

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VII – ANNO 2018



CAMERINO

2018

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

ANNALI
DELLA
FACOLTÀ GIURIDICA

nuova serie

VOLUME VII – ANNO 2018

CAMERINO

2018

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Prof. Ignacio De Cuevillas Matozzi, Prof. Manuel Ignacio Feliu Rey, Prof. Luigi Ferrajoli, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Fabian Klinck, Prof. Rolf Knütel, Prof. Luigi Labruna, Prof. Franco Modugno, Prof. Pietro Perlingieri, Prof. Ingo Reichard

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, *condirettori*;
Maria Pia Gasperini, Agostina Latino, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Maria Paola Mantovani

SEGRETERIA

Dott. Gian Marco Quacquarelli
Facoltà di Giurisprudenza
Università degli Studi di Camerino
Palazzo Ducale - P.zza Cavour, 19
I - 62032 Camerino (MC)
e-mail: redazione.afg@unicam.it

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla valutazione positiva mediante doppio referaggio in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Facoltà di Giurisprudenza. Università di Camerino

INDICE SOMMARIO

STUDI

- 1** GIOVANNI VARANESE, *La Germania e il matrimonio tra le persone dello stesso sesso (Eheöff-nungsG)*
- 19** TIZIANA CROCE, *Big data? A question of balance between privacy, security and information power*
- 41** MIRIAM LAROCCA, *Il turismo sociale e sostenibile nel Regno Unito*
- 61** DANIELE STAZIO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione sulla responsabilità civile: origine, evoluzione ed il tema dell'equilibrio economico del contratto*
- 99** LUIGI GAROFALO, *Il contratto di rent to buy e la clausola obbligatoria di acquisto*
- 119** EMANUELE MONTAGNA, *Opere di ristrutturazione su immobile ed art. 1669 c.c.*
- 145** FRANCESCO RIZZO, *Il preliminare e il preliminare di preliminare*

GIOVANNI VARANESE*

*La Germania e il matrimonio tra le persone dello stesso sesso (EheöffnungsG)***

Sommario: 1. La legge sul matrimonio per le persone dello stesso sesso: i prodromi.
 – 2. Le modifiche del BGB. – 3. Dalla convivenza registrata al matrimonio.
 – 4. Il cammino battuto dal Tribunale costituzionale federale. – 5. Matrimonio, istituto e omosessualità nel firmamento costituzionale.

1. La legge sul matrimonio per le persone dello stesso sesso: i prodromi

Il 30 giugno il *Bundestag* ha approvato il progetto della «legge per l'introduzione del diritto alla conclusione del matrimonio per le persone dello stesso sesso» (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*)¹.

Questa legge è stata accolta come un ulteriore passo avanti dalla comunità LGBT, perché già dal 2001 in Germania il rapporto di convivenza era regolato dal *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001, entrato in vigore il 1° agosto 2001 *Lebenspartnerschaftsgesetz* (abbr. LPartG). Quella legge aveva dettato una disciplina giuridica *ad hoc*, la convivenza registrata (*eingetragene Partnerschaft*), che stabiliva effetti giuridici non molto diversi da quelli del matrimonio. All'epoca si scelse un percorso che recentemente anche il legislatore italiano ha in parte seguito con le unioni civili evitando una perfetta equiparazione con il matrimonio codicistico tra uomo e donna.

* Professore Associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi del Molise.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *double blind peer-review*.

¹ La legge (*Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts* del 20 luglio 2017) è stata pubblicata nel *BGBI*, I, 28 luglio 2017, p. 2787 ss. Per un primo commento su questo importante provvedimento legislativo v. D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, in *FamRZ*, 2017, p. 1284 ss.

Con la nuova legge tedesca invece viene data anche alle coppie omosessuali la possibilità di regolare la loro unione con l'istituto del matrimonio ed è significativo che sia stato novellato proprio il § 1353 BGB, dedicato alla «comunione di vita matrimoniale», stabilendo nella prima frase che «il matrimonio viene concluso per la durata della vita da persone di sesso diverso o dello stesso sesso» mentre nel testo originale si leggeva che «il matrimonio viene concluso per la durata della vita».

In realtà la stessa *eingetragene Partnerschaft* era stata creata dal legislatore con la finalità di evitare la discriminazione delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali ed, essendo finalizzata a regolare un rapporto personale di lunga durata, la sua disciplina ricalca ampiamente quella del matrimonio. Tuttavia oltre ad aspetti di mera forma per quanto attiene all'atto di costituzione del vincolo giuridico, restavano ancora delle differenze, certamente non macroscopiche², sulla sostanza del rapporto in materia economica e, soprattutto, nella relazione con i figli.

Sotto questo punto di vista va però sottolineato che il contenuto del nuovo provvedimento legislativo non è radicalmente innovativo, ma sembra piuttosto codificare le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, che già da tempo ha equiparato le convivenze registrate al matrimonio, sino a riconoscere il diritto all'adozione del figlio del *partner*, in quella che nel linguaggio comune viene chiamata la *stepchild adoption*.

Tuttavia il problema dell'adozione non riguardava soltanto i soggetti uniti dal vincolo della *eingetragene Partnerschaft* ma, soprattutto, la posizione dell'adottato, che assume un rilievo preminente per la vigenza del principio del *best interest of child*. Senza voler mettere da parte questo aspetto fondamentale nella vita della comunità familiare non c'è dubbio che nel diritto tedesco l'unione familiare di due persone dello stesso sesso assumesse rilevanza tramite un istituto giuridico riservato esclusivamente a loro, una sorta di «piccolo matrimonio» per omosessuali o «matrimonio leggero»³, disegnato sulla falsariga del modello del codice civile.

Se la differente disciplina dell'adozione ha dato la spinta al movimento per la riforma del diritto matrimoniale, non c'è dubbio che le questioni di fondo siano molto più profonde

² G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1670.

³ G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali*, Milano, 2007, p. 134.

e toccano da vicino tematiche sulle quali si era già dibattuto sedici anni fa e che allora si pensava di aver risolto in modo adeguato.

In Germania i progetti di legge passano per il *Bundesrat* prima di essere sottoposti al vaglio del *Bundestag*. La camera alta può anche emettere una risoluzione sulla proposta che passa poi alla camera bassa. Ai sensi dell'art. 77 GG i testi legislativi vanno deliberati dal *Bundestag* e ritornano immediatamente al *Bundesrat*. La camera alta può pretendere che venga convocata una Commissione di mediazione (*Vermittlungsausschuss*) composta da membri del *Bundesrat* e del *Bundestag* per elaborare proposte di mediazione nei casi in cui il disegno di legge approvato dalla camera bassa non abbia raccolto il consenso del *Bundesrat*.

Nel 2015 è stato proprio il *Bundesrat* a elaborare un progetto di legge dal quale è emerso l'elevato valore simbolico del matrimonio omosessuale. Ciò è evidente anche negli obiettivi della proposta di legge, là dove si legge che il divieto di matrimonio per le coppie omosessuali rappresenta una «concreta e simbolica discriminazione di persone umane basata sulla loro identità sessuale». In tal senso un contributo alla discussione è stato dato dal referendum irlandese del 22 maggio 2015 con il quale in Eire il matrimonio omosessuale ha superato il vaglio del voto popolare. Anche questo evento ha contribuito a mettere in chiaro che «in considerazione dei mutamenti sociali e del connesso cambiamento della concezione del matrimonio, non ci sono ragioni valide per trattare in modo differenziato coppie omo- ed eterosessuali e continuare a ritenere l'uguaglianza di sesso come impedimento al matrimonio». A ciò si aggiungeva come elemento importante ma non principale il fatto che, nonostante l'introduzione dell'istituto della convivenza registrata, in alcuni settori del diritto tedesco le coppie omosessuali si trovavano ancora in una situazione di svantaggio rispetto al matrimonio «anzi tutto nella disciplina dell'adozione»⁴.

Nella seduta del 30 giugno il Parlamento federale ha fatto propria la proposta di legge elaborata dal Consiglio federale approvandola senza apportare variazioni. Come era da aspettarsi per la genesi del provvedimento, il testo del progetto approvato dal *Bundestag* non ha incontrato il dissenso del *Bundesrat*, che non ha chiesto la convocazione del *Vermittlungsausschuss* e la legge è entrata in vigore tre mesi dopo la pubblicazione il 1° ottobre 2017.

⁴ BR *Drucksache* 18/6665 dell'11 novembre 2015.

2. *Le modifiche del BGB*

La nuova disciplina è molto semplice e non poteva essere diversamente. Con i suoi tre articoli consente che tutta la regolamentazione del codice civile tedesco sul matrimonio possa trovare applicazione anche alle coppie omosessuali. Come ricordato, la novità principale è costituita dall'introduzione dell'inciso che il matrimonio è contratto «da persone di sesso diverso o dello stesso sesso» nella prima fase del primo comma del § 1353 *BGB* ad opera dell'art. 1 della nuova legge.

