati mediante un prelievo sulle polizze assicurative; in tali ipotesi al SSN non è consentita neppure l'azione extracontrattuale di risarcimento dei danni, in quanto si tratta di prestazioni già compensate mediante un contributo sostitutivo sui premi delle assicurazioni obbligatorie per la responsabilità civile; - infortuni sul lavoro e malattie professionali: dal 10 gennaio 2001 il caso non è più regolato dalla legge, poiché la L. n. 449 del 1997, articolo 38, (che, a sua volta, rinviava ad un decreto ministeriale per la regolamentazione del settore) è stato abrogato e sostituito da previsioni analoghe, ma vevoli solo per il danno da circolazione stradale e dei natanti; - danno derivante da altre ipotesi di fatto illecito: le cure sono gratuite nel rapporto SSN-degente, ma il primo, che subisce una perdita patrimoniale a causa del fatto illecito di un terzo, ha diritto ad essere risarcito da quest'ultimo ai sensi dell'articolo 2043 c.c.. 4.3 Come già in precedenza osservato, nella vicenda in esame la domanda risarcitoria ex articolo 2043 cod. civ. ancora sub iudice, in quanto mai esaminata dalla corte territoriale. La Corte d'appello ha dichiarato assorbite tanto la domanda subordinata dell'APSS, quanto le censure dell'appellante in ordine alla prova del nesso causale tra la condotta illecita e il danno risarcibile, trattandosi di una tesi illustrata solo nella prospettiva che l'azione dell'Azienda sanitaria fosse qualificata come aquiliana (soluzione dalla corte medesima scartata, in favore dell'azione ex articolo 1916 c.c.). Conseguente che la sentenza va cassata con rinvio. Occorrono, infatti, ulteriori accertamenti di merito quanto alla sussistenza degli elementi costitutivi della domanda risarcitoria. 5. Conclusivamente, va affermato il seguente principio di diritto: "In caso di cure mediche e prestazioni sanitarie rese dal SSN in favore del danneggiato da fatto illecito altrui, all'Ente non compete l'azione di rivalsa prevista dall'articolo 1916 c.c., né l'azione surrogatoria di cui all'articolo 1203 c.c., n. 3, difettando in entrambi i casi di presupposti di legge. Non compete neppure l'azione speciale prevista dalla L. 3 dicembre 1931, n. 1580, articolo 1, poiché tale disposizione è stata abrogata dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 122. Tuttavia, per recuperare i costi delle prestazioni rese in favore del danneggiato, il SSN può agire per responsabilità extracontrattuale, nei confronti dell'autore del fatto illecito, a ciò non ostando la gratuità delle prestazioni medesime. Tale gratuita, infatti, opera solo nei rapporti fra SSN e degente, ma non esclude la responsabilità aquiliana del danneggiante per i costi effettivamente sostenuti dal SSN, a causa della sua condotta illecita. Il SSN non ha titolo ad agire in sede extracontrattuale nei confronti del responsabile per recuperare i costi delle prestazioni sanitarie rese in favore della vittima di un sinistro derivante dalla circolazione stradale o di natanti, poiché tali prestazioni sono già compensate ex lege mediante il contributo sui premi delle assicurazioni per la responsabilità civile previsto dal Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209, articolo 334, (Codice delle assicurazioni private), espressamente indicato dalla legge come sostitutivo delle azioni spettanti alle Regioni e agli altri enti che erogano prestazioni a carico del Servizio sanitario nazionale". 6. Con il terzo motivo si deduce in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3) e 5), l'inapplicabilità del procedimento di cui al Regio Decreto 14



aprile 1910, n. 639, in ipotesi di responsabilita' ex articolo 2043 c.c.. In particolare, il Ce. impugna il capo della sentenza che, da un lato, ritiene inammissibile l'eccezione circa l'utilizzo da parte dell'APSS dello strumento previsto dal Regio Decreto n. 639 del 1910, in quanto tale eccezione non sarebbe stata riproposta in appello, e dall'altro lato ritiene assorbita la questione circa la non risarcibilita' del fatto illecito ex articolo 2043 c.c.. Il motivo e' infondato, per la ragione - assorbente e piu' liquida - dell'irrelevanza della questione dedotta. Infatti, una volta proposta opposizione al provvedimento ingiuntivo, si apre un giudizio di accertamento dell'esistenza del credito, rispetto al quale l'originaria ammissibilita' dello strumento monitorio e' irrilevante. Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, difatti, non e' limitato alla verifica delle condizioni di ammissibilita' e validita' del decreto, ma si estende anche all'accertamento dei fatti costitutivi, modificativi ed estintivi del diritto in contestazione, con riferimento alla situazione esistente al momento della sentenza (Sez. 1, Sentenza n. 13085 del 22/05/2008, Rv. 603457; Sez. L, Sentenza n. 21432 del 17/10/2011, Rv. 619169). In particolare, giova rilevare che l'APSS, come gia' detto, fin dalla costituzione in mora aveva reclamato le somme di che trattasi non solo ex articolo 1916 c.c., ma anche a titolo di risarcimento danni. Sicche', come precedentemente evidenziato, competera' al giudice di rinvio verificare la sussistenza dei presupposti fattuali per l'accoglimento della domanda risarcitoria, a prescindere dall'originaria compatibilita' della stessa con il procedimento disciplinato dal Regio Decreto 14 aprile 1910, n. 639. 7. Con il quarto motivo si deduce - in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3) - l'indeterminatezza del quantum debeatur, ritenuta ostativa all'adozione del procedimento di cui al Regio Decreto n. 639 del 1910. Questa Corte ha gia' chiarito che lo speciale procedimento disciplinato dal Regio Decreto n. 639 del 1910, utilizzabile, da parte della pubblica amministrazione, non solo per le entrate strettamente di diritto pubblico, ma anche per quelle di diritto privato, purché il credito in base al quale viene emesso l'ordine di pagare la somma dovuta sia certo, liquido ed esigibile (Sez. U, Sentenza n. 11992 del 25/05/2009, Rv. 608328; Sez. 1, Sentenza n. 7076 del 11/04/2016, Rv. 639252; Sez. 1, Sentenza n. 16855 del 25/08/2004, Rv. 576221). In particolare, costituisce credito certo e liquido che l'Amministrazione puo' pretendere con la ingiunzione di cui al Regio Decreto n. 639 del 1910, quello fissato con atto amministrativo meramente ricognitivo di tariffe prestabilite in conformita' alle norme legislative statali e regionali vigenti (Sez. 1, Sentenza n. 19669 del 13/09/2006, Rv. 593662). Nella specie la Corte d'appello ha rilevato che il credito dell'APSS era stato fissato con atto amministrativo meramente ricognitivo di tariffe predeterminate e oggettive e tale accertamento non costituisce oggetto di specifica censura. Il motivo e' dunque infondato. 8. La sentenza impugnata deve essere quindi cassata con rinvio in relazione ai primi due motivi, demandando al giudice del rinvio di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimita'.

P.Q.M.

accoglie il primo e il secondo motivo, rigetta il terzo e il quarto, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia alla Corte d'appello di Trento in diversa com-



posizione, cui demandadi provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità'. Così deciso in Roma, il 26 maggio 2017. Depositato in Cancelleria il 16 ottobre 2017.



PROCEDIMENTO CIVILE – RESPONSABILITÀ AGGRAVATA

CASS. CIV., 17-10-2017, N. 24410.

In tema di procedimento civile, la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata, ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., ha natura sanzionatoria ed officiosa, sicché essa presuppone la mala fede o la colpa grave del processo ed è indipendente dalla prova del danno causalmente derivato alla condotta processuale e dell'avversario, perseguendo indirettamente interessi pubblici, quali il buon funzionamento e l'efficienza della giustizia e, più in particolare, la ragionevole durata del processo con lo scoraggiare le cause pretestuose.

FATTO E DIRITTO

Ritenuto che la Corte d'appello di Perugia, decidendo su numerosi ricorsi volti ad ottenere la condanna del Ministero dell'economia e delle finanze al pagamento dell'indennizzo di cui alla L. n. 89 del 2001, per la irragionevole durata di un giudizio amministrativo, iniziato dinanzi al TAR Lazio nell'aprile 2000 e definito con sentenza depositata nel novembre 2008 (giudizio volto ad ottenere il riconoscimento del diritto alla corresponsione del trattamento economico di missione spettante ai ricorrenti, quali militari impegnati per sei mesi in missione in Albania, anche per i quindici giorni di riposo/recupero maturati nel corso della missione), ha respinto le domande, condannando i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio e i ricorrenti Cu. Gi. Ca. Co. , La. Ma. Ge. , Ra. Ni. e Sa. Gi. al pagamento, in favore del Ministero, della somma di euro 5.000,00 ciascuno a titolo di responsabilità aggravata ex articolo 96 c.p.c.; che la Corte d'appello, quanto a tale ultima statuizione, ha rilevato che i menzionati ricorrenti non erano stati parte del giudizio presupposto; che, quanto alla domanda proposta dagli altri ricorrenti, la Corte d'appello ha ritenuto che la stessa non potesse essere accolta in ragione della natura bagatellare della posta in gioco, in applicazione dell'articolo 35 del protocollo addizionale della CEDU n. 14, risultando il pregiudizio lamentato non rilevante; che per la cassazione di questo decreto hanno proposto ricorso i ricorrenti indicati in epigrafe sulla base di tre motivi; che il Ministero dell'economia e delle finanze ha resistito con controricorso. Considerato che con il primo motivo, proposto nell'interesse di tutti i ricorrenti ad eccezione di Al. Sc. , An. Al. , An. Ma. , Am. Ma. Fr. , Ba. Ma. , Bo. Pi. , Ca. Le. , Ca. An., Ca. Vi. , Ci. Sa. , Do. Sa. , Nu. Ge. , Ri. Li. , Sa. Mo. , Sc. Co. , Sf. Fr. , Si. Al. , Si. Pa. , La. Ma. Ge. e Ra. Ni. , si



deduce violazione dell'articolo 6, par. 1, della CEDU, della L. n. 89 del 2001, articolo 2, e dell'articolo 35 della CEDU; che con tale mezzo si sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere bagatellare la posta in gioco del giudizio presupposto, sia perché oggetto di quel giudizio era la corresponsione di una componente della retribuzione, sia perché, comunque, l'indennità di missione giornaliera ammontava a 120,00 o a 150,00 euro, sicché l'importo dovuto per quindici giorni era tutt'altro che irrisorio, tenuto anche conto delle condizioni socio economiche dei ricorrenti; che con il secondo motivo di ricorso proposto nell'interesse di Al. Sc. , An. Al. , An. Ma. , Am. Ma. Fr. , Ba. Ma. , Bo. Pi. , Ca. Le. , Ca. An. , Ca. Vi. , Ci. Sa. , Do. Sa. , Nu. Ge. , Ri. Li. , Sa. Mo. , Sc. Co. , Sf. Fr. , Si. Al. , Si. Pa. e Ra. Ni. , si denuncia la violazione dell'articolo 112 c.p.c., sul rilievo che i giudizi proposti dai menzionati ricorrenti non avevano ad oggetto una domanda di equa riparazione relativa alla irragionevole durata del giudizio amministrativo presupposto, ma dei giudizi, del pari di equa riparazione, dai medesimi proposti nei confronti del Ministero della giustizia dinanzi alla Corte d'appello di Roma, che certamente non avrebbero dovuto essere riuniti a quello concernente la irragionevole durata del giudizio amministrativo; che con il terzo motivo, dichiaratamente proposto nell'esclusivo interesse di La. Ma. Ge. , Cu. Gi. , Ra. Ni. e Sa. Gi. , si lamenta violazione degli articoli 96 e 113 c.p.c.; che i ricorrenti premettono che avverso il decreto impugnato, è stato proposto altresì ricorso per revocazione e che, in particolare, il Ra. non poteva essere parte del giudizio dinanzi al TAR Lazio oggetto della domanda di equa riparazione, dal momento che aveva proposto un distinto ricorso, avente un differente numero di ruolo; che, nel merito, si rileva che la Corte d'appello avrebbe violato l'articolo 96 c.p.c., atteso che nessuna prova di danno era stata fornita dal Ministero dell'economia e delle finanze, per il quale, peraltro, doveva ritenersi sostanzialmente irrilevante il fatto di aver svolto le proprie difese nei confronti di 223 ricorrenti, laddove quelli effettivamente legittimati erano 219; che, in ogni caso, si deduce la eccessività della liquidazione del danno, non rapportata alla entità della pretesa azionata; che il primo motivo è fondato; che la Corte d'appello ha escluso la sussistenza del pregiudizio rilevante in considerazione della natura bagatellare della controversia e facendo riferimento all'articolo 35 della CEDU, come modificato dal Protocollo addizionale n. 14; che, sul nuovo testo dell'articolo 35 CEDU, quale risultante dalle modifiche apportate dal Protocollo addizionale n. 14, adottato il 13 maggio 2004, ratificato e reso esecutivo con L. n. 280 del 2005, ed entrato in vigore l'1 giugno 2010, questa Corte ha avuto modo di precisare che la soglia minima di gravità, al di sotto della quale il danno non è indennizzabile, va apprezzata nel du-



plice profilo della violazione e delle conseguenze, sicché dall'ambito di tutela della L. 24 marzo 2001, n. 89, restano escluse sia le violazioni minime del termine di durata ragionevole, di per se' non significative, sia quelle di maggior estensione temporale, ma riferibili a giudizi presupposti di carattere bagatellare, in cui esigua e' la posta in gioco e trascurabili i rischi sostanziali e processuali connessi (Cass. n. 633 del 2014); che, si e' precisato, deve però trattarsi di processi di minimo spessore economico, in relazione ai quali il danno da attesa sia così tenue da risultare sostanzialmente irrilevante nella vita della persona cui si riferisce (Cass. n. 8542 del 2015, nella quale si e' rilevato come sia stato escluso l'equo indennizzo in casi in cui il processo presupposto aveva ad oggetto pretese di entità davvero minima, sempre inferiore a euro 500,00: in tal senso, Cass. n. 21861 del 2014; Cass. n. 18435 del 2014; Cass. n. 18434 del 14; Cass. n. 17944 del 2014); che, nella specie, la Corte d'appello si e' discostata da tale principio, omettendo di prendere in considerazione il reale valore della posta in gioco, e segnatamente limitandosi ad affermare che l'indennità oggetto di causa era veramente modesta, proprio perché ragguagliata a quindici giorni, senza verificare quale fosse il valore effettivo della stessa e, soprattutto, se eccedesse o no a predetta soglia al di sotto della quale soltanto può affermarsi la irrilevanza del pregiudizio (essendo certo che il giudizio presupposto ha invece avuto una durata di otto anni circa, eccedente senz'altro la durata ragionevole di un ordinario giudizio amministrativo); che anche il secondo motivo e' fondato, essendo evidente che la Corte d'appello, con riferimento alla posizione dei ricorrenti nell'interesse dei quali il motivo e' proposto, ha errato nel non rilevare che la domanda aveva ad oggetto la irragionevole durata di un giudizio di equa riparazione ed era stata proposta nei confronti del Ministero della giustizia; che, quanto al terzo motivo di ricorso, occorre preliminarmente rilevare che la Corte d'appello di Perugia, adita con ricorso per revocazione del decreto qui impugnato, con sentenza n. 462 del 2015, ha rigettato la revocazione proposta da Cu. Gi. Ca. Co. e da Sa. Gi., ed ha invece accolto il ricorso per revocazione proposto da Ra. Ni., provvedendo, in sede rescissoria, ad accogliere la domanda da quest'ultimo proposta, con condanna del Ministero dell'economia e delle finanze al pagamento della somma di euro 2.750,00, oltre interessi dalla data della domanda al soddisfo; che per effetto di tale statuizione il ricorso per cassazione proposto da Ra. Ni. deve essere dichiarato inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, essendo venuto meno il provvedimento dal medesimo impugnato; che le spese del procedimento possono, con riferimento al Ra., essere interamente compensate; che permane, invece, l'interesse all'esame della censura proposta dagli altri ricorrenti, i quali si dolgono della condanna al pagamento della somma di euro 5.000,00, loro comminata dalla Corte



d'appello ai sensi dell'articolo 96 c.p.c.; che il motivo e' fondato, atteso che la Corte d'appello non ha indicato i criteri in base ai quali ha inteso determinare in 5.000,00 euro per ciascuno dei ricorrenti (residui) il danno ai sensi della citata disposizione; che questa Corte ha gia' ritenuto che la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata, ai sensi dell'articolo 96 c.p.c., comma 3, aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, ha natura sanzionatoria e officiosa, sicche' essa presuppone la mala fede o la colpa grave del processo, ed e' indipendente dalla prova del danno causalmente derivato alla condotta processuale dell'avversario, perseguendo indirettamente interessi pubblici quali il buon funzionamento e l'efficienza della giustizia e, piu' in particolare, la ragionevole durata del processo con lo scoraggiare le causa pretestuose (Cass. n. 17902 del 2010; Cass. n. 21570 del 2012; Cass. n. 3003 del 2014; Cass. n. 22465 del 2014); che la Corte del merito, nel condannare d'ufficio le parti soccombenti Cu. Gi. Ca. Co. , La. Ma. Ge. e Sa. Gi. al pagamento di una somma pecuniaria ai sensi dell'articolo 96 c.p.c., ha inteso sanzionare l'abuso del processo ravvisabile nella condotta processuale dei medesima - i quali hanno presentato la domanda di equa riparazione per l'irragionevole durata di un processo amministrativo presupposto collettivo, con numerosissime parti, pur non essendo stati in alcun modo parti di quel processo, unendosi ad altri litisconsorti invece legittimati, e quindi ponendo in essere una condotta potenzialmente decettiva - e cosi' preservare la funzionalita' del sistema giustizia con la censura di un'iniziativa giudiziaria avventata; che, invece, quanto all'importo della condanna, il decreto impugnato omette del tutto di indicare i criteri che hanno condotto il giudice del merito a determinarlo in euro 5.000; che, in generale, il giudice - quando stabilisce l'entita' della sanzione monetaria, per la quale il codice di rito non fissa limiti editali ma ne rimette la determinazione alla sua valutazione equitativa - deve esplicitare i criteri che hanno guidato la concreta quantificazione dell'ammontare, affinche' l'esercizio della discrezionalita' sia orientato al raggiungimento di una determinazione quantitativa congrua e ragionevole e non si risolva in un risultato arbitrario; che nella specie il decreto impugnato, non solo non indica i criteri assunti a base del procedimento valutativo, ma, determinando la somma dovuta in euro 5.000, ossia in un importo superiore a cinque volte l'entita' delle spese processuali a carico dei soccombenti in solido (determinate in euro 1.000,00), perviene ad un esito liquidatorio che non rispetta il limite della ragionevolezza e della proporzionalita' (cfr. Cass. n. 21570 del 2012, cit.), discostandosi di gran lunga da quel limite del doppio dei massimi tariffari che - desumibile dall'abrogato articolo 385 c.p.c., comma 4, - e' utilizzato come parametro nelle prassi condivise dei giudici di merito (cosi', Cass. n. 22465 del 2014, cit.); che, dunque, dichiarato inammissibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il



ricorso di Ra. Ni. , va invece accolto il ricorso proposto dagli altri ricorrenti, con conseguente cassazione del decreto impugnato e con rinvio della causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione; che al giudice del rinvio e' demandata, altresì, la regolamentazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo, il secondo e, per quanto di ragione, il terzo motivo del ricorso; dichiara inammissibile il ricorso proposto da Ra. ; cassa il decreto impugnato in relazione alle censure accolte e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione; compensa le spese del giudizio in relazione a Ra. Ni.

Così' deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Sesta - 2 Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 15 settembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 17 ottobre 2017.



ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA – AZIONE ED ECCEZIONE RICONVENZIONALE

CASS. CIV. [ORD.], SEZ. I, 05-12-2017, N. 29114

L'arricchimento senza causa, alle condizioni previste dagli art. 2041 e 2042 c.c., può essere fatto valere sia in via d'azione che di eccezione riconvenzionale, proposta al solo scopo di paralizzare la domanda dell'attore.

FATTI

1.- Il Comune di Fiano Romano ha proposto opposizione allo stato passivo del Fallimento (OMISSIS), dal quale era stato escluso un proprio credito per la restituzione dei compensi erogati alla A.P.M. Azienda Pluriservizi Monterotondo per lo svolgimento del servizio di igiene ambientale e raccolta dei rifiuti, nel quale era subentrato il neocostituito Consorzio per l'Ambiente, trasformatosi in (OMISSIS) spa, avendo il Comune dedotto la nullità del contratto per mancanza di forma scritta e chiesto la restituzione delle somme corrisposte.

2.- Il Tribunale di Tivoli, con decreto del 14 marzo 2012, ha accolto l'opposizione e, di conseguenza, ha ammesso al passivo il credito del Comune per l'importo di euro 3.945.444,43.

3.- Il Tribunale ha rilevato la nullità sia della convenzione tra il Comune e la A.P.M., approvata con Delib. Comunale 18 marzo 2002 (di approvazione della convenzione), per mancanza della forma scritta e del contenuto essenziale del contratto, sia della convenzione del 28 gennaio 2003, con la quale i Comuni avevano costituito il Consorzio per l'Ambiente, cui affidare la gestione operativa dei rifiuti, mentre la gestione amministrativa era affidata ad A.P.M.; inoltre, il Tribunale ha ritenuto inammissibile la forma semplificata prevista dal Reale Decreto n. 2440 del 1923, articolo 17, per i contratti con ditte commerciali a mezzo di corrispondenza/secondo l'uso del commercio, perché non risultava la qualità di imprenditore commerciale della A.P.M. e perché la corrispondenza prodotta non era idonea a dimostrare l'esistenza del contratto; infine, ha giudicato irrilevante l'affermazione del giudice delegato secondo cui ammettere al fallimento il credito restitutorio del Comune avrebbe determinato un suo ingiustificato arricchimento, potendo la curatela proporre separata azione a norma dell'articolo 2041 c.c..

3.- Il Fallimento (OMISSIS) ha proposto ricorso per cassazione avverso questo decreto, affidato a tre motivi, cui si è opposto il Comune di Fiano Romano.



MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo e' denunciata la violazione e falsa applicazione del Regio Decreto n. 2440 del 1923, articoli 1, 16 e 17 e articolo 1326 c.c., per avere ritenuto insussistente la fattispecie del contratto stipulato per corrispondenza, nonostante la deliberazione del Comune di Fiano Romano del 18 marzo 2002 e l'accettazione da parte dell'A.P.M. (trasformatasi in (OMISSIS)).

Il motivo e' inammissibile, a norma dell'articolo 360 bis c.p.c., n. 1, avendo la sentenza impugnata deciso in senso conforme alla giurisprudenza di legittimita', secondo la quale i contratti con la P.A., ancorche' quest'ultima agisca iure privatorum, devono rivestire, a pena di nullita', la forma scritta, che e' strumento di garanzia ed agevola l'espletamento della funzione di controllo, senza possibilita' di ravvisare la stipulazione per facta concludentia (tra le tante, Cass. n. 21477/2013) o di desumerla dall'emanazione di una delibera autorizzativa che e' atto interno, di natura preparatoria, inidoneo ad impegnare l'ente (tra le tante, Cass. n. 1167/2013, n. 4532/2008).

Inoltre, la doglianza concernente la mancata applicazione del Regio Decreto n. 2440 del 1923, articolo 17, richiamato per i Comuni dal Regio Decreto n. 383 del 1934, articolo 87, che ammette la stipulazione per mezzo di corrispondenza secondo l'uso del commercio, non censura specificamente le rationes decidendi della sentenza impugnata, la quale, da un lato, ha escluso la qualita' di imprenditore commerciale del contraente A.P.M., che e' presupposto applicativo della citata disposizione, e dall'altro, ha ritenuto che la Delib. 18 marzo 2002, non contenesse gli elementi essenziali di una proposta contrattuale cui collegare la presunta accettazione, come l'indicazione del corrispettivo e dei termini di efficacia del contratto.

2.- Con il secondo motivo e' denunciata la violazione e falsa applicazione dell'articolo 2602 c.c. e Decreto Legislativo n. 267 del 2000, articolo 115, nella parte in cui quest'ultima disposizione facoltizza gli enti locali a trasformare le aziende speciali di propria emanazione in societa' di diritto privato, essendo il giudice di merito pervenuto all'erronea conclusione di disconoscere la cessione dei rapporti, facenti capo ad A.P.M., al Consorzio per l'Ambiente (poi trasformato in societa' per azioni) e di ritenere invalido il rapporto intrattenuto con il Comune.

Il motivo e' infondato. L'articolo 115 cit. si limita a consentire la trasformazione delle aziende pubbliche in societa' di capitali e a stabilire la permanenza in capo a queste dei pregressi rapporti, ma sempre che all'origine tali rapporti fossero stati validamente costituiti



mentre, come si è detto, nella specie, l'originario rapporto tra il Comune e l'A.P.M. non era costituito validamente.

3.- Con il terzo motivo è denunciata la violazione e falsa applicazione degli articoli 2041 e 2042 c.c., per avere accolto la domanda di ammissione al passivo del credito restitutorio, senza riconoscere al Fallimento il diritto di dedurre in via di eccezione l'ingiustificato arricchimento del Comune ed affermando che l'unica tutela del Fallimento (OMISSIS) era di agire separatamente con l'azione sussidiaria nei confronti del Comune.

Il motivo è fondato.

La questione giuridica che si pone è se la tutela rispetto ad un ingiustificato arricchimento possa essere esercitata soltanto in via di azione o anche in via di eccezione, e cioè per impedire l'arricchimento ingiustificato e la conseguente diminuzione patrimoniale che si realizzerebbero nel caso di accoglimento della domanda di pagamento proposta dall'arricchito.

Questa Corte ha dato una risposta positiva alla possibilità di far valere il rimedio di cui all'articolo 2041 c.c., anche in via di eccezione: infatti il principio secondo cui l'azione di arricchimento senza causa è proponibile soltanto quando il danneggiato non possa esercitare altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito (articolo 2042 c.c.) si estende anche al caso in cui il diritto all'indennizzo sia fatto valere non in via di azione, ma di eccezione riconvenzionale, al solo scopo di paralizzare la domanda dell'attore (Cass. n. 11850/1993).

4.- Pertanto, alla luce di questo condivisibile principio, al quale si deve dare continuità, il decreto impugnato, in relazione al motivo accolto, è cassato con rinvio al Tribunale di Tivoli, che dovrà esaminare nel merito l'eccezione di ingiustificato arricchimento sollevata dal Fallimento e provvedere sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo di ricorso, dichiara inammissibile il primo motivo e rigetta il secondo; in relazione al motivo accolto, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Tivoli, in diversa composizione, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 13 luglio 2017.

Depositato in Cancelleria il 5 dicembre 2017



POLITICA AGRICOLA COMUNE

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, GRANDE SEZIONE, CAUSA C-671/15, 14 NOVEMBRE 2017

«Rinvio pregiudiziale – Politica agricola comune – Articolo 42 TFUE – Regolamento (CE) n. 2200/96 – Regolamento (CE) n. 1182/2007 – Regolamento (CE) n. 1234/2007 – Pratiche anticoncorrenziali – Articolo 101 TFUE – Regolamento n. 26 – Regolamento (CE) n. 1184/2006 – Organizzazioni di produttori – Associazioni di organizzazioni di produttori – Compiti di tali organizzazioni e associazioni – Pratica di fissazione di prezzi minimi di vendita – Pratica di concertazione sui quantitativi immessi sul mercato – Pratica di scambi di informazioni strategiche – Mercato francese dell'indivia»

Nella causa C-671/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Cour de cassation (Corte di cassazione, Francia), con decisione dell'8 dicembre 2015, pervenuta in cancelleria il 14 dicembre 2015, nel procedimento

Président de l'Autorité de la concurrence

contro

Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE),

Comité économique régional agricole fruits et légumes de Bretagne (Cerafel),

Fraileg SARL,

Prim'Santerre SARL,

Union des endiviers, già Fédération nationale des producteurs d'endives (FNPE),

Soleil du Nord SARL,

Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (Celfnord),

Association des producteurs d'endives de France (APEF),

Section nationale de l'endive (SNE),

Fédération du commerce de l'endive (FCE),

France endives société coopérative agricole,

Cambresis Artois-Picardie endives (CAP'Endives)société coopérative agricole,

Marché de Phalempinsociété coopérative agricole,

Primacoop société coopérative agricole,

Coopérative agricole du marais audomarois (Sipema),

Valois-Fruitsunion de sociétés coopératives agricoles,

Groupe Perle du Nord SAS,

Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, e J. Malenovský, presidenti di sezione, E. Juhász, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, D. Šváby (relatore), F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos e M. Vilaras, giudici,



avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: V. Giacobbo-Peyronnel, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 31 gennaio 2017, considerate le osservazioni presentate:

- per il président de l'Autorité de la concurrence, da H. Génin, S. Subrémon Lukasiewicz e I. de Silva, in qualità di agenti, assistiti da J.-P. Duhamel, avocat;
- per il Comité économique régional agricole fruits et légumes de Bretagne (Cerafel), il Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (Celfnord), l'Association des producteurs d'endives de France (APEF), la Section nationale de l'endive (SNE) e la Fédération du commerce de l'endive (FCE), da H. Calvet, P. Morrier, Y. Chevalier e A. Bouviala, avocats;
- per la Fraileg SARL e la Prim'Santerre SARL, da J.-L. Fourgoux e L. Djavadi, avocats;
- per la France endives société coopérative agricole, la Cambrésis Artois-Picardie endives (CAP'Endives) société coopérative agricole, la Marché de Phalempin société coopérative agricole, la Primacoop société coopérative agricole, la Coopérative agricole du marais audomarois (Sipema) e la Groupe Perle du Nord SAS, da B. Néouze, V. Ledoux e S. Pasquesoone, avocats;
- per il governo francese, da G. de Bergues, D. Colas, S. Horrenberger, C. David e J. Bousin, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da A. Gavela Llopis, in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da X. Lewis, A. Bouquet e B. Mongin, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 6 aprile 2017, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26 del Consiglio, del 4 aprile 1962, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli (GU 1962, 30, pag. 993), l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 2200/96 del Consiglio, del 28 ottobre 1996, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli (GU 1996, L 297, pag. 1), l'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1184/2006 del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio di taluni prodotti agricoli (GU 2006, L 214, pag. 7), come modificato dal regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre 2007 (GU 2007, L 299, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento n. 1184/2006»), l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1182/2007 del Consiglio, del 26 settembre 2007, recante norme specifiche per il settore ortofrutticolo, recante modi-



fica delle direttive 2001/112/CE e 2001/113/CE e dei regolamenti (CEE) n. 827/68, (CE) n. 2200/96, (CE) n. 2201/96, (CE) n. 2826/2000, (CE) n. 1782/2003 e (CE) n. 318/2006 e che abroga il regolamento (CE) n. 2202/96 (GU 2007, L 273, pag. 1), nonché l'articolo 122, primo comma, e l'articolo 176 del regolamento n. 1234/2007, come modificato dal regolamento (CE) n. 491/2009 del Consiglio, del 25 maggio 2009 (GU 2009, L 154, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento n. 1234/2007»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il presidente dell'Autorité de la concurrence (Autorità garante della concorrenza, Francia) e, dall'altro, l'Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE), il Comité économique régional agricole fruits et légumes de Bretagne (Cerafel), la Fraileg SARL, la Prim'Santerre SARL, l'Union des endiviers, già Fédération nationale des producteurs d'endives (FNPE), la Soleil du Nord SARL, il Comité économique fruits et légumes du Nord de la France (Celfnord), l'Association des producteurs d'endives de France (APEF), la Section nationale de l'endive (SNE), la Fédération du commerce de l'endive (FCE), la France endives société coopérative agricole, la Cambrésis Artois-Picardie endives (CAP'Endives) société coopérative agricole, la Marché de Phalempin société coopérative agricole, la Primacoop société coopérative agricole, la Coopérative agricole du marais audomarois (Sipema), la Valois-Fruits union de sociétés coopératives agricoles e la Groupe Perle du Nord SAS, nonché il ministro de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique (ministro dell'Economia, dell'Industria e del Digitale, Francia), in merito alla decisione del 6 marzo 2012, con la quale l'Autorità garante della concorrenza ha, sulla base, in particolare, dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, constatato e applicato una sanzione pecuniaria ad un'intesa complessa e continuata sul mercato francese dell'indivia (in prosieguo: la «decisione controversa»).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 Le disposizioni di diritto derivato relative all'organizzazione comune dei mercati nel settore ortofrutticolo applicabili ai fatti del procedimento principale sono contenute nel regolamento n. 2200/96, applicabile sino al 31 dicembre 2007, nel regolamento n. 1182/2007, abrogato dal regolamento (CE) n. 361/2008 del Consiglio, del 14 aprile 2008, che modifica il regolamento n. 1234/2007 (GU 2008, L 121, pag. 1), nonché dal regolamento n. 1234/2007. Tale ultimo regolamento è stato abrogato, a partire dal 1° gennaio 2014, dal regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i regolamenti (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio (GU 2013, L 347, pag. 671), il quale tuttavia non è applicabile ai fatti del procedimento principale.

4 Le disposizioni di diritto derivato che riguardano l'applicazione delle regole di concorrenza dell'Unione europea alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli del settore degli ortofrutticoli sono state adottate dal legislatore dell'Unione nell'ambito del re-



golamento n. 26, al quale sono succeduti il regolamento n. 1184/2006 e gli articoli da 175 a 182 del regolamento n. 1234/2007.

Regolamento n. 26

5 L'articolo 1 del regolamento n. 26 così dispone:

«A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento, gli articoli [da 101 a 106 TFUE], nonché le disposizioni adottate per la loro esecuzione, si applicano a tutti gli accordi, decisioni e pratiche, di cui all'articolo [101, paragrafo 1, e all'articolo 102 TFUE], riguardanti la produzione o il commercio dei prodotti elencati all'allegato II del Trattato, fatte salve le disposizioni del seguente articolo 2».

6 L'articolo 2, paragrafo 1, di tale regolamento è così formulato:

«L'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] non si applica agli accordi, decisioni e pratiche di cui all'articolo precedente che costituiscono parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato o che sono necessari per il conseguimento degli obiettivi enunciati nell'articolo [39 TFUE]. Non si applica in particolare agli accordi, decisioni e pratiche di imprenditori agricoli, di associazioni di imprenditori agricoli o di associazioni di dette associazioni appartenenti ad un unico Stato membro, nella misura in cui, senza che ne derivi l'obbligo di praticare un prezzo determinato, riguardino la produzione o la vendita di prodotti agricoli o l'utilizzazione di impianti comuni per il deposito, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli, a meno che la Commissione non accerti che in tal modo la concorrenza sia esclusa o che siano compromessi gli obiettivi dell'articolo [39 TFUE]».

Regolamento n. 2200/96

7 I considerando 7 e 16 del regolamento n. 2200/96 così recitano:

«(7) considerando che le organizzazioni di produttori rappresentano gli elementi portanti dell'organizzazione comune dei mercati, della quale garantiscono, al loro livello, il funzionamento decentrato; che dinanzi ad una concentrazione sempre maggiore della domanda, il raggruppamento dell'offerta in seno a dette organizzazioni appare più che mai come una necessità economica per consolidare la posizione dei produttori sul mercato; che il raggruppamento dell'offerta deve realizzarsi su base volontaria ed utile, grazie all'estensione e all'efficienza dei servizi che un'organizzazione di produttori può offrire ai suoi aderenti;

(...)

(16) considerando che per stabilizzare i corsi è auspicabile che le organizzazioni di produttori possano intervenire sul mercato, in particolare decidendo di non porre in vendita, in determinati periodi, alcuni quantitativi di prodotti; che tali operazioni di ritiro non possono essere considerate uno sbocco alternativo al mercato; che conseguentemente il loro finanziamento comunitario deve, da un lato, essere erogato soltanto per una percentuale determinata della produzione e, dall'altro, limitarsi ad un'indennità comunitaria ridotta, salva la possibilità di impiegare, per il medesimo fine, fondi d'esercizio; che un'esigenza di semplificazione giustifica la scelta, per ciascun prodotto, di un'indennità comunitaria unica



e lineare; che per determinare una riduzione di entità comparabile per l'insieme dei prodotti risultano necessarie alcune differenziazioni».

8 L'articolo 11, paragrafo 1, di detto regolamento così dispone:

«Ai fini del presente regolamento si intende per “organizzazione di produttori” qualsiasi persona giuridica:

a) costituita per iniziativa dei produttori delle seguenti categorie di prodotti di cui all'articolo 1, paragrafo 2:

(...)

iii) ortaggi

(...)

b) che ha in particolare lo scopo:

1) di assicurare la programmazione della produzione e l'adeguamento della stessa alla domanda, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo;

2) di promuovere la concentrazione dell'offerta e l'immissione sul mercato della produzione degli aderenti;

3) di ridurre i costi di produzione e di regolarizzare i prezzi alla produzione;

4) di promuovere pratiche colturali e tecniche di produzione e di gestione dei rifiuti che rispettino l'ambiente, in particolare per tutelare la qualità delle acque, dei suoli e del paesaggio e per preservare e/o favorire la biodiversità;

(...)).

9 Inserito nel titolo sul «Regime degli interventi», l'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96 prevede che «[I]e organizzazioni di produttori o le relative associazioni hanno facoltà di non commercializzare, per i volumi e i periodi che giudicano opportuni, i prodotti di cui all'articolo 1, paragrafo 2 che esse stesse determinano e che sono conferiti dagli aderenti».

Regolamento n. 1184/2006

10 L'articolo 1 bis del regolamento n. 1184/2006 dispone quanto segue:

«Gli articoli da [101 a 106 TFUE], nonché le disposizioni adottate per la loro applicazione, si applicano, fatte salve le disposizioni dell'articolo 2 del presente regolamento, a tutti gli accordi, decisioni e pratiche di cui all'articolo [101, paragrafo 1, e all'articolo 102 TFUE], riguardanti la produzione o il commercio dei prodotti di cui all'articolo 1».

11 L'articolo 2, paragrafo 1, di tale regolamento così recita:

«L'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] non si applica agli accordi e alle pratiche contemplati all'articolo 1 bis del presente regolamento che formano parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato o sono necessari per la realizzazione degli obiettivi fissati all'articolo [39 TFUE]».

Regolamento n. 1182/2007

12 L'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007 così dispone:

«Ai fini del presente regolamento, per organizzazione di produttori s'intende qualsiasi persona giuridica o una sua parte chiaramente definita che soddisfi i seguenti requisiti:



a) è costituita per iniziativa di agricoltori ai sensi dell'articolo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1782/2003, i quali coltivano uno o più prodotti di cui all'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 2200/96 e/o prodotti destinati esclusivamente alla trasformazione;

b) ha come obiettivo l'impiego di pratiche colturali, tecniche di produzione e pratiche di gestione dei rifiuti che rispettino l'ambiente, in particolare per tutelare la qualità delle acque, del suolo e del paesaggio e per preservare o favorire la biodiversità;

c) ha uno o più dei seguenti obiettivi:

i) assicurare la programmazione della produzione e l'adeguamento della stessa alla domanda, specie in termini qualitativi e quantitativi;

ii) la concentrazione dell'offerta e l'immissione sul mercato della produzione degli aderenti;

iii) ottimizzare i costi di produzione e stabilizzare i prezzi alla produzione;

d) il suo statuto enuncia i particolari obblighi previsti al paragrafo 2; e

e) è stata riconosciuta dallo Stato membro interessato a norma dell'articolo 4».

Regolamento n. 1234/2007

13 L'articolo 103 quater, paragrafo 1, del regolamento n. 1234/2007 prevede che i programmi operativi nel settore ortofrutticolo perseguono due o più degli obiettivi di cui all'articolo 122, primo comma, lettera c), di tale regolamento o degli obiettivi elencati a tale articolo 103 quater, tra i quali vi è quello della prevenzione e gestione delle crisi.

14 Detto articolo 103 quater, paragrafo 2, lettera a), precisa che la prevenzione e la gestione delle crisi consistono nell'evitare e nell'affrontare le crisi che sopravvengono sui mercati ortofrutticoli e, in tale contesto, prevedono, in particolare, il ritiro dal mercato.

15 L'articolo 122, primo comma, del regolamento n. 1234/2007 dispone quanto segue:

«Gli Stati membri riconoscono le organizzazioni di produttori che:

a) sono costituite da produttori di uno dei seguenti settori:

(...)

iii) ortofrutticoli, relativamente agli agricoltori che coltivano uno o più prodotti di tale settore e/o prodotti destinati esclusivamente alla trasformazione;

(...)

b) sono costituite su iniziativa dei produttori;

c) perseguono una finalità specifica, che in particolare può includere o, nel caso del settore ortofrutticolo, include uno o più tra gli obiettivi seguenti:

i) assicurare che la produzione sia pianificata e adeguata in funzione della domanda, in particolare in termini qualità e quantità;

ii) concentrare l'offerta ed immettere sul mercato la produzione dei propri aderenti;

iii) ottimizzare i costi di produzione e stabilizzare i prezzi alla produzione».

16 L'articolo 123, paragrafi 1 e 3, di tale regolamento prevede che:



- «1. Gli Stati membri riconoscono le organizzazioni interprofessionali che:
- a) sono composte da rappresentanti delle attività economiche connesse alla produzione, al commercio e/o alla trasformazione di prodotti dei seguenti settori:
 - i) settore dell'olio di oliva e delle olive da tavola;
 - ii) settore del tabacco;
 - b) sono state costituite su iniziativa della totalità o di alcune delle organizzazioni o delle associazioni che le compongono; e
 - c) perseguono un obiettivo specifico, che può segnatamente riguardare i seguenti aspetti:
 - i) concentrare e coordinare l'offerta e la commercializzazione della produzione dei propri aderenti;
 - ii) adattare in comune la produzione e la trasformazione alle esigenze del mercato e migliorare il prodotto;
 - iii) promuovere la razionalizzazione e la meccanizzazione della produzione e della trasformazione;
 - iv) svolgere ricerche sui metodi di produzione sostenibili e sull'evoluzione del mercato.

(...)

3. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri riconoscono anche le organizzazioni interprofessionali del settore degli ortofrutticoli e possono riconoscere anche le organizzazioni interprofessionali del settore vitivinicolo le quali:

(...)

- c) svolgono una, e per il settore degli ortofrutticoli, due o più attività tra le seguenti in una o più regioni della Comunità, nel rispetto degli interessi dei consumatori, e senza pregiudizio degli altri settori, per quanto riguarda il settore vitivinicolo nel rispetto della salute pubblica e degli interessi dei consumatori:
 - i) migliorare la conoscenza e la trasparenza della produzione e del mercato;
 - ii) contribuire ad un migliore coordinamento dell'immissione sul mercato dei prodotti ortofrutticoli e dei prodotti del settore vitivinicolo, in particolare attraverso ricerche e studi di mercato;
 - iii) redigere contratti tipo compatibili con la normativa comunitaria;
 - iv) valorizzare in misura maggiore il potenziale dei prodotti ortofrutticoli e il potenziale dei prodotti del settore vitivinicolo;
 - v) fornire le informazioni e svolgere le ricerche necessarie per orientare la produzione verso prodotti più adatti al fabbisogno del mercato e ai gusti e alle aspirazioni dei consumatori, con particolare riguardo alla qualità dei prodotti e alla protezione dell'ambiente;
 - vi) ricercare metodi atti a limitare l'impiego di prodotti fitosanitari e di altri fattori di produzione, nonché a garantire la qualità dei prodotti e la salvaguardia del suolo e delle acque;



vii) mettere a punto metodi e strumenti per migliorare la qualità dei prodotti in tutte le fasi della produzione e della commercializzazione e, nel caso del settore vitivinicolo, della vinificazione;

viii) valorizzare il potenziale dell'agricoltura biologica e proteggere e promuovere tale agricoltura, nonché le denominazioni d'origine, i marchi di qualità e le indicazioni geografiche;

ix) promuovere la produzione integrata o altri metodi di produzione rispettosi dell'ambiente;

x) definire per il settore degli ortofrutticoli, per quanto riguarda le norme di produzione e di commercializzazione di cui ai punti 2 e 3 dell'allegato XVI bis, criteri più restrittivi rispetto alle normative comunitarie o nazionali;

(...).