La stessa previsione ha altresì novellato il § 1309 *BGB* introducendo un nuovo terzo comma che evita che l'uguaglianza di sesso rappresenti un impedimento al matrimonio non solo per i cittadini tedeschi, ma anche per gli stranieri. Infatti in Germania il cittadino straniero può contrarre matrimonio solo se, a norma del primo comma, presenti un certificato di capacità matrimoniale rilasciato dalle autorità nazionali competenti del suo Paese di origine, nel quale si attesti che nulla osta al suo matrimonio all'estero secondo il diritto di quello Stato, oppure se il Presidente dell'*Oberlandesgericht* (Corte di Appello del *Land*) competente lo esonera espressamente dalla presentazione del certificato nel caso in cui ricorra una delle speciali circostanze previste dal secondo comma ai sensi del secondo comma del § 1309 *BGB*. Il nuovo terzo comma del § 1309 *BGB* prevede che il primo comma non vale «per le persone che vogliono contrarre un matrimonio omosessuale e il cui Stato di origine non preveda la conclusione di un matrimonio omosessuale».

Degno di nota è anche l'articolo 2 della nuova legge che prevede che le convivenze registrate esistenti potranno essere trasformate in matrimoni mediante una dichiarazione che dovrà essere rilasciata dinanzi all'ufficiale di stato civile. La legge sulla *Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio viene novellata e la Sezione 5, dedicata alla «trasformazione della convivenza registrata in matrimonio», al nuovo § 20a prevede che «una convivenza registrata viene trasformata in matrimonio se le due o i due partner, personalmente l'uno nei confronti dell'altro e alla loro contemporanea presenza, dichiarino di voler condurre insieme un matrimonio per la durata della vita. Le dichiarazioni non possono essere sottoposte a condizione o a termine. Le dichiarazioni producono effetto se sono rese dinanzi all'ufficiale di stato civile». Per

quanto riguarda i diritti e gli obblighi dei partner dopo la trasformazione della convivenza registrata in matrimonio il secondo comma dell'art. 3 stabilisce che resta determinante il giorno in cui si è costituita la convivenza.

La norma di chiusura della nuova legge è contenuta nel terzo comma dell'art. 3 che stabilisce che «dall'entrata in vigore della legge non possono essere più costituite nuove convivenze».

Il riconoscimento giuridico della relazione personale tra omosessuali non si basa più su un istituto *ad hoc* ma avviene con l'estensione del matrimonio anche a persone dello stesso sesso⁵.

Il principio dettato dal legislatore sembra chiaro, ma restano molti punti oscuri, determinati dalla mancanza di coordinamento sistematico della nuova disciplina e imputabile alla fretta con cui il *conditor legis* ha voluto varare la riforma, incorrendo in quelli che sono stati definiti veri e propri «errori redazionali»⁶. Anche il *Lebenspartnerschaftsgesetz* non aveva di certo rappresentato un capolavoro di tecnica legislativa⁷, ma in questo caso il compito era senz'altro più agevole, perché il testo del BGB non poneva grandi ostacoli alla novella. Infatti non parlava di «marito e moglie» ma utilizzava il termine neutro e «politicamente corretto» di «coniugi» ma, ciononostante, non ci si è curati di porre mano a diverse norme del codice che fanno riferimento all'*uomo* e alla *donna* ma che, sono chiaramente applicabili al matrimonio omosessuale a prescindere dal sesso⁸.

La volontà del legislatore dimostra chiaramente che anche in queste ipotesi la terminologia va letta in senso neutrale e che, trattandosi di mere sviste redazionali, non si è in presenza di lacune normative che chiamano in campo l'interpretazione analogica. Tuttavia ci sono altre norme dell'ordinamento, sia federale sia dei *Länder*, che hanno conservato i termini di «marito» e «moglie» o «uomo» e «donna», il che avrebbe reso opportuna una legge che

⁵ Per una sommaria panoramica cfr. D. FERRARI, *Status giuridico e orientamento sessuale*, 2^a ed., Padova, 2016, p. 103 ss.

⁶ D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, cit., p. 1285 s.

⁷ K. MUSCHELER, *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*, Berlin, Bielefeld e München, 2001, p. 87.

⁸ Si riferiscono gli esempi del § 1355, comma 2, BGB, nel quale si stabilisce che i nubendi possano decidere che il cognome coniugale sia quello di nascita dell'uomo e della donna, del § 1362, comma 1, BGB sulla presunzione a favore del creditore che i beni mobili in possesso di uno dei coniugi appartengano al debitore e dei §§ 1363, comma 2, e 1416, comma 1, BGB, che in materia di regime patrimoniale tra coniugi continuano a parlare di patrimonio dell'uomo e di patrimonio della donna.

affiancasse quella sul matrimonio tra persone dello stesso sesso per risolvere le inevitabili incoerenze terminologiche⁹.

3. *Dalla convivenza registrata al matrimonio*

Se il matrimonio tra persone dello stesso sesso prende il posto della convivenza registrata, ciò potrebbe porre il problema della compatibilità con la Costituzione di questa scelta del legislatore.

L'art. 6 della Legge fondamentale tedesca nel suo spirito ricorda molto l'art. 29 della nostra Costituzione e garantisce una particolare tutela del matrimonio e della famiglia¹⁰. Da un punto di vista meramente letterale non c'era alcuna preclusione al fatto che il matrimonio possa riguardare anche persone dello stesso sesso. Al tempo della legge sulla convivenza registrata la questione è stata elusa decidendo di non consentire l'accesso al tradizionale istituto codicistico, ma di crearne uno *ad hoc*. Con la nuova legge sembra che il concetto di matrimonio espresso dal *Grundgesetz* possa essere interpretato senza pregiudizi, ma tenendo conto del mutato contesto sociale e consentendo quindi che abbia pieno valore anche per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Con il divieto di stipulare nuove convivenze registrate il legislatore esprime chiaramente la scelta di non voler differenziare diverse tipologie di unione ma di volerle trattare tutte allo stesso modo. Se in passato l'obiettivo principale è stato quello di voler por fine ad ogni forma di discriminazione, riconoscendo la tutela giuridica della convivenza tra persone dello stesso sesso tramite una forma istituzionale parzialmente differente da quella matrimoniale, adesso il «matrimonio per tutti» rappresenta una nuova tappa della tutela di queste unioni con una nuova declinazione di un precetto fondamentale che prescrive di «trattare ciò che è uguale in modo uguale e ciò che è diseguale in modo diseguale nella misura della sua

⁹ D. SCHWAB, *Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, cit., p. 1286.

¹⁰ Articolo 6 GG. 1) Il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale. 2) La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale e un dovere precipuo dei genitori. Sulla loro attività vigila la comunità statale. 3) I figli possono essere separati dalla famiglia contro il volere dei responsabili della loro educazione solo in base ad una legge, se i responsabili della loro educazione vengano meno ai loro obblighi o se su di loro incomba il rischio di cadere in stato di abbandono per altri motivi. 4) Ogni madre ha diritto alla protezione e all'assistenza della comunità. 5) Il legislatore deve creare per i figli nati fuori dal matrimonio le stesse condizioni di cui godono i figli legittimi per il loro sviluppo fisico e psichico e la loro posizione sociale.

diversità». L'eguaglianza o la differenza di sesso non costituiscono più una ragione di trattamento giuridico differenziato¹¹.

Si tratta di un percorso che si è svolto senza soluzione di continuità come dimostra la vicenda delle adozioni. La legge sulla convivenza registrata non prevedeva la possibilità dell'adozione comune da parte dei conviventi registrati, ma l'ipotesi che nella famiglia vivessero anche dei figli minorenni non era negletta perché era riconosciuto al partner del genitore il diritto di vedere e frequentare il minore, nonché una minima potestà di codecisione.

In un sistema nel quale era possibile adottare individualmente un minore, tuttavia per le coppie unite era prevista (soltanto) l'adozione congiunta. Tale possibilità era preclusa ai conviventi registrati, che non potevano neanche adottare il figlio dell'altro. Per quanto riguarda l'adozione del figlio del partner l'evoluzione è stata più rapida, perché qui c'è una persona che vive già nella nuova comunità familiare, fondata anche da uno dei suoi genitori, mentre è più delicata la questione della *Fremdadoption*, nella quale il figlio è del tutto estraneo alla coppia.

Infatti già con una novella di poco successiva alla legge (*LPartRÜG*)¹² il legislatore ha concesso al partner del convivente la possibilità di adottarne il figlio con il consenso dell'altro genitore naturale e dei servizi sociali, assumendo la piena responsabilità genitoriale¹³.

Se il legislatore ha presto consentito all'adozione nel caso in cui il bambino fosse figlio naturale del partner, il passo successivo è stato fatto dal *Bundesverfassungsgericht* che ha consentito al convivente registrato anche l'adozione successiva di un figlio già adottato precedentemente dal suo partner.

Con la sua decisione del 19 febbraio 2013¹⁴ il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che il divieto di adozione successiva del figlio già adottato da uno dei conviventi fosse

¹¹ Tale consapevolezza sembra trovare condivisione anche in Italia. V. ad es. M. GATTUSO, *Orientamento sessuale, famiglia, eguaglianza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 588, secondo il quale «il mutamento paradigmatico in materia di orientamento affettivo ha portato con sé un radicale cambiamento di prospettiva in ambito civile e costituzionale, con un progressivo slittamento del discorso giuridico sulla questione omosessuale, da questione di libertà (sessuale) a questione di eguaglianza».

¹² *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts*, del 15 dicembre 2004, in *BGBI.*, 2004, I, p. 3396, in vigore dal 1° gennaio 2005.

¹³ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, in *Famiglia*, 2016, p. 82.