17 L'articolo 125 bis, paragrafi 1 e 2, di detto regolamento prevede quanto segue:

«1. Lo statuto di un'organizzazione di produttori del settore ortofrutticolo impone ai propri aderenti, in particolare, i seguenti obblighi:

(...)

c) vendere tutta la loro produzione per il tramite dell'organizzazione di produttori in questione;

(...)

2. In deroga al paragrafo 1, lettera c), previa autorizzazione dell'organizzazione di produttori e nel rispetto delle condizioni da essa stabilite, i produttori aderenti possono:

a) vendere direttamente al consumatore, per il suo fabbisogno personale, presso la propria azienda e/o altrove, una determinata percentuale della loro produzione e/o dei loro prodotti, fissata dallo Stato membro e non inferiore al 10%;

b) commercializzare essi stessi o tramite un'altra organizzazione di produttori designata dall'organizzazione cui aderiscono una quantità di prodotti marginale rispetto al volume della produzione commercializzabile della loro organizzazione;

c) commercializzare essi stessi o tramite un'altra organizzazione di produttori designata dall'organizzazione cui aderiscono i prodotti che, per le loro caratteristiche intrinseche, non rientrano normalmente nelle attività commerciali della loro organizzazione».

18 L'articolo 125 ter, paragrafo 1, lettere c) e g), del regolamento n. 1234/2007 dispone che gli Stati membri riconoscano come organizzazione di produttori (in prosieguo: «OP») nel settore ortofrutticolo qualsiasi persona giuridica o una sua parte chiaramente definita che ne faccia richiesta, a condizione, in particolare, che offra sufficienti garanzie circa la realizzazione, la durata e l'efficienza delle proprie attività, nonché la concentrazione dell'offerta, e che non detenga una posizione dominante su un dato mercato, tranne qualora ciò sia necessario ai fini dell'articolo 39 TFUE.

19 L'articolo 125 quater di detto regolamento prevede che:



«Un'associazione di [OP] del settore ortofrutticolo è costituita per iniziativa di [OP] riconosciute e può svolgere qualsiasi attività di un'[OP] ai sensi del presente regolamento. A tal fine, gli Stati membri possono riconoscere, su richiesta, un'associazione di [OP] se:

a) lo Stato membro ritiene che l'associazione sia capace di svolgere efficacemente le suddette attività; e

b) l'associazione non detiene una posizione dominante su un dato mercato, tranne qualora ciò sia necessario ai fini dell'articolo [39 TFUE]

(...).».

20 L'articolo 175 del regolamento n. 1234/2007 è così formulato:

«Salvo disposizione contraria del presente regolamento, gli articoli [da 101 a 106 TFUE] e le relative modalità di applicazione si applicano, fatti salvi gli articoli da 176 a 177 bis del presente regolamento, a tutti gli accordi, decisioni e pratiche di cui agli articoli [101, paragrafo 1, e 102 TFUE] che si riferiscono alla produzione o al commercio dei prodotti disciplinati dal presente regolamento».

21 L'articolo 176, paragrafo 1, di tale regolamento è formulato come segue:

«L'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] non si applica agli accordi, decisioni e pratiche di cui all'articolo 175 del presente regolamento che formano parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato o sono necessari per il conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo [39 TFUE].

In particolare, l'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] non si applica agli accordi, decisioni e pratiche di agricoltori, associazioni di agricoltori o associazioni di dette associazioni appartenenti ad un unico Stato membro nella misura in cui, senza che ne derivi l'obbligo di praticare prezzi identici, riguardano la produzione o la vendita di prodotti agricoli o l'utilizzazione di impianti comuni per il deposito, la manipolazione o la trasformazione di prodotti agricoli, a meno che la Commissione non accerti che in tal modo la concorrenza è eliminata o che sono compromessi gli obiettivi di cui all'articolo [39 TFUE].».

22 L'articolo 176 bis, paragrafi 1 e 4, di detto regolamento così dispone:

«1. L'articolo [101, paragrafo 1, TFUE] non si applica agli accordi, alle decisioni e alle pratiche concordate delle organizzazioni interprofessionali riconosciute, finalizzati allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 123, paragrafo 3, lettera c), del presente regolamento.

(...)

4. Sono dichiarati in ogni caso incompatibili con la normativa comunitaria gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che:

a) possono causare una qualsiasi forma di compartimentazione dei mercati all'interno della Comunità;

b) possono nuocere al buon funzionamento dell'organizzazione comune dei mercati;



- c) possono creare distorsioni di concorrenza non indispensabili per conseguire gli obiettivi della politica agricola comune perseguiti dall'attività dell'organizzazione interprofessionale;
- d) comportano la fissazione dei prezzi, indipendentemente dalle attività svolte dalle organizzazioni interprofessionali in applicazione della normativa comunitaria specifica;
- e) possono creare discriminazioni o eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in questione».

Diritto francese

23 L'articolo L. 420-1 del code de commerce (codice del commercio) stabilisce che:

«Sono proibite, anche se realizzate per il tramite diretto o indiretto di una società del gruppo stabilita fuori dalla Francia, qualora abbiano per oggetto o possano avere per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza su un mercato, le azioni concordate, le convenzioni, le intese espresse o tacite o le cooperazioni, in particolare quando sono dirette a:

1. limitare l'accesso al mercato o il libero esercizio della concorrenza da parte di altre imprese;
2. ostacolare la fissazione dei prezzi in base al libero gioco del mercato, favorendo artificialmente il loro aumento o la loro diminuzione;
3. limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, gli investimenti o il progresso tecnico;
4. ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

24 A seguito di operazioni di ispezione e di sequestro effettuate il 12 aprile 2007 dalla direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) (direzione generale per la concorrenza, il consumo e la repressione delle frodi, Francia), il ministro dell'Economia, dell'Industria e del Digitale ha denunciato al Conseil de la concurrence (Consiglio della concorrenza, Francia), attualmente Autorità garante della concorrenza, pratiche attuate nel settore della produzione e della commercializzazione dell'indivia.

25 Con la decisione controversa del 6 marzo 2012, l'Autorità garante della concorrenza ha accertato che l'APVE, il Cerafel, la FNPE, il Celfnord, l'APEF, la SNE, la FCE ed il Groupe Perle du Nord, nonché le OP Fraileg, Prim'Santerre, Soleil du Nord, France endives, Cap'Endives, Marché de Phalempin, Primacoop, Sipema e Valois-Fruits avevano attuato sul mercato dell'indivia un'intesa complessa e continuata vietata dall'articolo L. 420-1 del codice del commercio e dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, consistente in una concertazione sul prezzo dell'indivia attuata con vari mezzi, come la diffusione settimanale di un prezzo minimo, la fissazione di un tasso centrale, l'istituzione di una borsa di scambi, la fissazione di una soglia minima di prezzo nell'ambito di un'asta al ribasso e l'uso deviato del meccanismo dei prezzi di ritiro, in una concertazione sui quantitativi



di indivia immessi sul mercato e in un sistema di scambi di informazioni strategiche utilizzato per istituire una disciplina dei prezzi; tali pratiche hanno avuto per oggetto la fissazione in comune di un prezzo minimo di vendita per la produzione di indivia e hanno consentito ai produttori e a diverse loro organizzazioni professionali di mantenere prezzi di vendita minimi, per un periodo iniziato nel gennaio 1998 e ancora in corso alla data della decisione controversa. Essa ha inflitto loro, di conseguenza, sanzioni pecuniarie per un importo totale pari a EUR 3 970 590.

26 Nella decisione controversa, l'Autorità garante della concorrenza ha respinto, in particolare, l'argomento dei produttori con il quale questi ultimi sostenevano che gli accordi in questione dovevano essere considerati necessari alla realizzazione degli obiettivi della politica agricola comune, poiché i regimi derogatori previsti all'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 1184/2006 e all'articolo 176 del regolamento n. 1234/2007 non erano applicabili nella specie.

27 Diverse società e organismi sanzionati hanno presentato dinanzi alla cour d'appel de Paris (Corte d'appello di Parigi, Francia) un ricorso inteso ad ottenere l'annullamento e, in subordine, la riforma della decisione controversa.

28 Con sentenza del 15 maggio 2014, tale organo giurisdizionale ha riformato la decisione controversa in tutte le sue disposizioni e ha dichiarato che non era stata fornita la prova della violazione delle disposizioni di cui all'articolo L. 420-1 del codice del commercio e all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. A tale riguardo, esso ha dichiarato in particolare che, stanti le difficoltà di interpretazione della normativa sull'organizzazione comune dei mercati in merito alla portata esatta ed ai limiti del compito di regolarizzazione dei prezzi assegnato agli organismi messi in discussione nell'ambito del regime di deroga al diritto della concorrenza derivante dall'applicazione delle regole della politica agricola comune, non era dimostrato che la diffusione di istruzioni sui prezzi minimi fosse, in qualsiasi circostanza, necessariamente e definitivamente vietata, e che pertanto non era inconfutabilmente dimostrato che gli organismi in questione avessero oltrepassato i limiti dei compiti loro attribuiti per legge in materia di regolarizzazione dei prezzi.

29 Il presidente dell'Autorità garante della concorrenza ha impugnato tale sentenza con un ricorso per cassazione. A sostegno della propria impugnazione ha fatto segnatamente valere, in sostanza, che, al di fuori dell'applicazione delle deroghe espresse all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE previste dai regolamenti relativi all'applicazione di talune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli, l'esercizio dei compiti conferiti alle OP e alle associazioni di OP (in prosieguo: le «AOP») era concepibile soltanto nel rispetto delle regole di concorrenza.

30 Nell'ambito di tale procedimento, la Commissione ha presentato, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101 e 102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1), osservazioni dinanzi alla Cour de cassation (Corte di cassazione, Francia). Essa ha ivi esposto che all'applicabilità delle regole di concorrenza



dell'Unione al settore agricolo esistono non solo deroghe generali adottate sul fondamento dell'articolo 2 dei regolamenti nn. 26 e 1184/2006, nonché dell'articolo 176 del regolamento n. 1234/2007, ma anche, ai sensi dell'articolo 175 dello stesso regolamento, deroghe specifiche contenute nei diversi regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati, che affidano ad organizzazioni operanti nel settore della produzione e della commercializzazione di ortofrutticoli alcuni compiti particolari che rientrerebbero di norma nei divieti previsti dalle regole di concorrenza. Nel caso di specie, si tratterebbe, sino alla fine del 2007, del regolamento n. 2200/96 e, a partire dal 1° gennaio 2008, del regolamento n. 1182/2007, incorporato nel regolamento n. 1234/2007. Essa ritiene, tuttavia, che i più significativi tra i comportamenti oggetto del procedimento principale, vale a dire i meccanismi dei prezzi minimi concordati all'interno delle principali AOP, esulino dai compiti specifici previsti dall'organizzazione comune del mercato considerato e non possano considerarsi coperti da tali deroghe specifiche.

31 A tale riguardo, la Cour de cassation (Corte di cassazione) rileva che, nelle sentenze del 9 settembre 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union* (C-137/00, EU:C:2003:429), nonché del 19 settembre 2013, *Panellinos Syndesmos Viomichanion Metapoiisis Kapnou* (C-373/11, EU:C:2013:567), la Corte ha dichiarato che l'articolo 42 TFUE sancisce il principio dell'applicabilità delle regole di concorrenza europee nel settore agricolo e che il mantenimento di una effettiva concorrenza sui mercati dei prodotti agricoli fa parte degli obiettivi della politica agricola comune, pur ritenendo che, anche per quanto riguarda le regole del Trattato FUE in materia di concorrenza, tale disposizione accordi agli obiettivi della politica agricola comune il primato su quelli della politica in materia di concorrenza.

32 Tuttavia, essa ritiene che la Corte non si sia ancora pronunciata sull'esistenza delle «deroghe specifiche» menzionate dalla Commissione, né abbia precisato, se del caso, il loro rapporto con le «deroghe generali» enunciate dai regolamenti relativi all'applicazione delle regole di concorrenza nel settore agricolo.

33 Pertanto, la Cour de cassation (Corte di cassazione) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se accordi, decisioni o pratiche di [OP], di [AOP] e di organizzazioni professionali, che possano essere qualificati come anticoncorrenziali ai sensi dell'articolo 101 TFUE, possano sfuggire al divieto previsto da tale articolo per il solo fatto che siano connessi alle missioni affidate a dette organizzazioni nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato [considerato], benché essi non rientrino in alcuna delle deroghe generali previste successivamente dall'articolo 2 dei regolamenti [n. 26] e [n. 1184/2006] e dall'articolo 176 del regolamento n. 1234/2007 (...).

2) In caso affermativo, se gli articoli 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007, e 122, primo comma, del regolamento n. 1234/2007, che stabiliscono, tra gli obiettivi assegnati alle [OP e alle AOP], quello di regolare i prezzi alla produzione e quello di adeguare la produzione alla domanda, in partico-



lare dal punto di vista quantitativo, debbano essere interpretati nel senso che pratiche di fissazione collettiva di un prezzo minimo, di concertazione sulle quantità immesse sul mercato o di scambio di informazioni strategiche, attuate da tali organizzazioni o dalle loro associazioni, sfuggono al divieto di accordi anticoncorrenziali, in quanto tendono alla realizzazione di detti obiettivi».

Sulle questioni pregiudiziali

34 Con le sue questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26, l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, l'articolo 2 del regolamento n. 1184/2006, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007, nonché l'articolo 122, primo comma, e gli articoli 175 e 176 del regolamento n. 1234/2007, debba essere interpretato nel senso che pratiche come quelle di cui al procedimento principale, attraverso le quali OP, AOP e organizzazioni professionali attive nel settore dell'indivia procedono alla fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, si accordano sui quantitativi immessi sul mercato e si scambiano informazioni strategiche, sono escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

35 In via preliminare, occorre rilevare che l'indivia rientra nella categoria dei «legumi, ortaggi, piante, radici e tuberi, mangerecci», di cui all'allegato I del Trattato FUE ed è pertanto sottoposta, in forza dell'articolo 38 TFUE, alle disposizioni degli articoli da 39 a 44 TFUE relative alla politica agricola comune.

36 L'articolo 42 TFUE stabilisce che le disposizioni del capo relativo alle regole di concorrenza sono applicabili alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli soltanto nella misura determinata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione europea, nel quadro delle disposizioni e conformemente alla procedura di cui all'articolo 43, paragrafo 2, TFUE, avuto riguardo agli obiettivi enunciati nell'articolo 39 TFUE. A tale riguardo, l'articolo 43, paragrafo 2, TFUE prevede che il Parlamento ed il Consiglio adottino, in particolare, le disposizioni necessarie al perseguimento degli obiettivi della politica agricola comune.