¹⁴ BVerfG, 19 febbraio 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, in *NJW*, 2013, p. 847 ss. L'importanza di tale decisione è stata colta esattamente da F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 1105 ss, spec. 1116, al quale si rinvia per gli ampi riferimenti.

incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3 GG, sia rispetto al matrimonio, nel quale ciascun coniuge può adottare il figlio già adottato dall'altro, sia rispetto al figlio naturale di un convivente, secondo quanto disposto dalla novella del 2005.

Sono state giustamente sottolineate le motivazioni a fondamento della decisione del Giudice delle leggi. In primo luogo, anche nelle convivenze registrate si stabilisce «un rapporto duraturo e sarebbero caratterizzate dall'assunzione della stessa responsabilità di quella assunta con il matrimonio». In secondo luogo, come nel matrimonio, «la protezione e tutela offerte da una convivenza registrata sarebbero idonee a favorire la crescita dei figli». Anzi, l'adozione del figlio del convivente, non pregiudica, ma favorisce il benessere del figlio agevolando la posizione dell'adottato nella nuova famiglia e attribuendogli diritti di mantenimento e di successione nei confronti del successivo adottante. Ma, soprattutto, la decisione è chiara nell'affermare che la particolare tutela che l'art. 6, comma 1, GG, accorda al matrimonio non può essere a fondamento del divieto di adozione del figlio del convivente perché non implica alcun obbligo di «disciplinare altre convivenze diversamente dal matrimonio e di attribuire loro diritti minori»¹⁵.

La Corte costituzionale ha demandato al legislatore il compito di formulare una nuova disciplina per l'adozione del figlio del convivente registrato, puntualmente ottemperato con il *Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner* del 20 giugno 2014¹⁶.

Restava esclusa per i partner dello stesso sesso soltanto l'adozione congiunta di figli estranei alla coppia. Era questo il vero elemento distintivo rispetto al matrimonio e oggi la questione è stata definitivamente superata col nuovo *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*.

È significativo come la sentenza del 2013 abbia considerato il rapporto tra l'istituto del matrimonio e la convivenza registrata. Come si è accennato, quando si è deciso di creare un istituto *ad hoc* in favore delle coppie omosessuali, il dibattito sull'art. 6, comma 1, GG ha

¹⁵ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, cit., p. 82 s. (il corsivo è aggiunto ai passi della sentenza del *BVerfG* riportati dall'autrice).

¹⁶ C. CARICATO, *Le convivenze registrate in Germania: quindici anni di applicazione e di riforme*, cit., p. 83; vedi anche S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 959 s.

avuto un ruolo fondamentale. Certamente si ritenne che il precetto costituzionale di particolare protezione del matrimonio non impedisse la tutela di altre forme di aggregazione familiare. Del pari, il fatto che alle coppie omosessuali fosse precluso l'accesso all'istituto del matrimonio generava una situazione di discriminazione rispetto a quelle eterosessuali, che invece potevano dare alla loro convivenza la forma giuridica prevista dalla legge. Un nuovo istituto di diritto di famiglia sarebbe potuto entrare in concorrenza col matrimonio atten- dendo a quella particolare posizione di tutela imposta dalla Legge fondamentale. Che la disciplina di nuove forme di aggregazione familiari rappresenti di per sé un svilimento dell'istituto tradizionale tutelato dalla Costituzione, è questione di non poco momento, tuttavia resta il fatto che nelle unioni omosessuali aveva poco senso immaginare una concorrenza con il matrimonio, perché riguardava soggetti che non vi avevano accesso.

La sentenza del 2013 ha costituito un importante capitolo dell'attività del Tribunale costituzionale federale, chiamato spesso ad intervenire sul *Lebenspartnerschaftsgesetz*. Questa legge è stata sì modellata sulla falsariga della disciplina del matrimonio contenuta nel BGB, creando una sorta di parallelismo tra i diritti e gli obblighi dei conviventi rispetto a quelli dei coniugi, ma non sono mancate lacune ed elementi di differenziazione¹⁷.

Si è trattato di un mutamento di prospettiva rispetto ai principi espressi subito dopo l'entrata in vigore della legge del 2001 scaturente dalla celebre sentenza *Homo-Ehe* del 2002¹⁸. Allora si trattava di difendere l'esistenza stessa del *Lebenspartnerschaftsgesetz* contro l'opinione secondo cui la particolare tutela accordata al matrimonio dall'art. 6, comma 1, GG avrebbe impedito di attribuire ad altre forme di convivenza diritti analoghi a quelli dei coniugi.

L'art. 6, comma 1, GG non definisce cosa sia il matrimonio e non fa alcun riferimento alla diversità di genere, tuttavia quando è stata varata la legge sulla convivenza registrata era assolutamente radicata la convinzione che le unioni omosessuali non potessero rientrare nel concetto di matrimonio e che pertanto non riguardasse il diritto fondamentale di contrarre

¹⁷ K. MUSCHELER, *Die Reform des Lebenspartnerschaftsrechts*, in FPR, 2010, p. 227 ss.

¹⁸ BVerfG, 17 luglio 2002 - 1 BvF 2/01.

liberamente¹⁹. Così nel 1993, già nella sentenza sulla cd. “Aktion Standesamt” il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che non emergessero profili di illegittimità costituzionale nel diniego degli uffici di stato civile di ammettere le coppie omosessuali a contrarre matrimonio²⁰.

Nella sentenza *Homo-Ehe* la prospettiva era speculare, perché era proprio la programmata diversità del nuovo istituto dal matrimonio ciò che evitava ogni possibilità di conflitto con l’art. 6, comma 1, GG. Questa norma assicura sì una particolare tutela al matrimonio e si poteva anche ritenere che non comprendesse le unioni omosessuali (par. 76), ma nel contempo non conteneva divieti per il legislatore di riconoscere le nuove forme di aggregazione familiare. Queste ben potevano trovare il loro fondamento nei principi di tutela della persona e della dignità, consacrati in particolare dagli artt. 2 e 3 GG, che garantiscono il pieno sviluppo della personalità umana e, al contrario, era proprio la mancata previsione di una protezione adeguata delle unioni omosessuali a far sorgere seri dubbi di costituzionalità (parr. 42 e 88). D’altro canto, l’art. 6, comma 1, GG garantiva una protezione particolare del matrimonio che ben si poteva realizzare con una diversità di trattamento rispetto alle altre formazioni familiari e da ciò se ne deduceva un vero e proprio obbligo di differenziazione per il legislatore (*Differenzierungsgebot*). In sintesi: se la convivenza registrata non è un matrimonio, non viene in rilievo nessuna possibilità di contrasto con l’art. 6 GG. Non c’è neanche nessuna possibilità di erosione del matrimonio tradizionale, posto che il *Lebenspartnerschaftsgesetz* disciplina un istituto destinato a soggetti che non vogliono/possono accedere al matrimonio. Si tratta di strumenti che nella prospettiva del legislatore e del giudice delle leggi non entrano mai in concorrenza tra di loro.

Comunque non va mai perso di vista che scopo precipuo della sentenza *Homo-Ehe* non era quello di attribuire un valore assoluto all’obbligo di differenziazione, che invece era semplicemente strumentale a puntellare il nuovo e rivoluzionario istituto.

Una volta affermata la legittimità costituzionale della *eingetragene Lebenspartnerschaft* si trattava di vedere se, di volta in volta, fossero giustificati i singoli punti che davano vita alla

¹⁹ A. SCHMITT-KAMMLER, sub. art. 6, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 2. ed., München, 1999, p. 387.

²⁰ BVerfG, 4 ottobre 1993, 1 BvR 640/93, in *NJW*, 1993, p. 3058. Sul contesto nel quale si colloca questa decisione sia consentito il rinvio a G. VARANESE, *La convivenza registrata in Germania. Considerazioni di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, vol. 2, p. 901 ss.

differenza di trattamento rispetto al matrimonio. Qui non si può fare a meno di cogliere una linea evolutiva che si è tradotta in una sostanziale e progressiva equiparazione tra le due figure. Così, ad esempio, per quanto riguarda il legislatore, Il *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartRÜG)* del 5 dicembre 2004 ha esteso anche ai conviventi registrati la disciplina del fidanzamento prevista nel BGB, importante specialmente per ciò che concerne gli effetti della promessa di matrimonio (obbligo di restituzione dei doni ricevuti, risarcimento del danno per le spese sostenute e le obbligazioni contratte in vista della costituzione della convivenza, cfr. § 1298 BGB).

Ma, soprattutto, in luogo dell'assoluta libertà di scelta, che poteva ricadere anche sulla peculiare *Ausgleichsgemeinschaft*, anche nella convivenza registrata il regime patrimoniale ordinario della famiglia è diventato quello della *Zugewinnngemeinschaft*, esattamente come nel matrimonio, dal momento che l'art. 1 *LPartRÜG* ha novellato il § 6 del *LPartG* stabilendo che per i conviventi valga il regime della *Zugewinnngemeinschaft*, se non hanno stabilito diversamente con un contratto di convivenza ai sensi del § 7 e con l'applicazione delle norme del BGB, ove possibile.

In seguito la legge del 21 dicembre 2007 (*Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts – UändG*, modifiche della disciplina del mantenimento) ha equiparato l'ordine di precedenza degli aventi diritto al mantenimento, richiamando quanto stabilito dal § 1609 BGB.

4. Il cammino battuto dal Tribunale costituzionale federale

Successivamente all'*Omo-Ehe Urteil* la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, soprattutto negli ultimi anni, ha assunto un ruolo di protagonista nel processo di graduale convergenza della convivenza registrata con il matrimonio²¹.