37 Così, nel perseguire gli obiettivi di instaurazione di una politica agricola comune e di creazione di un regime di concorrenza non falsata, l'articolo 42 TFUE riconosce la preminenza della politica agricola comune rispetto agli obiettivi del Trattato nel settore della concorrenza e il potere del legislatore dell'Unione di decidere in quale misura le regole di concorrenza trovano applicazione nel settore agricolo (v., in tal senso, sentenze del 5 ottobre 1994, Germania/Consiglio, C-280/93, EU:C:1994:367, punto 61, e del 12 dicembre 2002, Francia/Commissione, C-456/00, EU:C:2002:753, punto 33).

38 Ne deriva, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 51 e 56 delle sue conclusioni, che gli interventi del legislatore dell'Unione a tale titolo non sono finalizzati a stabilire deroghe o giustificazioni al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, ed all'articolo 102 TFUE, ma ad escludere dall'ambito di applicazione di tali disposizioni



pratiche che, qualora fossero poste in essere in un settore diverso da quello della politica agricola comune, vi rientrerebbero.

39 Per quanto riguarda, in particolare, il settore ortofrutticolo, e per i periodi di cui al procedimento principale, il legislatore dell'Unione ha precisato i rapporti tra la politica agricola comune e le regole di concorrenza, in successione, all'articolo 1 del regolamento n. 26, all'articolo 1 bis del regolamento n. 1184/2006 e, in seguito, all'articolo 175 del regolamento n. 1234/2007.

40 Per quanto riguarda quest'ultima disposizione, che riprende in sostanza il modo in cui tali rapporti erano stati precisati dai regolamenti nn. 26 e 1184/2006, essa prevede che, salvo disposizione contraria del regolamento n. 1234/2007, gli articoli da 101 a 106 TFUE e le relative modalità di applicazione si applicano, fatti salvi gli articoli da 176 a 177 di tale regolamento, a tutti gli accordi, decisioni e pratiche di cui agli articoli 101, paragrafo 1, e 102 TFUE che si riferiscono alla produzione o al commercio dei prodotti disciplinati da detto regolamento.

41 Nel settore ortofrutticolo, gli articoli da 101 a 106 TFUE sono applicabili alle pratiche previste da tali articoli, da un lato, ad esclusione delle pratiche di cui agli articoli 176 e 176 bis del regolamento n. 1234/2007 e, dall'altro, salvo disposizione contraria di tale regolamento, come prevede l'articolo 175 del medesimo.

42 Occorre rilevare che, ai sensi dell'articolo 122, primo comma, del regolamento n. 1234/2007, che è succeduto all'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, e dell'articolo 125 quater del regolamento n. 1234/2007, le OP o le AOP che intervengono nel settore ortofrutticolo hanno il compito di assicurare che la produzione sia pianificata e adeguata in funzione della domanda, in particolare in termini qualità e quantità, di concentrare l'offerta e di immettere sul mercato la produzione dei propri aderenti o ancora di ottimizzare i costi di produzione e di stabilizzare i prezzi alla produzione.

43 Ebbene, un'OP o un'AOP potrebbe, al fine di realizzare gli obiettivi previsti da tali disposizioni, dover ricorrere a mezzi diversi da quelli che regolano il normale funzionamento dei mercati e, in particolare, ad alcune forme di coordinamento e di concertazione tra produttori agricoli.

44 Pertanto, salvo privare le OP e le AOP dei mezzi che consentono loro di realizzare gli obiettivi loro assegnati nell'ambito dell'organizzazione comune di mercato alla quale partecipano – e della quale, come ricordato al considerando 7 del regolamento n. 2200/96, rappresentano l'elemento portante – e, pertanto, salvo rimettere in discussione l'effetto utile dei regolamenti relativi all'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli, le pratiche di tali entità necessarie al raggiungimento di uno o più di tali obiettivi devono sfuggire, in particolare, al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

45 Ne discende che, in tale settore, i casi di inapplicabilità dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE non si limitano alle sole pratiche di cui agli articoli 176 e 176 bis del regolamento n. 1234/2007, ma coprono anche le pratiche menzionate al punto precedente.



46 Tuttavia, la portata di tali esclusioni va interpretata in modo restrittivo.

47 Come la Corte ha già avuto modo di precisare, le organizzazioni comuni dei mercati dei prodotti agricoli non costituiscono uno spazio senza concorrenza (sentenza del 9 settembre 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union*, C-137/00, EU:C:2003:429, punto 61).

48 Al contrario, il mantenimento di una effettiva concorrenza sui mercati dei prodotti agricoli fa parte degli obiettivi della politica agricola comune e dell'organizzazione comune dei mercati (v., in tal senso, sentenza del 9 settembre 2003, *Milk Marque e National Farmers' Union*, C-137/00, EU:C:2003:429, punti 57 e 58).

49 Occorre inoltre sottolineare che, conformemente al principio di proporzionalità, le pratiche considerate non devono andare oltre quanto strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, assegnati all'OP o all'AOP in questione, conformemente alla normativa relativa all'organizzazione comune del mercato considerato.

50 È alla luce di tali considerazioni che occorre valutare se pratiche come quelle di cui al procedimento principale, attraverso le quali OP, AOP e organizzazioni professionali attive nel settore dell'indivia procedono alla fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, si accordano sui quantitativi immessi sul mercato e si scambiano informazioni strategiche, siano escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

51 A tale riguardo, è stato ricordato al punto 44 della presente sentenza che le OP e le AOP costituiscono gli elementi portanti che garantiscono, al loro livello, il funzionamento decentrato delle organizzazioni comuni di mercato.

52 L'articolo 122, primo comma, lettera c), e l'articolo 125 quater del regolamento n. 1234/2007 prevedono quindi che, nel settore ortofrutticolo, gli Stati membri riconoscano le OP o le AOP che, in particolare, perseguono proprio uno degli obiettivi definiti dal legislatore dell'Unione ed elencati ai punti da i) a iii) di tale prima disposizione.

53 Ne deriva che l'inapplicabilità delle regole di concorrenza dell'Unione giustificata dal fatto che la pratica di cui trattasi sia necessaria al raggiungimento di uno o più degli obiettivi dell'organizzazione comune del mercato considerato presuppone che tale pratica sia attuata da un'entità che sia effettivamente legittimata a farlo, conformemente alla normativa relativa all'organizzazione comune di tale mercato, e che, pertanto, sia stata riconosciuta da uno Stato membro.

54 Una pratica adottata all'interno di un'entità non riconosciuta da uno Stato membro per perseguire uno di tali obiettivi non può pertanto sfuggire al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

55 Ciò dovrebbe valere in particolare anche per le pratiche di organizzazioni professionali quali, nel procedimento principale, l'APVE, la SNE e la FCE, con riferimento alle quali non emerge né dal fascicolo né dalle risposte ai quesiti posti dalla Corte che siano state riconosciute dalle autorità francesi come OP, AOP oppure organizzazioni interprofes-



sionali ai sensi dell'articolo 123, paragrafo 1, del regolamento n. 1234/2007, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

56 Per quanto riguarda le pratiche attuate da un'OP o un'AOP, occorre rilevare che tali pratiche devono rimanere interne ad una sola OP o ad una sola AOP.

57 Infatti, ai sensi, in particolare, dell'articolo 122, primo comma, lettera c), e dell'articolo 125 ter, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1234/2007, i compiti di pianificazione della produzione, di concentrazione dell'offerta e di immissione sul mercato, di ottimizzazione dei costi di produzione e di stabilizzazione dei prezzi alla produzione, dei quali possono essere incaricate un'OP o un'AOP in forza della normativa applicabile all'organizzazione comune del mercato considerato, possono riguardare unicamente la produzione e la commercializzazione dei prodotti dei soli membri dell'OP o dell'AOP considerata. Tali compiti, pertanto, possono giustificare talune forme di coordinamento e di concertazione soltanto tra produttori membri della medesima OP o della medesima AOP riconosciuta da uno Stato membro.

58 Ne consegue che gli accordi o le pratiche concordate che siano convenuti non all'interno di un'OP o di un'AOP, ma tra OP o tra AOP, eccedono quanto necessario per l'assolvimento di tali compiti.

59 Dalle considerazioni esposte ai punti da 51 a 58 della presente sentenza discende che le pratiche in essere tra tali OP o AOP e, a fortiori, le pratiche che coinvolgono, oltre a tali OP o AOP, entità non riconosciute da uno Stato membro nell'ambito dell'attuazione della politica agricola comune nel settore di cui trattasi, non possono sfuggire al divieto delle pratiche di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

60 Nei limiti in cui le pratiche di cui al procedimento principale siano state adottate non all'interno della medesima OP o della medesima AOP, ma tra più OP, più AOP e più entità non riconosciute nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato dell'indivia, esse non potrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione del divieto delle intese di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

61 Per quanto riguarda poi le pratiche concordate tra produttori membri di una medesima OP o di una medesima AOP riconosciuta da uno Stato membro, occorre ricordare che, nell'ambito della politica agricola comune nel settore ortofrutticolo, le OP o le AOP riconosciute devono essere per l'appunto incaricate di almeno uno degli obiettivi di cui all'articolo 122, primo comma, lettera c), del regolamento n. 1234/2007 e ricordati al punto 42 della presente sentenza.

62 Ne consegue che l'inapplicabilità delle regole di concorrenza dell'Unione, nel settore ortofrutticolo, ad una pratica non prevista dagli articoli 176 e 176 bis del regolamento n. 1234/2007 presuppone che la pratica concordata all'interno dell'OP e dell'AOP considerata rientri effettivamente e rigorosamente nel perseguimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, che le sono stati assegnati conformemente alla normativa relativa all'organizzazione comune del mercato considerato.



63 Per quanto riguarda gli obiettivi di cui ai punti 42 e 61 della presente sentenza, occorre rilevare che l'obiettivo di assicurare che la produzione sia pianificata e adeguata in funzione della domanda, al pari di quello di concentrare l'offerta ed immettere sul mercato la produzione degli aderenti, nonché di quello di stabilizzare i prezzi alla produzione implicano necessariamente scambi di informazioni strategiche tra i singoli produttori membri dell'OP o dell'AOP considerata, destinati, in particolare, a conoscere le caratteristiche della loro produzione. Pertanto, scambi di informazioni strategiche tra produttori di una medesima OP o di una medesima AOP possono essere proporzionati se intervengono effettivamente ai fini dell'obiettivo o degli obiettivi assegnati a tale OP o a tale AOP e sono limitati alle sole informazioni strettamente necessarie a tali fini.

64 L'obiettivo di stabilizzazione dei prezzi alla produzione, al fine di assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, può anch'esso giustificare un coordinamento tra produttori agricoli di una medesima OP o di una medesima AOP in merito al volume di prodotti agricoli immessi sul mercato, come emerge dal considerando 16 del regolamento n. 2200/96, nonché dal regime degli interventi, il cui principio di funzionamento è stato fissato all'articolo 23 di tale regolamento ed è stato riformato dall'articolo 103 quater, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1234/2007.

65 Inoltre, l'obiettivo di concentrare l'offerta, al fine di consolidare la posizione dei produttori di fronte ad una concentrazione sempre maggiore della domanda, può anch'esso giustificare una certa forma di coordinamento della politica tariffaria dei singoli produttori agricoli all'interno di un'OP o di un'AOP. Ciò vale in particolare quando all'OP o all'AOP considerata sia stato assegnato dai suoi membri il compito di commercializzare tutta la loro produzione, come impone, salvo casi particolari, l'articolo 125 bis, paragrafo 1, lettera c), del regolamento n. 1234/2007, in combinato disposto con l'articolo 125 quater del medesimo regolamento.

66 Per contro, la fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita all'interno di un'OP o di un'AOP non può essere considerata, nell'ambito delle pratiche necessarie a realizzare i compiti loro affidati nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato considerato, proporzionata agli obiettivi di stabilizzazione dei prezzi o di concentrazione dell'offerta, qualora non consenta ai produttori che provvedono essi stessi a smaltire la propria produzione nei casi di cui all'articolo 125 bis, paragrafo 2, del regolamento n. 1234/2007 di praticare un prezzo inferiore a tali prezzi minimi, poiché ha l'effetto di abbassare il livello già ridotto di concorrenza esistente sui mercati di prodotti agricoli a causa, in particolare della facoltà riconosciuta ai produttori di raggrupparsi in OP o in AOP al fine di concentrare la loro offerta.

67 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alle questioni sollevate dichiarando che l'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26, l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento n. 2200/96, l'articolo 2 del regolamento n. 1184/2006, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1182/2007, nonché l'articolo



122, primo comma, e gli articoli 175 e 176 del regolamento n. 1234/2007, deve essere interpretato nel senso che:

– pratiche riguardanti la fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, una concertazione sui quantitativi immessi sul mercato o lo scambio di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, non possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate tra diverse OP o AOP, nonché con entità non riconosciute da uno Stato membro ai fini della realizzazione di un obiettivo definito dal legislatore dell'Unione nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato considerato, come le organizzazioni professionali prive dello status di OP, di AOP o di organizzazione interprofessionale ai sensi della normativa dell'Unione, e

– pratiche riguardanti una concertazione sui prezzi o sui quantitativi immessi sul mercato o scambi di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate tra membri di una medesima OP o di una medesima AOP riconosciuta da uno Stato membro e siano strettamente necessarie al perseguimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, assegnati all'OP o all'AOP considerata, conformemente alla normativa dell'Unione.

Sulle spese

68 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 101 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 2 del regolamento n. 26 del Consiglio, del 4 aprile 1962, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio dei prodotti agricoli, l'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 2200/96 del Consiglio, del 28 ottobre 1996, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore degli ortofrutticoli, l'articolo 2 del regolamento (CE) n. 1184/2006 del Consiglio, del 24 luglio 2006, relativo all'applicazione di alcune regole di concorrenza alla produzione e al commercio di taluni prodotti agricoli, come modificato dal regolamento (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1182/2007 del Consiglio, del 26 settembre 2007, recante norme specifiche per il settore ortofrutticolo, recante modifica delle direttive 2001/112/CE e 2001/113/CE e dei regolamenti (CEE) n. 827/68, (CE) n. 2200/96, (CE) n. 2201/96, (CE) n. 2826/2000, (CE) n. 1782/2003 e (CE) n. 318/2006 e che abroga il regolamento (CE) n. 2202/96, nonché l'articolo 122, primo comma, e gli articoli 175 e 176 del regolamento n. 1234/2007, come modificato dal regolamento (CE) n. 491/2009 del Consiglio, del 25 maggio 2009, deve essere interpretato nel senso che:



- pratiche riguardanti la fissazione collettiva di prezzi minimi di vendita, una concertazione sui quantitativi immessi sul mercato o lo scambio di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, non possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate tra diverse organizzazioni di produttori o associazioni di organizzazioni di produttori, nonché con entità non riconosciute da uno Stato membro ai fini della realizzazione di un obiettivo definito dal legislatore dell'Unione europea nell'ambito dell'organizzazione comune del mercato considerato, come le organizzazioni professionali prive dello status di organizzazione di produttori, di associazione di organizzazioni di produttori o di organizzazione interprofessionale ai sensi della normativa dell'Unione europea, e
- pratiche riguardanti una concertazione sui prezzi o sui quantitativi immessi sul mercato o scambi di informazioni strategiche, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, possono essere sottratte al divieto delle intese previsto all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE qualora siano concordate tra membri di una medesima organizzazione di produttori o di una medesima associazione di organizzazioni di produttori riconosciuta da uno Stato membro e siano strettamente necessarie al perseguimento dell'obiettivo, o degli obiettivi, assegnati all'organizzazione di produttori o all'associazione di organizzazioni di produttori considerata, conformemente alla normativa dell'Unione europea.



PROCEDIMENTO PENALE RIGUARDANTE REATI IN MATERIA DI IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA)

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, GRANDE SEZIONE, CAUSA C-42/17, 5 DICEMBRE 2017

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 325 TFUE – Sentenza dell’8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555) – Procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) – Normativa nazionale che prevede termini di prescrizione che possono determinare l’impunità dei reati – Lesione degli interessi finanziari dell’Unione europea – Obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto interno che possa pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell’Unione – Principio di legalità dei reati e delle pene»

Nella causa C-42/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Corte costituzionale (Italia), con ordinanza del 23 novembre 2016, pervenuta in cancelleria il 26 gennaio 2017, nel procedimento penale a carico di

M.A.S.,

M.B.

con _____ l’intervento _____ di:

Presidente del Consiglio dei Ministri,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, J.L. da Cruz Vilaça (relatore), C.G. Fernlund e C. Vajda, presidenti di sezione, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, M. Safjan, F. Biltgen, K. Jürimäe, M. Vilaras ed E. Regan giudici,

avvocato _____ generale: _____ Y. _____ Bot

cancelliere: R. Schiano, amministratore vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 29 maggio 2017, considerate le osservazioni presentate:

per M.A.S., da G. Insolera, A. Soliani e V. Zeno-Zencovich, avvocati;

per M.B., da N. Mazzacuva e V. Manes, avvocati;

per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da G. De Bellis, G. Galluzzo e S. Fiorentino, avvocati dello Stato;

– per la Commissione europea, da P. Rossi, J. Baquero Cruz, H. Krämer e K. Banks, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 18 luglio 2017, ha pronunciato la seguente

Sentenza



La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE come interpretato dalla sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e a. (C-105/14, EU:C:2015:555) (in prosieguo: la «sentenza Taricco»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B. relativo a reati in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE prevede quanto segue:

«1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari».

Diritto italiano

L'articolo 25 della Costituzione così dispone:
«Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.

Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge».

L'articolo 157 del codice penale, come modificato dalla legge del 5 dicembre 2005, n. 251 (GURI n. 285 del 7 dicembre 2005; in prosieguo: il «codice penale»), prevede quanto segue:

«La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

(...)».

L'articolo 160 del codice penale è così formulato:
«Il corso della prescrizione è interrotto dalla sentenza di condanna o dal decreto di condanna.

Interrompono pure la prescrizione l'ordinanza che applica le misure cautelari personali e (...) il decreto di fissazione della udienza preliminare (...).

La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre il termine di cui



all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale».

Ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, del codice penale:

«Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere (...)».

Ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo del 10 marzo 2000, n. 74, recante nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto (GURI n. 76 del 31 marzo 2000; in prosieguo: il «d.lgs. n. 74/2000»), la presentazione di una dichiarazione IVA fraudolenta che menzioni fatture o altri documenti relativi a operazioni inesistenti è punita con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

Nella sentenza Taricco, la Corte ha dichiarato che il combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, e dell'articolo 161 del codice penale (in prosieguo: le «disposizioni del codice penale in questione»), nella parte in cui tali disposizioni prevedono che un atto interruttivo della prescrizione verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di IVA comporti il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui tali disposizioni nazionali impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui prevedano, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. La Corte ha altresì dichiarato che il giudice nazionale competente è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dalle suddette disposizioni del Trattato FUE.

La Corte suprema di cassazione (Italia) e la Corte d'appello di Milano (Italia), che hanno rimesso alla Corte costituzionale (Italia) le questioni di costituzionalità, ritengono che la regola tratta da detta sentenza sia applicabile nell'ambito di due procedimenti pendenti dinanzi alle medesime. Tali procedimenti, infatti, hanno ad oggetto reati previsti dal decreto n. 74/2000 suscettibili di essere qualificati come gravi. Inoltre, detti reati sarebbero prescritti ove si dovessero applicare le disposizioni del codice penale in questione mentre, in caso contrario, i suddetti procedimenti si potrebbero concludere con una pronuncia di condanna.

La Corte d'appello di Milano, inoltre, dubita che l'obbligo derivante dall'articolo 325, paragrafo 2, TFUE sia rispettato per quanto riguarda il procedimento pendente dinanzi ad essa. Infatti, il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, previsto all'articolo 291 quater del decreto del Presidente della Repubblica



del 23 gennaio 1973, n. 43, recante approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (GURI n. 80 del 28 marzo 1973), benché assimilabile a reati puniti dal decreto n. 74/2000, come quelli oggetto dei procedimenti principali, non è soggetto alle medesime regole sul limite del termine di prescrizione previste per tali reati.

La Corte suprema di cassazione e la Corte d'appello di Milano ritengono quindi di essere tenute, conformemente alla regola enunciata dalla sentenza Taricco, a disapplicare il termine di prescrizione previsto dalle disposizioni del codice penale in questione e a pronunciarsi sul merito.

La Corte costituzionale solleva dubbi sulla compatibilità di una soluzione del genere con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e con il rispetto dei diritti inalienabili della persona. In particolare, secondo tale organo giurisdizionale, questa soluzione potrebbe ledere il principio di legalità dei reati e delle pene, il quale impone, segnatamente, che le norme penali siano determinate con precisione e non possano essere retroattive.

A tale riguardo, la Corte costituzionale precisa che, nell'ordinamento giuridico italiano, il regime della prescrizione in materia penale riveste natura sostanziale e, pertanto, rientra nell'ambito di applicazione del principio di legalità, previsto all'articolo 25 della Costituzione italiana. Di conseguenza, tale regime dovrebbe essere disciplinato da norme precise vigenti al momento della commissione del reato considerato.

Alla luce di tali premesse, la Corte costituzionale ritiene di essere chiamata dai giudici nazionali interessati a pronunciarsi sul rispetto, da parte della regola enunciata nella sentenza Taricco, del requisito della «determinatezza» che, secondo la Costituzione, deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale.

Pertanto, in primo luogo, si tratterebbe di verificare se l'interessato potesse sapere, al momento della commissione del reato considerato, che il diritto dell'Unione impone al giudice nazionale, in presenza dei presupposti individuati nella suddetta sentenza, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione. Peraltro, il principio secondo cui la natura penale dell'illecito e la pena applicabile devono essere previamente e chiaramente determinabili dall'autore della condotta punibile discenderebbe, altresì, dalla giurisprudenza pertinente della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»).

In secondo luogo, il giudice del rinvio rileva che la sentenza Taricco non precisa a sufficienza gli elementi che il giudice nazionale deve prendere in considerazione per riscontrare il «numero considerevole di casi» cui è legata l'applicazione della regola tratta da tale sentenza, e non pone quindi limiti al potere discrezionale dei giudici.

Secondo il suddetto organo giurisdizionale, peraltro, la sentenza Taricco non si pronuncia sulla compatibilità della regola da essa enunciata con i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano, e ha espressamente demandato questo compito ai giudici nazionali competenti. Esso rileva, a tale riguardo, come al punto 53 di tale sentenza si affermi che, se



il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, detto giudice dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Esso aggiunge che al punto 55 di detta sentenza si precisa che una disapplicazione siffatta va disposta con riserva di verifica da parte del giudice nazionale in ordine al rispetto dei diritti degli imputati.

Inoltre, il giudice del rinvio rileva che la Corte, nella sentenza Taricco, si è pronunciata sulla questione della compatibilità della regola enunciata in detta sentenza con l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») riferendosi unicamente al principio di irretroattività. La Corte non avrebbe tuttavia esaminato l'altro profilo del principio di legalità dei reati e delle pene, ossia la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata. Si tratterebbe tuttavia di un principio comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU, e che come tale corrisponde a un principio generale del diritto dell'Unione. Orbene, anche qualora si dovesse attribuire natura processuale al regime di prescrizione in materia penale nell'ordinamento giuridico italiano, nondimeno esso dovrebbe essere applicato in base a regole determinate.

Alla luce di tali premesse, la Corte costituzionale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

Se l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, (...) TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata.

Se l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, (...) TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità.

Se la [sentenza Taricco] debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i



principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

21 Con ordinanza del 28 febbraio 2017, M.A.S. e M.B. (C-42/17, non pubblicata, EU:C:2017:168), il presidente della Corte ha deciso di accogliere la domanda del giudice del rinvio diretta a sottoporre la presente causa al procedimento accelerato previsto all'articolo 23 bis dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea e all'articolo 105, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte.

Sulle questioni pregiudiziali

Considerazioni preliminari

Occorre anzitutto ricordare che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri, il quale mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione nonché la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto [v., in tal senso, parere 2/13 (Adesione dell'Unione alla CEDU), del 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 176].

Il procedimento ex articolo 267 TFUE funge dunque da strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione loro necessari per risolvere la controversia che essi sono chiamati a dirimere (v., in tal senso, sentenza del 5 luglio 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, punto 16).

A tale riguardo, occorre sottolineare che, quando risponde a questioni pregiudiziali, la Corte deve prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici dell'Unione e i giudici nazionali, il contesto materiale e normativo nel quale si inseriscono dette questioni, quale definito dalla decisione di rinvio (sentenza del 26 ottobre 2017, Argenta Spaarbank, C-39/16, EU:C:2017:813, punto 38).

Si deve rilevare che, nell'ambito del procedimento all'origine della sentenza Taricco, il Tribunale di Cuneo (Italia) ha interrogato la Corte sull'interpretazione degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE nonché dell'articolo 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU 2006, L 347, pag. 1).

Nella sentenza Taricco, la Corte ha tuttavia ritenuto necessario, ai fini del procedimento penale pendente dinanzi a detto giudice italiano, fornirgli un'interpretazione dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE.

Nel procedimento principale, la Corte costituzionale solleva la questione di un'eventuale violazione del principio di legalità dei reati e delle pene che potrebbe derivare dall'obbligo, enunciato dalla sentenza Taricco, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, in considerazione, da un lato, della natura sostanziale delle norme sulla prescrizione stabilite nell'ordinamento giuridico italiano, la quale implica che dette norme siano ragionevolmente prevedibili per i soggetti dell'ordinamento al momento della com-



missione dei reati contestati senza poter essere modificate retroattivamente in peius, e, dall'altro, della necessità che qualunque normativa nazionale relativa al regime di punibilità si fondi su una base giuridica sufficientemente determinata, al fine di poter delimitare e orientare la valutazione del giudice nazionale.

Spetta pertanto alla Corte precisare, tenuto conto degli interrogativi che sono stati sollevati dal giudice del rinvio con riferimento a tale principio e che non erano stati portati a conoscenza della Corte nella causa all'origine della sentenza Taricco, l'interpretazione dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE operata da tale sentenza.

Sulle questioni prima e seconda

Con le sue questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE debba essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, e ciò anche qualora l'attuazione di tale obbligo comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile o di un'applicazione retroattiva di quest'ultima.

Occorre ricordare che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE impone agli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure effettive e dissuasive nonché di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari.

Poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, ai sensi della decisione 2014/335/UE, Euratom del Consiglio, del 26 maggio 2014, relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea (GU 2014, L 168, pag. 105), le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, dal momento che qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde (v., in tal senso, sentenze del 26 febbraio 2013, Akerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 26, nonché Taricco, punto 38).

È compito degli Stati membri garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 7 aprile 2016, Degano Trasporti, C-546/14, EU:C:2016:206, punto 21). A questo proposito, tali Stati membri sono tenuti a procedere al



recupero delle somme corrispondenti alle risorse proprie che sono state sottratte al bilancio dell'Unione in conseguenza di frodi.

Al fine di assicurare la riscossione integrale delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due (v., in tal senso, sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 34, nonché Taricco, punto 39).

A tale riguardo, occorre tuttavia rilevare, in primo luogo, che possono essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA (v., in tal senso, sentenza Taricco, punto 39).

Gli Stati membri, pena la violazione degli obblighi loro imposti dall'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, devono quindi assicurarsi che, nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, siano adottate sanzioni penali dotate di carattere effettivo e dissuasivo (v., in tal senso, sentenza Taricco, punti 42 e 43).

Deve pertanto ritenersi che gli Stati membri violino gli obblighi loro imposti dall'articolo 325, paragrafo 1, TFUE qualora le sanzioni penali adottate per reprimere le frodi gravi in materia di IVA non consentano di garantire efficacemente la riscossione integrale di detta imposta. A tale titolo, detti Stati devono altresì assicurarsi che le norme sulla prescrizione previste dal diritto nazionale consentano una repressione effettiva dei reati legati a frodi siffatte.

In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 325, paragrafo 2, TFUE, gli Stati membri devono adottare, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in particolare in materia di IVA, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari.

Per quanto riguarda le conseguenze di un'eventuale incompatibilità di una normativa nazionale con l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, dalla giurisprudenza della Corte emerge che detto articolo pone a carico degli Stati membri obblighi di risultato precisi, che non sono accompagnati da alcuna condizione quanto all'applicazione delle norme enunciate da tali disposizioni (v., in tal senso, sentenza Taricco, punto 51).

Spetta quindi ai giudici nazionali competenti dare piena efficacia agli obblighi derivanti dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE e disapplicare disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione, che, nell'ambito di un procedimento relativo a reati gravi in materia di IVA, ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Taricco, punti 49 e 58).

Si deve ricordare che, al punto 58 della sentenza Taricco, le disposizioni nazionali in questione sono state considerate idonee a pregiudicare gli obblighi imposti allo Stato membro interessato dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, nell'ipotesi in cui dette disposizioni



impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o in cui prevedano, per i casi di frode che ledono detti interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti in casi di frode che ledono gli interessi finanziari di tale Stato membro.

Spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, alla luce delle considerazioni espresse dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco. È infatti compito del legislatore garantire che il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

A tale riguardo, occorre ricordare che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (v., in tal senso, sentenza Taricco, punto 57, e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo citata a tale punto).

Ciò premesso, occorre aggiungere che il settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la previsione di sanzioni penali rientra nella competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TFUE.