Se in un primo momento è stata negata con ordinanza ai pubblici impiegati uniti in una convivenza registrata la corresponsione degli assegni familiari per il coniuge a carico²², in

²¹ F. SAITTO, «Particolare tutela» del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, 4, 2011, p. 109 ss.

²² BVerfG, 20 settembre 2007, 2 BvR 855/06, in *NVnZ*, 2007, p. 693 ss. Poco tempo dopo la Corte di giustizia europea nel caso *Maruko* (Corte giust., 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*) ha affermato che in caso di equiparazione della convivenza registrata al matrimonio la disciplina tedesca in materia di pensione al superstite, la mancata prestazione di reversibilità a favore del partner analogamente a quella prevista il coniuge, avrebbe costituito una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in violazione del diritto comunitario. La Corte tuttavia aveva demandato la valutazione sulla equiparazione allo Stato membro e, puntualmente, il Tribunale

seguito il BVerfG ha cambiato radicalmente il suo orientamento con la sentenza del luglio del 2009²³.

Di lì a poco con la decisione del 21 luglio 2010, la Corte costituzionale ha censurato la diversità di trattamento fiscale relativamente alle imposte di successione e di donazioni nel matrimonio e nella convivenza registrata e che riservava esclusivamente ai coniugi un regime di maggior favore²⁴.

Tale orientamento è stato ulteriormente confermato da due decisioni del Giudice delle leggi del 2012 in tema di assegni per i familiari a carico²⁵ e di disparità di trattamento fiscale tra convivente registrato e coniuge per le mancate agevolazioni sul trasferimento della proprietà fondiaria²⁶. La tappa di arrivo di questo percorso, tutto sommato abbastanza lineare, è rappresentato dalla summenzionata sentenza del 2013 sull'adozione successiva del figlio già adottato da uno dei conviventi, che è stata inserita nel contesto del recente provvedimento legislativo.

In quest'ultima decisione il Tribunale federale ha consentito il pieno accesso all'adozione al convivente omosessuale riconoscendogli in pieno la potestà genitoriale, ha perciò accantonato l'idea della differenziazione tra matrimonio e unione civile per valorizzare il principio di eguaglianza.

Nel dibattito che si è sviluppato in Germania sull'opportunità di mantenere due istituti distinti che svolgevano funzioni analoghe è stato fatto notare come per parte della dottrina ciò potesse considerarsi al più frutto della discrezionalità che non un vincolo posto dall'art. 6 della Legge Fondamentale. Da ciò se ne traeva la conclusione che per consentire l'accesso al matrimonio da parte delle coppie omosessuali non fosse necessaria una revisione costituzionale, ma fosse sufficiente una semplice modifica legislativa della disciplina codicistica del matrimonio²⁷.

costituzionale federale con l'ordinanza del 6 maggio 2008, 2 BvR 1830/06, in *NJW* 2008, p. 2325 ss., ha sostenuto la non equivalenza tra matrimonio e convivenza registrata in materia di maggiorazione per il coniuge a carico nel settore del pubblico impiego.

²³ BVerfG, 7 luglio 2009, 1 BvR 1164/07, in *NJW*, 2010, p. 1439 ss.

²⁴ BVerfG, 21 luglio 2010, 1 BvR 611/07, in *NJW*, 2010, p. 2783 ss.

²⁵ BVerfG, 19 giugno 2012, 2 BvR 1397/09, in *NJW*, 2012, p. 2790 ss.

²⁶ BVerfG, 18 luglio 2012, 1 BvL 16/11, in *NJW*, 2012, p. 2719 ss.

²⁷ Le opinioni sono ben riferite da F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, cit., p. 1132 ss.

Va da sé che con l'approvazione della nuova legge la questione di valutare se il legislatore potesse consentire il «matrimonio per tutti» con legge ordinaria è diventato tema di grandissima attualità soprattutto per i sostenitori di questa opinione²⁸.

Non si è esitato allora a mettere in discussione la legittimità del nuovo § 1353, comma 1, prima frase, BGB, sostenendo che la Legge fondamentale non faccia riferimento ad una figura astratta di matrimonio, che il legislatore potrebbe riempire di qualsivoglia contenuto, ma faccia riferimento ad una struttura fondamentale, che si sostanzia nella relazione tra uomo e donna che, non può essere stravolta con la legge ordinaria e ciò legittimerebbe il ricorso al Tribunale costituzionale federale²⁹.

Tuttavia si è ribattuto che qui non ci sarebbe spazio per una *Verfassungsbeschwerde*³⁰, in particolare qui non ci si potrebbe affatto basare sul fatto che la Legge fondamentale presupponga taluna o talaltra definizione di matrimonio perché «la Costituzione statale non è una legge sulla protezione dei marchi»³¹.

Al momento in cui si prova a fornire un breve affaccio sulla nuova legge sarebbe puro azzardo pronosticare se la Corte costituzionale tedesca verrà effettivamente impegnata sulla questione della costituzionalità della nuova legge. Tuttavia sembra opportuno rilevare che le

²⁸ F. BROSIUS-GERSDORF, *Die Ehe für alle durch Änderung des BGB*, in *NJW*, 2015, p. 3557 ss. Tra le molteplici argomentazioni si possono ricordare, tra l'altro, il fatto che il matrimonio non veda definito dalla Costituzione, che rinvia al potere del legislatore di stabilirne le modalità di conclusione e i contenuti. Anche la genesi dell'art. 6, comma 1, GG deporrebbe a favore di questa interpretazione perché a differenza del suo antecedente storico, l'art. 119, comma 1, della Costituzione di Weimar che stabiliva che «il matrimonio, quale fondamento della vita della famiglia, e del mantenimento e potenziamento della nazione, è posto sotto la speciale protezione della costituzione» invece il costituente di Bonn considera matrimonio e famiglia come due istituti autonomi senza alcun riferimento alla funzione procreativa. Oltre che dalla differenza del testo legislativo questo dato emergerebbe anche dai lavori del Consiglio parlamentare costituente, nei quali furono respinte sia le proposte di concepire il matrimonio come «comunità di vita tra uomo e donna» sia di definire il matrimonio e la famiglia come «fondamenti della società umana», perché si ritiene che ciò non avrebbe consentito di tutelare i matrimoni senza figli, assimilandoli a «matrimoni di seconda classe». Infine tale impostazione sarebbe confermata anche dall'interpretazione sistematica e teleologica dell'art. 6, comma 1, GG resa dalla dottrina e dalla giurisprudenza della corte costituzionale, che non solo non hanno mai ritenuto indispensabile la funzione procreativa ai fini della particolare protezione, ma hanno costantemente tutelato tutte le più varie forme di aggregazione familiare a prescindere dal matrimonio.

²⁹ C. SCHMIDT, „Ehe für alle“ – Ende der Diskriminierung oder Verfassungsbruch? in *NJW*, 2017, p. 2225.

³⁰ S. MEYER, *Gleichgeschlechtliche Ehe unabhängig vom Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsgemäß*, in *FamRZ*, 2017, p. 1281 ss.

³¹ S. MEYER, *op. cit.*, p. 1283.

due opinioni testé ricordate argomentano entrambe soprattutto sulla garanzia che la Costituzione assicura al matrimonio come istituto, per contestarne ovvero perorarne l'accesso alle coppie omosessuali.

5. *Matrimonio, istituto e omosessualità nel firmamento costituzionale*

Il matrimonio tra omosessuali in Germania, tuttavia, è un tema che induce a non fermarsi alla semplice informazione comparativa sulla approvazione della nuova legge, per cercare di andare oltre il dato meramente testuale di norme che, per la sensibilità degli argomenti toccati, coinvolgono alcuni valori di fondo del diritto di famiglia tedesco.

La particolare protezione con cui l'art. 6, comma 1, GG assegna allo Stato il compito di proteggere il matrimonio e la famiglia assume una latitudine assai ampia nella giurisprudenza costituzionale³². In particolare, dall'art. 6, comma 1, GG vengono dedotti: a) un diritto fondamentale (*Grundrecht*) che tutela in maniera più intensa il diritto generale della personalità *ex art. 2, comma 1, GG nell'ambito della vita privata*³³; b) la protezione del matrimonio e della famiglia come istituti fondamentali dell'ordinamento, che non possono essere svuotati nella loro sostanza dall'ingerenza del legislatore (*Institutsgarantie*)³⁴; c) un principio fondamentale di diritto oggettivo (*Grundsatznorm*) che impone allo Stato un obbligo positivo di proteggere e promuovere il matrimonio e la famiglia intervenendo nei vari settori dell'ordinamento giuridico³⁵.

A partire dalla sentenza *Homo-Ehe* il profilo istituzionale aveva rappresentato l'elemento distintivo del coniugio codicistico rispetto alla convivenza registrata e nella decisione

³² Nella trattatistica più nota v. C. VON COELLN, *sub art. 6*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, 7^a ed., München, 2014, Rn 1 ss., e con la letteratura richiamata alla lett. (A).

³³ Vedi la storica sentenza BVerfG, 17 gennaio 1957, 1 BvL 4/54, in *BVerfGE*, 6 (1957), p. 81.