Nella fattispecie, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, il regime della prescrizione applicabile ai reati in materia di IVA non era stato oggetto di armonizzazione da parte del legislatore dell'Unione, armonizzazione che è successivamente avvenuta, in modo parziale, solo con l'adozione della direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (GU 2017, L 198, pag. 29).

La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene.

Dal canto loro, i giudici nazionali competenti, quando devono decidere, nei procedimenti pendenti, di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati (v., in tal senso, sentenza Taricco, punto 53).

A tale riguardo, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2013, Akerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).



In particolare, per quanto riguarda l'inflizione di sanzioni penali, spetta ai giudici nazionali competenti assicurarsi che i diritti degli imputati derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene siano garantiti.

Orbene, secondo il giudice del rinvio, tali diritti non sarebbero rispettati in caso di disapplicazione delle disposizioni del codice penale in questione, nell'ambito dei procedimenti principali, dato che, da un lato, gli interessati non potevano ragionevolmente prevedere, prima della pronuncia della sentenza Taricco, che l'articolo 325 TFUE avrebbe imposto al giudice nazionale, alle condizioni stabilite in detta sentenza, di disapplicare le suddette disposizioni.

Dall'altro, secondo detto giudice, il giudice nazionale non può definire il contenuto concreto dei presupposti in presenza dei quali esso dovrebbe disapplicare tali disposizioni – ossia nell'ipotesi in cui esse impediscano di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave – senza violare i limiti imposti alla sua discrezionalità dal principio di legalità dei reati e delle pene.

A tale riguardo, si deve ricordare l'importanza, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile.

Tale principio, quale sancito all'articolo 49 della Carta, si impone agli Stati membri quando attuano il diritto dell'Unione, conformemente all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, come avviene allorché essi prevedano, nell'ambito degli obblighi loro imposti dall'articolo 325 TFUE, di infliggere sanzioni penali per i reati in materia di IVA. L'obbligo di garantire l'efficace riscossione delle risorse dell'Unione non può quindi contrastare con tale principio (v., per analogia, sentenza del 29 marzo 2012, *Belvedere Costruzioni*, C-500/10, EU:C:2012:186, punto 23).

Inoltre, il principio di legalità dei reati e delle pene appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (v., per quanto riguarda il principio di irretroattività della legge penale, sentenze del 13 novembre 1990, *Fedesa e a.*, C-331/88, EU:C:1990:391, punto 42, nonché del 7 gennaio 2004, *X*, C-60/02, EU:C:2004:10, punto 63) ed è stato sancito da vari trattati internazionali, segnatamente all'articolo 7, paragrafo 1, della CEDU (v., in tal senso, sentenza del 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261, punto 49).

Dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17) emerge che, conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, il diritto garantito all'articolo 49 della medesima ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU.

Per quanto riguarda gli obblighi derivanti dal principio di legalità dei reati e delle pene, occorre rilevare, in primo luogo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato, a proposito dell'articolo 7, paragrafo 1, della CEDU, che, in base a tale principio, le di-



sposizioni penali devono rispettare determinati requisiti di accessibilità e di prevedibilità per quanto riguarda tanto la definizione del reato quanto la determinazione della pena (v. Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, CE:ECHR:1996:1115JUD001786291, § 29; Corte EDU, 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*, CE:ECHR:2002:0207JUD002849695, § 51; Corte EDU, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, CE:ECHR:2006:0329JUD006733501, § 41, e Corte EDU, 20 settembre 2011, *OA O Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, CE:ECHR:2011:0920JUD001490204, §§ da 567 a 570).

In secondo luogo, occorre sottolineare che il requisito della determinatezza della legge applicabile, che è inerente a tale principio, implica che la legge definisca in modo chiaro i reati e le pene che li reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale (v., in tal senso, sentenza del 28 marzo 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 162).

In terzo luogo, il principio di irretroattività della legge penale osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, sanzionare penalmente una condotta non vietata da una norma nazionale adottata prima della commissione del reato addebitato, ovvero aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto (v., per analogia, sentenza dell'8 novembre 2016, *Ognyanov*, C-554/14, EU:C:2016:835, punti da 62 a 64 e giurisprudenza ivi citata).

A tale riguardo, come rilevato al punto 45 della presente sentenza, i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA.

Ne deriva, da un lato, che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza *Taricco*, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione.

Dall'altro, i requisiti menzionati al punto 58 della presente sentenza ostano a che, in procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA prima della pronuncia della sentenza *Taricco*, il giudice nazionale disapplichi le disposizioni del codice penale in questione. Infatti, la Corte ha già sottolineato, al punto 53 di tale sentenza, che a dette persone potrebbero, a causa della disapplicazione di queste disposizioni, essere inflitte sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggite se le suddette disposizioni fossero state applicate. Tali persone potrebbero quindi essere retroattivamente assog-



gettate a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Se il giudice nazionale dovesse quindi essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione (v., per analogia, sentenza del 10 luglio 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punti 58 e 59). Spetta allora al legislatore nazionale adottare le misure necessarie, come rilevato ai punti 41 e 42 della presente sentenza.

Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alle questioni prima e seconda dichiarando che l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Sulla terza questione

In considerazione della risposta fornita alle prime due questioni, non è necessario rispondere alla terza questione.

Sulle spese

Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato mem-



bro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del

principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Lenaerts von Danwitz Vajda Arabadjiev

Jürimäe

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 5 dicembre 2017.

Il cancelliere

A. Calot Escobar

Tizzano

Da Cruz Vilça Borg Barthet Safjan

Bay Larsen Fernlund Bonichot Biltgen

Regan

Il presidente

K. Lenaerts

Vilaras



SERVIZI NEL SETTORE DEI TRASPORTI

SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, GRANDE SEZIONE, CAUSA C-434/15, 20 DICEMBRE 2017

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 56 TFUE – Articolo 58, paragrafo 1, TFUE – Servizi nel settore dei trasporti – Direttiva 2006/123/CE – Servizi nel mercato interno – Direttiva 2000/31/CE – Direttiva 98/34/CE – Servizi della società dell’informazione – Servizio d’intermediazione che consente, mediante un’applicazione per smartphone, di mettere in contatto dietro retribuzione conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare spostamenti in aerea urbana – Requisito di un’autorizzazione»

Nella causa C-434/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dallo Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona (tribunale di commercio n. 3 di Barcellona, Spagna), con decisione del 16 luglio 2015, pervenuta in cancelleria il 7 agosto 2015, nel procedimento

Asociación Profesional Elite Taxi

contro

Uber Systems SpainSL,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça, J. Malenovský e E. Levits, presidenti di sezione, E. Juhász, A. Borg Barthet, D. Šváby (relatore), C. Lycourgos, M. Vilaras e E. Regan, giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 29 novembre 2016, considerate le osservazioni presentate:

– per l’Asociación Profesional Elite Taxi, da M. Balagué Farré e D. Salmerón Porras, abogados, e da J. A. López-Jurado González, procurador;

– per la Uber Systems Spain SL, da B. Le Bret e D. Calciu, avocats, da R. Allendesalazar Corcho, J. J. Montero Pascual, C. Fernández Vicién e I. Moreno-Tapia Rivas, abogados;

– per il governo spagnolo, da M. A. Sampol Pucurull e A. Rubio González, in qualità di agenti;

– per il governo estone, da N. Grünberg, in qualità di agente;

– per l’Irlanda, da E. Creedon, L. Williams e A. Joyce, in qualità di agenti, assistiti da A. Carroll, barrister;



- per il governo ellenico, da M. Michelogiannaki, in qualità di agente;
- per il governo francese, da D. Colas, G. de Bergues e R. Coesme, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, da H. Stergiou e M. Bulterman, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per il governo finlandese, da S. Hartikainen, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da É. Gippini Fournier, F. Wilman, J. Hottiaux e H. Tserepa-Lacombe, in qualità di agenti;
- per l’Autorità di vigilanza EFTA, da C. Zatschler, Ø. Bø e C. Perrin, in qualità di agenti;

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza dell’11 maggio 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 56 TFUE, dell’articolo 1 della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell’informazione (GU 1998, L 204, pag. 37), come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998 (GU 1998, L 217, pag. 18) (in prosieguo: la «direttiva 98/34»), dell’articolo 3 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (GU 2000, L 178, pag. 1), nonché degli articoli 2 e 9 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, pag. 36).

2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra, da un lato, l’Asociación Profesional Elite Taxi (in prosieguo: l’«Elite Taxi»), un’associazione professionale di tassisti della città di Barcellona (Spagna) e, dall’altro, la Uber Systems Spain SL, società collegata alla Uber Technologies Inc., in merito alla fornitura da parte di quest’ultima, mediante un’applicazione per smartphone, di un servizio retribuito di messa in contatto di conducenti non professionisti, privi di licenze e autorizzazioni amministrative, che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare spostamenti urbani.

Contesto normativo

Diritto dell’Unione

Direttiva 98/34

3 L’articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34 così dispone:

«Ai sensi della presente direttiva si intende per:

(...)



2) “servizio”: qualsiasi servizio della società dell’informazione, vale a dire qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.

Ai fini della presente definizione si intende:

- “a distanza”: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti;
- “per via elettronica”: un servizio inviato all’origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici od altri mezzi elettromagnetici;
- “richiesta individuale di un destinatario di servizi”: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale.

Nell’allegato V figura un elenco indicativo di servizi non contemplati da tale definizione.

(...).».

4 Conformemente agli articoli 10 e 11 della direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d’informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell’informazione (GU 2015, L 241, pag. 1), la direttiva 98/34 è stata abrogata il 7 ottobre 2015. Tuttavia, quest’ultima direttiva resta applicabile *ratione temporis* alla controversia di cui al procedimento principale.

Direttiva 2000/31

5 L’articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31 prevede che, ai fini di tale direttiva, per i «servizi della società dell’informazione» vale la definizione dei servizi ai sensi dell’articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34.

6 L’articolo 3, paragrafi 2 e 4, della direttiva 2000/31, prevede quanto segue:

«2. Gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell’ambito regolamentato, limitare la libera circolazione dei servizi [della] società dell’informazione provenienti da un altro Stato membro.

(...)

4. Gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al paragrafo 2, per quanto concerne un determinato servizio della società dell’informazione, in presenza delle seguenti condizioni:

- a) i provvedimenti [devono essere]:
 - i) necessari per una delle seguenti ragioni:
 - ordine pubblico, in particolare per l’opera di prevenzione, investigazione, individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l’incitamento all’odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché [contro le] violazioni della dignità umana della persona;
 - tutela della sanità pubblica;



- pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza, e della difesa nazionale;
- tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori;
- ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi;
- iii) proporzionati a tali obiettivi;
- b) prima di adottare i provvedimenti in questione e fatti salvi i procedimenti giudiziari, anche istruttori, e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale, lo Stato membro ha:
 - chiesto allo Stato membro di cui al paragrafo 1 di prendere provvedimenti e questo non li ha presi o essi non erano adeguati;
 - notificato alla Commissione e allo Stato membro di cui al paragrafo 1 la sua intenzione di prendere tali provvedimenti».

Direttiva 2006/123

7 Ai sensi del considerando 21 della direttiva 2006/123 «[i] servizi di trasporto, compresi i trasporti urbani, i taxi e le ambulanze nonché i servizi portuali, sono esclusi dal campo di applicazione d[i] tale direttiva».

8 L'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva in parola prevede che quest'ultima non si applica ai servizi nel settore dei trasporti, ivi compresi i servizi portuali, che rientrano nell'ambito di applicazione del titolo V della terza parte del Trattato CE, che è divenuto il titolo VI della terza parte del Trattato FUE.

9 Il capitolo III della direttiva 2006/123, intitolato «Libertà di stabilimento dei prestatori», contiene l'articolo 9, il cui paragrafo 1 così dispone:

«Gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti:

- a) il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore;
- b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale;
- c) l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia».

10 Il capitolo IV di tale direttiva, intitolato «Libera circolazione dei servizi», contiene l'articolo 16, che stabilisce le modalità che consentono ai prestatori di servizi di fornire un servizio in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stabiliti.

Diritto spagnolo

11 Nell'agglomerato urbano di Barcellona, i servizi di taxi sono disciplinati dalla Ley 19/2003 del Taxi (legge n. 19/2003, relativa ai servizi di taxi), del 4 luglio 2003 (DOGC n. 3926, del 16 luglio 2003 e BOE n. 189, dell'8 agosto 2003), e dal Regolamento Metropolitano del Taxi (regolamento sui servizi di taxi dell'agglomerato urbano di Barcel-



lona), adottato dal Consell Metropolità dell'Entitat Metropolitana de Transport de Barcelona (Consiglio direttivo dell'organismo di gestione dei trasporti dell'agglomerato urbano di Barcellona, Spagna), del 22 luglio 2004.

12 Ai sensi dell'articolo 4 di tale legge:

«1. La fornitura del servizio di taxi in aerea urbana è subordinata al previo rilascio della licenza che abilita il titolare per ognuno dei veicoli destinati all'esercizio di tale attività.

«2. Le licenze che abilitano a fornire il servizio di taxi in aerea urbana sono concesse dai comuni o dagli enti locali competenti sul territorio in cui l'attività deve essere esercitata.

«3. La fornitura del servizio di taxi in area interurbana è subordinata al rilascio dell'autorizzazione corrispondente, concessa dal ministero del governo regionale competente in materia di trasporti».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

13 Il 29 ottobre 2014 l'Elite Taxi ha proposto ricorso dinanzi al Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona (tribunale di commercio n. 3 di Barcellona, Spagna) affinché tale giudice accertasse che le attività della Uber Systems Spain violano la normativa vigente e costituiscono pratiche ingannevoli e atti di concorrenza sleale, ai sensi della Ley 3/1991 de Competencia Desleal (legge n. 3/1991 relativa alla concorrenza sleale), del 10 gennaio 1991. L'Elite Taxi chiede altresì che la Uber Systems Spain sia condannata a cessare la sua condotta sleale consistente nel fornire assistenza ad altre società del gruppo tramite l'erogazione di servizi di prenotazione su richiesta mediante dispositivi mobili e Internet. Essa chiede, infine, che tale giudice vieti alla Uber Systems Spain di esercitare in futuro tale attività.

14 Il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona (tribunale di commercio n. 3 di Barcellona) ha accertato previamente che, se è vero che la Uber Systems Spain esercita la propria attività in Spagna, tale attività è collegata a una piattaforma internazionale, il che giustifica che l'operato di tale società sia valutato a livello dell'Unione europea. Esso rileva, in seguito, che né la Uber Systems Spain né i conducenti non professionisti dei veicoli interessati dispongono delle licenze e delle autorizzazioni previste dal regolamento sui servizi di taxi dell'agglomerato urbano di Barcellona, del 22 luglio 2004.