³⁴ Nella giurisprudenza costituzionale, per es., BVerfG, 18 aprile 1989, 2 BvR 1169/84, in *NJW*, 1989, p. 2195; *JuS*, 1990, p. 59 e *BVerfGE*, 80 (1990), p. 81, chiaramente a p. 92: «l'art. 6, comma 1, della Legge Fondamentale in qualità di garanzia istituzionale salvaguarda il nucleo delle disposizioni che costituiscono il diritto di famiglia, in particolare del diritto civile, nei confronti di una soppressione o di uno stravolgimento essenziale e lo tutela verso provvedimenti dello Stato che mettano a repentaglio le caratteristiche determinanti dell'idea di famiglia che sta alla base della Costituzione».

³⁵ C. VON COELLN, *sub art. 6, cit.*, Rn. 34 ss., con ampi riferimenti. Già *BVerfG*, 17 gennaio 1957, cit., p. 72, aveva affermato che la funzione dell'art. 6, comma 1, GG non fosse soltanto quella di difendere la struttura essenziale del matrimonio e della famiglia, ma che rappresentasse altresì un principio fondamentale che dettasse una scelta valoriale vincolante per tutto il diritto, sia privato che pubblico.

del 2002 il Tribunale costituzionale federale aveva fatto leva sull'idea che gli elementi differenziali potessero continuare a garantire una «particolare tutela» al matrimonio senza tuttavia impedire di regolare le unioni civili in modo non dissimile, istituti diversi aventi tuttavia una disciplina non dissimile. Con la nuova legge è stata riconosciuta l'idea che la etero- o omosessualità non incide sulle caratteristiche essenziali del medesimo istituto.

Ciò induce a una riflessione conclusiva. In primo luogo sembra passare in secondo piano quella distinzione netta tra diritti fondamentali e garanzie istituzionali che traspariva nell'impostazione tedesca del tema e che sembrava risentire della tassonomia tracciata da Carl Schmitt³⁶. I primi hanno un fondamento prestatuale e sono essenzialmente diritti di libertà, ovvero diritti dell'uomo in quanto singola persona che ha di fronte a sé lo Stato e nei quali viene in rilievo «una sfera di libertà del singolo in linea di principio illimitata ed una sfera di intervento dello Stato in linea di principio limitata, misurabile e controllabile»³⁷. Le seconde invece presuppongono delle istituzioni della vita sociali riconosciute dal diritto e lasciano ampio spazio all'intervento della legge, e lo scopo principale della disciplina costituzionale sarebbe quello di renderne impossibile la rimozione da parte del legislatore ordinario³⁸.

I cultori del diritto costituzionale che hanno meglio approfondito queste tematiche ci hanno reso un quadro dettagliato della questione³⁹, ma non c'è dubbio che la dottrina tedesca contemporanea ha cercato di superare queste distinzioni nette per non restare ingessata in rappresentazioni monodimensionali che scavano un solco tra l'aspetto individuale e quello istituzionale⁴⁰. Sotto questo punto di vista assumono un'importanza cruciale i valori di fondo cui l'ordinamento si fonda e non può fare a meno di sottolineare la considerazione che il Tribunale costituzionale federale non si è limitato a una mera giustapposizione dei diversi significati ma «si è pronunciato a favore di un collegamento e di una concorrenza delle diverse “funzioni” di una norma costituzionale, in particolare di quelle di un diritto costituzionale classico, la garanzia d'istituto (e istituzionale), la norma di principio decisiva per i valori»⁴¹.

³⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, p. 212 ss.

³⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 221.

³⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 224.

³⁹ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, 2^a ed, Torino, 2006.

⁴⁰ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Roma, 1993, p. 115 ss.

⁴¹ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., p. 124.

Probabilmente siamo ancora all'interno di un processo, iniziato tumultuosamente a cavallo degli anni Settanta del secolo scorso. Da un lato, i cambiamenti economici e sociali hanno inciso in modo profondo sui modelli preindustriali di organizzazione della famiglia, che erano alla base delle codificazioni⁴². Dall'altro, l'idea stessa che l'unione omosessuale, andrebbe a minare la "famiglia", intesa come cellula fondamentale della società e garante dell'ordine sociale e morale della nazione non è più seriamente sostenibile e «appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell'evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove "fioriscono" le personalità individuali. È la persona al centro dell'universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo»⁴³.

Queste affermazioni sono incontestabili ma si può anche aggiungere che nell'esperienza tedesca non c'è bisogno di contestare il profilo istituzionale della famiglia per aprire il matrimonio alla omosessualità. Appaiono lontanissime nel tempo le parole con cui il Tribunale costituzionale federale nel 1959 definiva il matrimonio come «la comunità di vita di un uomo e di una donna, in linea di principio indissolubile, e la famiglia è la comunità che comprende genitori e figli, nella quale nascono in *primis* il diritto e l'obbligo di avere cura e educare la prole. Questo nucleo ordinativo dell'istituto è intangibile per il senso del giusto e la coscienza giuridica»⁴⁴. L'idea di fondo era che i principi portanti del matrimonio e della famiglia derivassero innanzi tutto da strutture sociali extragiuridiche e che entrambi gli istituti fossero stati tramandati sin dai tempi antichi rimanendo intatti nella sostanza. In realtà si tratta di argomenti del tutto superati, come ha riconosciuto non soltanto il legislatore tedesco, e come sembra essere stato riconosciuto anche alle nostre latitudini⁴⁵.

⁴² H. DÖRNER, *Industrialisierung und Familienrecht*, Berlin, 1974, p. 13 ss.

⁴³ G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1773.

⁴⁴ BVerfG, 29 luglio 1959, in *BVerfGE*, 10 (1960), p. 66.

⁴⁵ Vedi ad es. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: Il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1907, per la quale «il riferimento al carattere naturale della differenza di sesso tra gli sposi non sembra argomento convincente: un argomento troppo spesso usato per difendere gravi discriminazioni poi ritenute illegittime, non ultima quella tra uomini e donne ben radicata nel diritto matrimoniale italiano. Né, si può aggiungere, ha attualmente fondamento l'argomento che fa leva sull'assenza della finalità procreativa tipica del matrimonio. Anche in Italia, il matrimonio civile non è più *istituzionalmente* orientato alla procreazione. Dal 1975 l'impotenza non costituisce causa di invalidità del matrimonio se non quando materia di errore in cui sia incorso l'altro coniuge (art. 122 c.c.). Inoltre possono contrarre matrimonio anche le persone che, avendo cambiato sesso, sono inidonee alla generazione e quelle che, a causa dell'età, tale attitudine non hanno più». Si noti che il corsivo è dell'Autrice.

In questo momento storico è evidente che la diversità di sesso non è più percepita come un elemento essenziale della disciplina del matrimonio. Una volta superato questa *impasse* aveva veramente poco senso quello di conservare una disciplina *ad hoc*, ormai sostanzialmente quasi del tutto omologa a quella codicistica.

Il legislatore ha mutato punto di vista e in un'ottica armonizzante l'omosessualità non è più vista come un attentato al nucleo essenziale dell'istituto ma la nuova legge sembra realizzare a pieno il valore della eguaglianza e dà pregnanza di significato al rispetto della dignità umana.

Sotto questo punto di vista viene ribadito ancora una volta che se si caratterizza la Costituzione come un sistema di valori «questi non devono essere interpretati come un firmamento astratto. Questi non vengono imposti alla costituzione e all'ordinamento giuridico dall'esterno oppure dall'alto. *Non hanno la pretesa di essere validi comunque, a priori, senza alcun riferimento allo spazio e al tempo in cui si trovano.* [...] Qualora si volesse imporre un sistema di valori dall'alto, ciò equivarrebbe alla negazione del valore intrinseco e dell'autonomia del diritto»⁴⁶.

Abstract

The contribution concerns the «Ehe für alle» («Marriage for all»), an act of the German family law, created by the federal legislator in 2017, which has the main purpose of legalizing marriage equality for all couples, including same sex couples. These result alone marks a historical turning point after the Act on Registered Life Partnership of 2001. Above anything else § 1353 of the German Civil Code has been changed. This new rule provides that «a marriage is entered into by two people of a different or the same sex for life».

The analysis of the new same-sex marriage deals with a whole series of general problems linked to the birth and entry into force of the new legislation. Although the legislative technique used in the formulation of the provisions raised some concerns, it does not appear that the new same-sex marriage act is contrary in any way to the principle of legal special protection of the marriage by the first paragraph of art. 6 of the German Basic Law.

Camerino, febbraio 2018.

⁴⁶ P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, cit., p. 41 (corsivo aggiunto).

TIZIANA CROCE*

*Big data? A question of balance between privacy, security and information power***

Summary: Introduction – 1. General Data Protection Regulation – 2. General Data Protection Regulation: continuation – 3. Big data? – 4. Big data and privacy – 5. Big data and privacy: continuation – 6. Big data application examples – 7. Big data and economy – 8. Big data and information asymmetry.

Introduction

The investigation and research techniques developed by the Network imply, in particular, the exploitation of the multiple information potentials arising from big data, or the huge amount of data generated by the most modern IT systems for communication, transaction and localization¹. The terms retargeting or remarketing, data mining, web crawling and data strategies indicate activities aimed at transmitting targeted promotional messages that are supposedly more effective in maximizing the usefulness of commercials while minimizing the effort. The growing use of big data is a phenomenon that primarily affects the fundamental right to the protection of personal data, because the techniques underlying the proliferation of data are aimed at predicting the future behaviour of individuals and the study of their habits, preferences and relationships through the analysis of the multiple digital traces generated by localization, transaction and digital interaction systems. In gen-

* *Professore Aggregato di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ An opinion of the European Data Protection Supervisor defines big data as "... the practice of combining huge volumes of diversely sourced information and analysing them, using more sophisticated algorithms to inform decisions", European Data Protection Supervisor, *Meeting the Challenges of Big Data* (Opinion 7/2015), 17 November 2015, p. 7.

http://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2015/15-11-19_Big_Data_EN.pdf.

eral terms, the activities related to the use of big data and commercial proliferation can highlight clear contrast profiles related to the violation of the principle of finality, the absence of consent of the parties concerned, lacking or inadequate information about the processing of individuals' personal data. Added to this are doubts concerning the conditions of legitimacy of real private databases, the levels of security, understood as irreversibility of anonymisation techniques, and the compliance with the erasure obligations. The idea that the protection of personal data is just a formal problem is now old and outdated, and it is misleading to assume that there is no longer any possibility or usefulness in claiming to protect personal data from undue processing. Technologies are clearly limited and there are many inevitable risks related to digital technology, albeit not unmanageable. Legal rules are also limited in tackling and resolving the concrete problems of a world in which the digital dimension is an integral part of everyday life in every sector². It is worth highlighting that nowadays the concentration of information is in the hands of a few actors in the network. Although this is no news, it is true that the size of big data and their management further increases the centralization of most data flows in the hands of a few operators. The analysis of such data aggregates may have a significant strategic, socio-political and patrimonial value, such that the dominion of individuals over information about them now makes room for the dominion of information holders over information, with all the consequences resulting from it. It is therefore clearly necessary, for the completeness of the contribution, to mention the innovations introduced by the new European regulatory framework to protect the processing of personal data and the provisions that the general regulation 2016/679 provides for the proliferation of data.

1. *General Data Protection Regulation*

The general regulation on the protection of personal data 2016/679, which will become fully applicable in May 2018, and the proposal for a Directive on e-privacy, which will replace Directive 2002/58/EC³, reveal even more the need for a Community acquis

² F. PIZZETTI, *Big Data e Privacy by Design*, Turin, 2017, p. 18 and ff.

³ Commission proposal, COM (2017) 10 final of 10 January 2017, *Respect for private life and the protection of personal data in electronic communications*. The European e-privacy regulation will form a special law within the Gen-

that adapts data protection mechanisms to the digital environment, which of course is no longer the elective framework of reference for the period in which Directive 1995/46 was adopted⁴. Evidently, the development of electronic communications determines the ever-increasing need for legal certainty as people increasingly use text messages instead of traditional telephony, and voice-over-IP services, web-based email services and messaging services instead of email services, thus creating the conditions to extract from the information further information related to behaviours, habits and movements, used to define personal aspects related to social relationships, interests, tastes of the people involved in electronic communications. The new rules should also cover machine-to-machine communications in the context of the Internet of Things regardless of the type of network service or communication used⁵.

The awareness that the evolution of the digital society is unstoppable has forced the European Union to reconcile a high level of protection of the right to the protection of personal data with a society that increasingly lives on data and builds its future with them. Some important innovations including Web 2.0, which allows everyone to use the network to exchange information originating the explosion of social networks, and the evolution of the cloud technology, connected to increasingly powerful data transmission networks and

eral Data Protection Regulation, and it will regulate and integrate data relating to electronic communications of the general regulation having the character of personal data.

⁴ In *Recommendation 1/99 on invisible and automatic processing of personal data on the Internet performed by hardware and software* adopted on 23 February 2009, the European Group of Supervisors formulated the criterion whereby software and hardware companies had to configure devices and technical tools developed so as to make them, before any use thereof, compliant with the data protection rules that have their source in the European directives.

⁵ In this regard, the Data Protection Authority, *Opinion of 14 October 2016 on the revision of the e-privacy directive*, OJEU C 378 14 October 2016, “The scope of the new legal framework must be extended. This is to take account of technological and societal changes and to ensure that individuals be afforded the same level of protection for all functionally equivalent services, irrespective whether they are provided, for example, by traditional telephone companies, by Voice over IP services or via mobile phone messaging apps ... protect not only ‘functionally equivalent’ services, but also those services that offer new opportunities for communication ... ensure that the confidentiality of users’ communications will be protected on all publicly accessible networks, including Wi-Fi services in hotels, coffee shops, shops, airports and networks offered by hospitals to patients, universities to students, and hotspots created by public administrations ... no communications should be subject to tracking and monitoring without freely given consent, whether by cookies, device-fingerprinting, or other technological means. Users must also have user-friendly and effective mechanisms to provide and revoke their consent within the browser (or other software or operating system) ... the current consent requirement for traffic and location data must also be maintained and strengthened ... allow users to use end-to-end encryption to protect their electronic communications ... Finally, the new rules on e-privacy should protect against unsolicited communications and should be updated and strengthened, requiring prior consent of recipients for all types of unsolicited electronic communications, independent of the means.

the development of mobile technologies, determine an unstoppable growth in data production, the possibility to process and cross-check them, a proliferation of information unimaginable to most people⁶.

To regulate the new reality, the legislative instrument used by the European Union is the Regulation as a binding act for all member states, a normative act that allows for a broader, more structured and uniform regulatory framework throughout the territory of the Union. The regulation recognizes the fundamental right of the person to the protection of personal data as a European public interest; in other words, the protection of personal data no longer responds only to the protection of the person to whom the data refer, but extends to the protection of the society to which the person belongs, and the protection of personal data was already recognized as a fundamental right of the Union in the Treaty of Lisbon and the Charter of Nice⁷. The regulation ensures protection is both effective and not such as to hinder the evolution of a society that cannot renounce digital technology and the prospects it offers. The playing field is characterized by the deterritorialization, denationalization and dematerialization processes which are perhaps the most immediate and, paradoxically, most tangible result of the digital revolution⁸.

The new European provisions underpin the strengthening of the principles referred to, through the introduction of new rules and institutions aimed precisely at ensuring a better ability to govern the phenomenon. A new principle provides for the application of European law also to the processing of personal data not carried out in the EU if related to the supply of goods and services to EU citizens that would entail their monitoring, in con-

⁶ F. PIZZETTI, *op.cit.*, p. 1, "...In this new world, the enormous growth in data production and the possibility of acquiring, storing, processing and cross-checking them has triggered the phenomenon of big data, data also increased by technologies related to artificial intelligence and the Internet of things".

⁷ Pursuant to art. 7: "Every person has the right to respect for his or her private and family life, home and communications". Pursuant to art. 8: "1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority". The articles mentioned were, in the rulings of the Court of Justice, their reasoning, highlighting in particular the role played by the provisions of the Charter in the argumentative process and in the final outcome of the decisions, in relation to the impact of the technological factor on the level of protection of fundamental rights and the possible limitations that the latter ones can undergo through the new methods of monitoring and indexing provided by the development of digital technology.

⁸ Cf. O. POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *Federalismi.it*, 24 November 2014.

trast to the European Directive 1995/46 which provided that the applicable legislation was the one relating to the place of establishment of the undertaking⁹. A new right is provided for by art. 17 or the right to be forgotten¹⁰, that is the right for the data subject to decide that personal data concerning him or her that are no longer necessary for the purposes for which they are collected are erased and not processed, in addition to the right of erasure in the case of withdrawal of consent or when the data subject has opposed the processing of personal data concerning him or her or when the processing of his or her personal data does not comply with the regulation. The right of data erasure is limited, with a view to balancing interests, with respect to the existence of reasons of public interest in the health sector, in the need to safeguard the purpose of processing consisting in archiving data for public interest or for the purposes of scientific, historical and statistical research, and to protect the assessment and proper defence in court.

Indeed, the Court of Justice¹¹, pending the new European regulatory provisions, has

⁹ V. Z. ZENCOVICH, *Intorno alla decisione Schrems: La sovranità digitale e il governo internazionale delle reti di telecomunicazione* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 683 and ff. ... “The decision of the Court of Justice in the Schrems case is a step further towards the affirmation of a digital sovereignty of the European Union, with sovereignty understood as the power to control, de jure and de facto, a certain space, the activities taking place in there, how the space is organized, to administer police, judicial and safety powers in this space ... and “the Court of Justice in the Google Spain case has stated that Google must be considered established in the European Union and therefore subject to European law, thus affirming the sovereignty over economic entities operating within the European space, albeit through telecommunication networks that allow for the use of the Internet” ... “... by making clear that the transfer of personal data of European citizens to the United States is not lawful, it essentially states that the processing of personal data is governed by EU law and not by the law of another State ... and consequently the abolition of the Safe Harbor agreement concluded by the European Commission with the United States”.

¹⁰ T.E. FROSINI, *Il Diritto all'oblio e la libertà informatica* in *Danno e responsabilità*, 2012, p. 720; F. PIZZETTI, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, 2013, p.23, G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel diritto alla personalità* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/5, 2014.