15 Per verificare se le pratiche della Uber Systems Spain e delle società a essa collegate (in prosieguo, congiuntamente: la «Uber») possano essere qualificate ingannevoli e siano atte a violare le norme spagnole della concorrenza, il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona (tribunale di commercio n. 3 di Barcellona) ritiene necessario verificare se la Uber debba o meno possedere una previa autorizzazione amministrativa. A tal fine, occorrerebbe stabilire se i servizi forniti da tale società debbano essere considerati servizi di trasporto, servizi propri della società dell'informazione oppure una combinazione di entrambi i tipi di servizi. Infatti, dalla qualificazione accolta dipenderebbe la possibilità di imporre alla Uber l'obbligo di possedere una previa autorizzazione amministrativa. In particolare, il giudice del rinvio ritiene che, se il servizio di cui trattasi rientra nell'ambito della direttiva



2006/123 o della direttiva 98/34, le pratiche della Uber non possono essere considerate sleali.

16 A tal fine, tale giudice indica che la Uber contatta o si mette in comunicazione con conducenti non professionisti ai quali fornisce una serie di strumenti informatici – un’interfaccia – per mezzo dei quali essi possono a loro volta mettersi in comunicazione con persone che intendono effettuare spostamenti nell’area urbana e che accedono al servizio mediante l’omonima applicazione informatica. L’attività della Uber sarebbe esercitata a fini di lucro.

17 Il giudice del rinvio precisa altresì che la domanda di pronuncia pregiudiziale non riguarda in alcun modo tali elementi di fatto, ma verte solamente sulla qualificazione giuridica del servizio di cui trattasi.

18 Di conseguenza, il Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona (tribunale di commercio n. 3 di Barcellona) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Atteso che l’articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della [direttiva 2006/123] esclude le attività di trasporto dall’ambito di applicazione di tale direttiva, se l’attività di intermediazione tra il proprietario di un veicolo e la persona che deve effettuare spostamenti all’interno di una città, attività che la [Uber Systems Spain] svolge con fini di lucro e attraverso la gestione di mezzi informatici – interfaccia e applicazione di programmi informatici (“smartphone e piattaforme tecnologiche”, usando i termini della [Uber Systems Spain]) – che consentono a tali persone di mettersi in contatto, debba essere considerata una mera attività di trasporto, un servizio elettronico di intermediazione o un servizio della società dell’informazione ai sensi dell’articolo 1, punto 2, della [direttiva 98/34].

2) Con riguardo alla determinazione della natura giuridica di tale attività se essa possa essere parzialmente considerata un servizio della società dell’informazione e, in caso affermativo, se il servizio elettronico di intermediazione debba beneficiare del principio di libera prestazione dei servizi garantito dal diritto dell’Unione, in particolare dall’articolo 56 TFUE e dalle direttive [2006/123] e [2000/31].

3) Qualora si ritenesse che il servizio prestato dalla Uber Systems Spain non sia un servizio di trasporto e rientri quindi nelle ipotesi contemplate dalla direttiva 2006/123, se il contenuto dell’articolo 15 della legge n. 3/1991 – relativo alla violazione delle norme che disciplinano l’attività concorrenziale, del 10 gennaio 1991 – sia contrario a tale direttiva, in particolare al suo articolo 9 relativo alla libertà di stabilimento e ai regimi di autorizzazione, laddove rinvia a leggi o a norme giuridiche interne senza tenere conto del fatto che il regime per il rilascio delle licenze, delle autorizzazioni o dei permessi non può essere in alcun modo restrittivo o sproporzionato, ossia non può ostacolare in maniera irragionevole il principio della libertà di stabilimento.

4) Per il caso in cui si confermasse che la direttiva [2000/31] è applicabile al servizio prestato dalla Uber Systems Spain, se le restrizioni imposte da uno Stato membro alla libera prestazione di un servizio elettronico di intermediazione proveniente da un altro Sta-



to membro, vuoi subordinando la prestazione del servizio al rilascio di un'autorizzazione o di una licenza, vuoi sotto forma di un provvedimento giudiziale di cessazione della prestazione del servizio elettronico di intermediazione pronunciato sul fondamento della normativa nazionale in materia di concorrenza sleale, costituiscano misure valide in deroga all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva [2000/31] ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, di tale direttiva».

Sulla competenza della Corte

19 L'Elite Taxi ritiene che la qualificazione giuridica del servizio fornito dalla Uber non rientri nella competenza della Corte, dal momento che tale qualificazione presuppone che si statuisca su questioni di fatto. Alla luce di tali considerazioni, la Corte non sarebbe competente a pronunciarsi sulle questioni sollevate.

20 A tal riguardo occorre rammentare che il giudice del rinvio ha chiaramente indicato, come emerge dal punto 17 della presente sentenza, che le sue questioni non riguardano la constatazione o la valutazione dei fatti della controversia di cui al procedimento principale, ma soltanto la qualificazione giuridica del servizio di cui trattasi. Orbene, la qualificazione rispetto al diritto dell'Unione di fatti determinati da tale giudice presuppone un'interpretazione di tale diritto per la quale, nell'ambito della procedura di cui all'articolo 267 TFUE, la Corte è competente (v., per analogia, sentenza del 3 dicembre 2015, Banif Plus Bank, C-312/14, EU:C:2015:794, punti 51 e 52).

21 Di conseguenza, la Corte è competente a statuire sulle questioni sollevate.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità

22 I governi spagnolo, ellenico, olandese, polacco e finlandese, la Commissione europea e l'Autorità di vigilanza EFTA indicano il carattere insufficientemente preciso della decisione di rinvio riguardante sia la normativa nazionale applicabile sia la natura delle attività di cui trattasi nel procedimento principale.

23 A tal riguardo occorre rammentare che il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (sentenza del 27 giugno 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, punto 25).

24 Su quest'ultimo punto, la necessità di giungere a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone, come emerge dall'articolo 94, lettere a) e b), del regolamento di procedura della Corte, che detto giudice definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso, perlomeno, spieghi



le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate (v. sentenza del 10 maggio 2017, de Lobkowicz, C-690/15, EU:C:2017:355, punto 28).

25 Inoltre, secondo una costante giurisprudenza della Corte, le informazioni contenute nelle decisioni di rinvio servono non solo a consentire alla Corte di fornire soluzioni utili, bensì anche a offrire ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Spetta a quest'ultima vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma di detto articolo, vengono notificate alle parti interessate solo le decisioni di rinvio corredate di una traduzione nella lingua ufficiale di ciascuno Stato membro, ad esclusione del fascicolo nazionale eventualmente trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio (sentenza del 4 maggio 2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

26 Nel caso di specie, si deve rilevare che la decisione di rinvio, certamente succinta nel riferirsi alle disposizioni nazionali pertinenti, consente tuttavia di identificare quelle che possono applicarsi alla fornitura del servizio di cui trattasi nel procedimento principale, dalle quali risulterebbe che il rilascio di una licenza o di una previa autorizzazione amministrativa è a tal fine necessario.

27 Parimenti, la descrizione da parte del giudice del rinvio del servizio fornito dalla Uber, il cui tenore è rammentato al punto 16 della presente sentenza, presenta un grado di precisione sufficiente.

28 Infine, conformemente all'articolo 94, lettera c), del regolamento di procedura, il giudice del rinvio illustra, in modo preciso, i motivi che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

29 Di conseguenza, si deve giudicare che la decisione di rinvio contiene gli elementi di fatto e di diritto che consentono alla Corte di fornire una risposta utile al giudice del rinvio e agli interessati di prendere utilmente posizione sulle questioni sottoposte alla Corte, conformemente alla giurisprudenza rammentata al punto 25 della presente sentenza.

30 Il governo polacco esprime inoltre dubbi sull'applicabilità, segnatamente, dell'articolo 56 TFUE alla presente causa, sulla base del fatto che la situazione di cui al procedimento principale sarebbe una situazione puramente interna.

31 Tuttavia, dalla decisione di rinvio, in particolare dagli elementi rammentati al punto 14 della presente sentenza, nonché dagli altri documenti del fascicolo di cui dispone la Corte, emerge che il servizio di cui trattasi nel procedimento principale è fornito con l'intermediazione di una società che opera a partire dal territorio di un altro Stato membro, ossia il Regno dei Paesi Bassi.

32 Date tali circostanze, occorre constatare che la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

Nel merito

33 Con la sua prima e la sua seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 56 TFUE, in combinato di-



sposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123 e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31, debbano essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto, mediante un'applicazione per smartphone, la messa in contatto, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo con persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere qualificato «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, e, di conseguenza, escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31 o, invece, se tale servizio rientri nell'ambito dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 nonché della direttiva 2000/31.

34 A tal riguardo occorre rilevare che un servizio d'intermediazione consistente nel mettere in contatto un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana costituisce, in linea di principio, un servizio distinto dal servizio di trasporto che consiste nell'atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro tramite un veicolo. Si deve aggiungere che ciascuno di tali servizi, considerato singolarmente, può essere collegato a varie direttive o disposizioni del Trattato FUE relative alla libera prestazione di servizi, come considera il giudice del rinvio.

35 Pertanto, un servizio d'intermediazione che consente la trasmissione, mediante un'applicazione per smartphone, delle informazioni relative alla prenotazione di un servizio di trasporto tra il passeggero e il conducente non professionista che, usando il proprio veicolo, effettuerà il trasporto soddisfa, in linea di principio, i criteri per essere qualificato «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, al quale rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31. Tale servizio d'intermediazione costituisce, come previsto dalla definizione contenuta in tale disposizione della direttiva 98/34, un «servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

36 Invece, un servizio di trasporto non collettivo in area urbana, quale un servizio di taxi, deve essere qualificato «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123, letto alla luce del considerando 21 di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2015, *Trijber e Harmsen*, C-340/14 e C-341/14, EU:C:2015:641, punto 49).

37 Occorre, tuttavia, rilevare che un servizio come quello di cui al procedimento principale non è soltanto un servizio d'intermediazione che consiste nel mettere in contatto, mediante un'applicazione per smartphone, un conducente non professionista che utilizza il proprio veicolo e una persona che intende effettuare uno spostamento in area urbana.

38 Infatti, in una situazione, come quella presa in considerazione dal giudice del rinvio, in cui il trasporto dei passeggeri è effettuato da conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo, il fornitore di tale servizio d'intermediazione crea al contempo



un'offerta di servizi di trasporto urbano che rende accessibile segnatamente con strumenti informatici, quali l'applicazione di cui al procedimento principale, e di cui organizza il funzionamento generale a favore delle persone che intendono avvalersi di tale offerta per uno spostamento in area urbana.

39 A tal riguardo, dalle informazioni di cui dispone la Corte emerge che il servizio d'intermediazione della Uber si basa sulla selezione di conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo ai quali tale società fornisce un'applicazione senza la quale, da un lato, tali conducenti non sarebbero indotti a fornire servizi di trasporto e, dall'altro, le persone che intendono effettuare uno spostamento nell'area urbana non ricorrerebbero ai servizi di tali conducenti. Inoltre, la Uber esercita un'influenza determinante sulle condizioni della prestazione di siffatti conducenti. In relazione a tale ultimo punto, emerge segnatamente che la Uber fissa, mediante l'omonima applicazione, se non altro il prezzo massimo della corsa, che tale società riceve tale somma dal cliente prima di versarne una parte al conducente non professionista del veicolo e che essa esercita un determinato controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti nonché sul comportamento di quest'ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione.

40 Tale servizio d'intermediazione deve quindi essere considerato parte integrante di un servizio complessivo in cui l'elemento principale è un servizio di trasporto e, di conseguenza, rispondente non alla qualificazione di «servizio della società dell'informazione», ai sensi dell'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31, ma di «servizio nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123.

41 Una siffatta qualificazione è inoltre avvalorata dalla giurisprudenza della Corte secondo cui la nozione di «servizio nel settore dei trasporti» ricomprende non soltanto i servizi di trasporto considerati come tali, ma altresì ogni servizio intrinsecamente connesso a un atto fisico di trasferimento di persone o di beni da un luogo a un altro tramite un mezzo di trasporto [v., in tal senso, sentenza del 15 ottobre 2015, Grupo Itevelesa e a., C-168/14, EU:C:2015:685, punti 45 e 46, nonché parere 2/15 (Accordo di libero scambio con Singapore), del 16 maggio 2017, EU:C:2017:376, punto 61].

42 Di conseguenza, la direttiva 2000/31 non si applica a un servizio d'intermediazione come quello di cui al procedimento principale.

43 Un servizio siffatto, dal momento che rientra nella qualificazione di «servizio nel settore dei trasporti», non è neppure sottoposto alla direttiva 2006/123, poiché tale tipo di servizio figura, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), di tale direttiva, tra i servizi espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva in parola.

44 Inoltre, poiché il servizio d'intermediazione di cui al procedimento principale corrisponde alla qualificazione di «servizi nel settore dei trasporti», non rientra nell'ambito dell'articolo 56 TFUE, relativo alla libera prestazione dei servizi in generale, bensì dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, disposizione specifica ai sensi della quale «[l]a libera circolazione dei servizi, in materia di trasporti, è regolata dalle disposizioni del titolo relati-



vo ai trasporti» (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, C-338/09, EU:C:2010:814, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

45 L'applicazione dei principi della libera prestazione dei servizi deve pertanto essere realizzata, in base al Trattato FUE, mediante l'attuazione della politica comune dei trasporti (sentenza del 22 dicembre 2010, *Yellow Cab Verkehrsbetriebs*, C-338/09, EU:C:2010:814, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).

46 Orbene, occorre constatare che i servizi di trasporto non collettivi in aerea urbana così come i servizi ad essi indissolubilmente legati, quali il servizio d'intermediazione di cui al procedimento principale, non hanno portato all'adozione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea di norme comuni o di altre misure, sul fondamento dell'articolo 91, paragrafo 1, TFUE.

47 Ne consegue che, allo stato attuale del diritto dell'Unione, è compito degli Stati membri disciplinare le condizioni di prestazione dei servizi d'intermediazione come quello di cui al procedimento principale nel rispetto delle norme generali del Trattato FUE.

48 Di conseguenza, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 56 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123 e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31, devono essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione, come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di «servizi nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31.

49 Tenuto conto della risposta fornita alla prima e alla seconda questione non occorre rispondere alla terza e alla quarta questione che sono poste nell'ipotesi in cui la direttiva 2006/123 o la direttiva 2000/31 siano applicabili.

Sulle spese

50 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 56 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 1, TFUE, nonché l'articolo 2, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, e l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura



d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, come modificata dalla direttiva 98/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998, cui rinvia l'articolo 2, lettera a), della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), devono essere interpretati nel senso che un servizio d'intermediazione, come quello di cui al procedimento principale, avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana, deve essere considerato indissolubilmente legato a un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di «servizi nel settore dei trasporti», ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 1, TFUE. Un servizio siffatto deve, di conseguenza, essere escluso dall'ambito di applicazione dell'articolo 56 TFUE, della direttiva 2006/123 e della direttiva 2000/31.