¹¹ The Court of Justice of the European Communities, on the occasion of the Judgment no. 131/12 of 13 May 2014, so-called Google Spain, had established that, in relation to the rights deriving from articles 7 and 8 of the Charter of fundamental rights of the European Union, the data subject can ask that a given piece of information, published on the web, be no longer made available to the general public, prevailing both on the economic interest of the search engine operator and on the public's interest in accessing this information when searching for the name of the person concerned. It also stated that such prevalence fails if it turns out that interference with the fundamental rights of the data subject is justified by the pre-eminent interest of web users in having access, by virtue of the aforementioned inclusion, to the information in question. In the aftermath of the aforementioned judgment by the EU Court of Justice, on the right to be forgotten which recognized for the first time the right to be “de-indexed” by the search engine, thus actually requiring Google to meet users' requests, the EU Privacy Supervising Authorities took steps to work out common criteria for handling appeals and complaints made by users whose request was rejected. This was the start of a process to harmonize the procedural and substantial criteria already in force in every single system concerned, to handle cases in which the search engine rejects the deindexing request. At the same time, the abovementioned authorities reaffirmed the duty for search engines to fulfil the obligations arising from the aforementioned

tried to balance the right to inform and to be informed on the web and other personality rights: reputation, confidentiality, data protection, identity, and right to be forgotten, thus filling the blank spaces or modifying the previously achieved balances, due to the progressive technological change, defining a right to digital identity understood as the right of the individual to obtain rectification, contextualization, progressive updating over time and de-indexing and erasure of personal data from the web, in order to ensure a correct and current representation of their identity and to guarantee the right to be forgotten¹². In article 17, the European legislator understood the right to be forgotten as a mere cessation of the processing¹³, as it did not include all the features that the notion of right to be forgotten has taken on in recent years with protection of personal identity and protection of personal data of the individual, and although they were provided for in the recitals of the regula-

judgment by the European Court. O. POLLICINO, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale* in *Federalismi.it*, November 2014 ... “Whenever Member States prove to be unwilling to progress in the community acquis by law, the Court of Justice follows the line of judge-made law and accelerates on the basis of case-law ... it had been decided for years that an act of general application, immediately binding and mandatory was essential, which would lead to greater standardization of the regulatory and mandatory data ... which would adapt the mechanisms of data protection to the digital context which, obviously, was not the reference elective framework when Directive 46/95 was adopted ... even so, the general regulation has not surprisingly accelerated as a result of the intervention of the Court of Justice in the Google Spain judgment ... A right of privacy based on the two pillars that are the rights to respect for private life and to the processing of personal data provided for by articles 7 and 8 respectively of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ... The judges of Luxembourg have imposed the obligation on search engines to remove, under certain circumstances and at the express request of the applicant, links to Internet pages containing information that could be prejudicial to the so-called right to be forgotten of the individual whose personal, and often sensitive data remain for a significant period of time on the web ...”.

¹² Thus G. E. VIGEVANI, *Identità, oblio, informazione e memoria in viaggio da Strasburgo a Lussemburgo, passando per Milano*, in *Federalismi.it*, 19 September 2014.

¹³ “The data subject has the right to obtain the erasure of personal data concerning him or her from the data controller without undue delay and the data controller is required to erase such personal data without undue delay”, subject to certain conditions: a) personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they are collected or otherwise processed; b) the data subject withdraws his or her consent on which the processing is based, and there is no other legal basis for the processing; c) the data subject objects to the processing due to his or her particular situation (art. 21, par. 1) and there is no other legitimate overriding reason to proceed with the processing, or objects in relation to personal data that are processed for direct marketing purposes (art. 21, section 2); d) personal data have been processed unlawfully; e) personal data must be erased to fulfill a legal obligation under Union law or the law of the Member State to which the data controller is subject; f) personal data have been collected in relation to the offer of services of the information company in accordance with the provisions of article 8 about consent given by minors. The second section of the provision provides that the data controller who, in the presence of the conditions described, is required to erase personal data, “taking into account the available technology and implementation costs shall take reasonable measures, including technical ones, to inform data controllers who are processing personal data of the data subject’s request to erase any link, copy or reproduction of his or her personal data”.

tion¹⁴. In fact, scholars have repeatedly asserted a sharp distinction between erasure and oblivion, understanding data erasure as the operation that excludes any further conservation of data, while oblivion is aimed at both erasing and blocking data¹⁵.

The Regulation establishes the right to data portability¹⁶ by virtue of which the data subject has the right to receive, in a structured format that is commonly used and readable by automatic device, the personal data that concern him or her provided to a data controller, and the right to transmit such data to another data controller, without any impediments, if the data subject has given his or her consent to the processing or if this is necessary for the execution of a contract; for example, it will be possible to change the electronic mail provider without losing contacts and saved messages¹⁷. The portability right does not apply to the processing necessary for the performance of a task carried out in the public interest or in connection with the exercise of official authority appointed to the data controller.

The objective of the Community legislator is to further strengthen the data subject's control over their personal data, but above all to avoid any commercial abuse or illegal manipulation of personal data and therefore not to leave the way open to the market. It is important that the consumer is given the right to change service and take away their own data, and that the upload of personal contents does not result in a mere commercial advantage for personal data processing companies.

¹⁴ RGPD 679/ 2016 recital 65 "... In particular, a data subject should have the right to have his or her personal data erased and no longer processed where the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they are collected or otherwise processed, where a data subject has withdrawn his or her consent or objects to the processing of personal data concerning him or her, or where the processing of his or her personal data does not otherwise comply with this Regulation".

¹⁵ Cf. G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità* in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4/5 2014, p. 643.

¹⁶ Data are no longer hostage to the online service provider and those wishing to close their accounts or migrate to another provider have the right to bring along their story and restart with a new provider if they had stopped receiving services from the old provider. The European legislator supports the interoperability between different systems of different providers and a process of standardization of personal data formats so that, on the one hand, the reference market becomes increasingly competitive and, on the other, the prevention of worrying lock-in phenomena is consolidated.

¹⁷ Thus the Personal Data Protection Supervisor, *Cloud computing: indicazioni per l'utilizzo consapevole dei servizi*, 2 011, doc. web. 1819993: the Authority had denounced that the adoption of own technologies by the service provider could make the transition of data and documents from one cloud system to another or the exchange of information with subjects using cloud services of different providers complex for the user, jeopardizing data portability or interoperability. Therefore, the Authority asked to privilege services based on open formats and standards capable of simplifying the transitions from one cloud system to another.

2. *General Personal Data Protection Regulation: continuation*

New responsibilities rest with the data controller and the person in charge of personal data processing. In particular, articles 24¹⁸, 25¹⁹ and 28²⁰ of the Regulation provide for data protection right from the design of the processing with standard protection modes, namely privacy by design²¹ and privacy by default²², and the adoption of suitable organiza-

¹⁸ Article 24 Responsibility of the controller: 1. Taking into account the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for the rights and freedoms of natural persons, the controller shall implement appropriate technical and organisational measures to ensure and to be able to demonstrate that processing is performed in accordance with this Regulation. Those measures shall be reviewed and updated where necessary. 2. Where proportionate in relation to processing activities, the measures referred to in paragraph 1 shall include the implementation of appropriate data protection policies by the controller.

¹⁹ Article 25 Data protection by design and by default: 1. Taking into account the state of the art, the cost of implementation and the nature, scope, context and purposes of processing as well as the risks of varying likelihood and severity for rights and freedoms of natural persons posed by the processing, the controller shall, both at the time of the determination of the means for processing and at the time of the processing itself, implement appropriate technical and organisational measures, such as pseudonymisation, which are designed to implement data-protection principles, such as data minimisation, in an effective manner and to integrate the necessary safeguards into the processing in order to meet the requirements of this Regulation and protect the rights of data subjects. 2. The controller shall implement appropriate technical and organisational measures for ensuring that, by default, only personal data which are necessary for each specific purpose of the processing are processed. That obligation applies to the amount of personal data collected, the extent of their processing, the period of their storage and their accessibility. In particular, such measures shall ensure that by default personal data are not made accessible without the individual's intervention to an indefinite number of natural persons.

²⁰ Article 28 Processor: 1. Where processing is to be carried out on behalf of a controller, the controller shall use only processors providing sufficient guarantees to implement appropriate technical and organisational measures in such a manner that processing will meet the requirements of this Regulation and ensure the protection of the rights of the data subject. 2. The processor shall not engage another processor without prior specific or general written authorisation of the controller. In the case of general written authorisation, the processor shall inform the controller of any intended changes concerning the addition or replacement of other processors, thereby giving the controller the opportunity to object to such changes. 3. Processing by a processor shall be governed by a contract or other legal act under Union or Member State law, that is binding on the processor with regard to the controller and that sets out the subject-matter and duration of the processing, the nature and purpose of the processing, the type of personal data and categories of data subjects and the obligations and rights of the controller. That contract or other legal act shall stipulate, in particular, that the processor.

²¹ The first group of measures concerns the preparation and planning of personal data processing activities, in which the configuration of tools and methods must be pre-arranged by the data controller, and be bound to the performance of operations compliant with data protection principles, processing requirements and the protection of data subjects. In this regard, one of the adoptable measures is pseudonymisation: the result obtained when depriving data of their traceability to an identified or identifiable specification to which they cannot be irreversibly attributed once the relevant processing operation has been completed, unless additional information is used, stored separately and be subjected to appropriate guarantee measures.

²² This group consists of measures concerning appropriate technical and organisational solutions implemented by the controller to ensure that, based on default settings and in relation to each specific purpose of the processing, the processing itself is limited to necessary data. The provision applies to the quantitative and qualitative aspects of collection, the duration of storage and their accessibility, so that the default configuration of the systems can ensure the legal compliance of the processing and preclude the dissemination of data.

tional technical measures for ensuring that the processing meets the requirements under the regulation and guarantee adequate protection of the data subject. One of the most significant innovations is that the controller must identify the means to be used and design the methods of processing so that the guarantees required are integrated right from the beginning of the processing. The controller and the person in charge of processing are no longer responsible for the mere compliance of processing with the personal data protection regulation, but are required to prove that they have taken all appropriate technical and organizational measures, which are consistent with the structural need for a systematic assessment by the data controller and the person in charge of processing with reference to both the protection of the rights of the data subject and data security and, in this context, it is essential to carry out a risk analysis that is strictly linked to the profiles concerning the legal responsibility for the processing and to the operations of other institutions introduced by the regulation, such as impact assessment²³, a flexible and dynamic concept of responsibility that must be parameterized from time to time on the methods of processing and the risks involved. Constant monitoring of the measures taken is needed to make sure that they are immediately appropriate in case technological innovations or other processing-related aspects require so. This important innovation contained in the regulation is defined “data protection impact assessment”²⁴, that is a risk analysis intended to weigh, ex ante, the impact that a certain technical solution will have on the protection of processed data, and to identify, in relation to the various processing phases, the related risks and the measures suitable to contain or neutralize them. Sometimes privacy by design is identified with data protection impact assessment, but that is not correct since first of all, impact assessment comes in a preliminary stage of the service development, when service design is not out-

²³ Cf. S. CALZOLAIO, *Privacy by design*, in *Federalismi.it*, 2017, “... the regulation is intended to qualify the level of risk, distinguishing between generic risk and high risk ... The risk assessment parameter takes into account the likelihood and seriousness of an infringement of the rights and freedoms of data subjects due to or within the scope of the processing, and is not left to the mere sensitiveness of the data controller, but is objectified by the dynamics of evaluation of approved codes of conduct and/or approved certifications and/or the guidelines provided by the European committee for data protection and/or guidelines provided by a protection officer”.

²⁴ A. MANTELERO, *Riforma della direttiva comunitaria sulla data protection e privacy impact assessment, verso una maggiore responsabilità dell'autore del trattamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, 145 and ff. ... “The procedures aimed at defining the privacy impact assessment have been customary for several years in various countries, especially in relation to the activity of public entities ... in order to encourage producers to develop technologies that are privacy-compliant from the very beginning”.

lined definitively. And it is exactly in this stage that an assessment of the specific envisaged solution implying the processing of data must be carried out. In case of compliance with the regulatory provisions for the protection of personal data, the service will be developed incorporating specifications and solutions of privacy by design. The preliminary assessment of the critical issues related to the acquisition and processing of data is the peculiarity of the privacy impact assessment, which differs from other risk analysis processes that do not intervene *ex ante*, but *ex post*, as in the case of the data security program already provided for by Legislative Decree 196/2003, privacy code, but deleted by Legislative Decree D.L. 5/2012 converted by Law 35/2012²⁵.

In terms of interpretation, the regulation draws a line that allows introducing a type of processing that appears to fully integrate the extremes of relevant and persistent riskiness into the new European discipline. This is so-called proliferation defined in article 4 as any form of automated processing of personal data consisting in the use of such personal data to evaluate certain aspects relating to a natural person. Proliferation is a new form of knowledge due to the correlation of data contained in one or more databases aimed at defining the profile of a person or a group. This activity may include the creation of big data, against which the regulation, article 21, provides for the data subject's right of opposition and right of explanation. This entails acknowledging the data subject's right to know the mathematical and statistical procedures used by the data controller for the proliferation of data. Pseudonymisation is the remedy that the general regulation identifies in order to systematically address the risks or in any case minimize the impact of automated processing on the personal sphere. It is a technical measure, an operation whereby personal data cannot be referred to a data subject without the use of additional information.

The European legislator, with a view to greater protection of the data subject concerned, has provided a centre of imputation of responsibility called to respond for any offenses which, in addition to providing the already known figures of the owner and the person responsible for processing personal data, has introduced the figure of the data protec-

²⁵ A. MANTELERO, *op. cit.*, p. 147.

tion officer²⁶, that is the person responsible for personal data protection, who is required to ensure internal control of the company, in order to minimize the risks of violation of the regulation and to allow the Authorities responsible for monitoring to refer to a single figure that must be the terminal for the companies themselves in case of enquiries or sanctions. The new figure established by the regulation has a direct impact both on the verification of the processing carried out by the controller and the processor in relation to the technical and legal compliance with data protection regulations, and on the relationships between these and the control authorities. The data protection officer is required to monitor all personal data processing carried out by the organisation to which he or she belongs and the regulation establishes for this function that the data protection officer is given absolute independence from the same facility that has designated him or her and for which he or she works, and that the availability of human, instrumental, technical and organizational resources is also ensured²⁷.

3. *Big data?*

The expression of Big Data refers to large volumes of data which, thanks to the use of new techniques and advanced technologies, allow for the collection, storage, distribution, management and constant production of information²⁸. There is intense debate about the origin of the expression Big Data and how to define it properly. The two words appeared together occasionally for decades. A research project published in 2001 by Doug Laney at the American consulting firm Gartner Group highlighted three characteristics that define the phenomenon of big data and named them the three Vs, volume, velocity and variety.

²⁶ The data protection officer had already been introduced as mandatory in certain European systems, including Germany, Austria and Czech Republic; instead, in other systems like France, the appointment of this figure was optional.

²⁷ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, Turin 2016, p. 301 "... The data protection officer has a threefold nature: a) fully independent subject that must control every data processing within the scope of his or her competence without encountering any obstacles; b) point of contact between data subject and the facility to which he or she belongs for processing; c) single point of contact between the supervisory authorities and the facility to which he or she belongs for everything concerning personal data processing carried out by the facility".

²⁸ Motion for the *European Parliament resolution on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement*, recital A: big data refers to the collection, analysis and the recurring accumulation of large amounts of data, including personal data, from a variety of sources, which are subject to automatic processing by computer algorithms and advanced data-processing techniques using both stored and streamed data in order to generate certain correlations, trends and patterns.

This characterization was useful for that time, but imperfect at the same time²⁹. The first characteristic defined Volume indicates that the huge number of devices connected in the network provides a large amount of data that had never been available in the entire history of mankind. However, this feature does not only refer to the quantity of data, but also to the ease and cheapness of collection. The higher data processing power allows any phenomenon to be analysed globally, and therefore data to be reused for any purpose, unlike what happened in the past, when data samples were chosen depending on the purpose to be achieved. The second characteristic, Velocity, indicates that data are produced continuously in a dynamic and not static manner; the data provided in any context determine a flow released at a certain velocity and the processing must be updated continuously based on the new data³⁰. The third characteristic, Variety, indicates both the variety of formats and sources. It refers to data published on Facebook, videos on YouTube or data generated by sensors, that is the technology of the Internet of things³¹ or Twitter tweets. Associated with the three Vs mentioned above is the fourth V, which indicates the Veracity of data. In fact, the heterogeneity of the sources makes it more complex to verify the correctness of data. The essential characteristic for data to constitute big data is that the bigger the number of attributes with which the data is described and the number of phenomena that it is

²⁹ Wikipedia: ... In 2011, Teradata stated that “Big data exceeds the reach of commonly used hardware environments and software tools to capture, manage and process it within a tolerable elapsed time for its user population”. A further definition of big data was given by the McKinsey Global Institute: “Big data refers to data sets whose size is beyond the ability of typical database software tools to capture, store, manage and analyse”.

³⁰ I cite a case that is by now for books: in 2009 a new influenza virus was discovered. A combination of viruses that cause bird flu and swine flu, the new disease called H1N1 has spread rapidly. Within a few weeks, health agencies around the world began to think that a terrible pandemic was going on ... they thought of a tragedy comparable to the Spanish flu, which spread in the last century and killed twenty million people ... there was no vaccine ... hoping to limit the spread, it was first necessary to know the exact location of the outbreaks ... Weeks went by ... health authorities had no data on the actual facts ... sick people would not call the doctor immediately ... Google then identified a prediction technique based on all the requests for information sent to the search engine concerning the flu, and on the possibility of trying out a large number of different models to describe the evolution of the phenomenon, then selecting the best one; the model proved capable of pinpointing the flu peak.

³¹ The Working Group, pursuant to article 29, in *Statement on Statement of the WP29 on the impact of development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU* (WP221) 16 September 2014, identifies three types of Internet of things devices: wearables, quantified self devices, namely devices that allow having data related to activities, hours and daily habits of the person, and home automation devices, such as fridges and lamps. This distinction should be used by IoT producers to develop a proactive and non-reactive approach that can anticipate possible invasions of a person’s privacy, as early as in the product design phase, i.e. what is defined in the regulation as privacy by design.

potentially able to explain, the bigger the data itself. Each attribute added to the description of a data immediately becomes a new dimension to be explored for connections between that data and other data, between the phenomenon represented by that data and other phenomena represented by other data. The greater the number of descriptors, the more likely the connection of a data with other data³², each made in turn bigger by a richer set of attributes. This way, connections can be found between phenomena which were previously hidden³³. One of the ways to make data into big data is the semantic classification of contents by keywords or indicators. The richer the description of the data, the more suitable it will be for a connection with other data. The other way is crowdsourcing³⁴, i.e. the set of information about data that is provided by the users of such data, or the extraction of the keywords entered by the users, or the analysis of suggestions and feedback provided on automatic translations. Hence the consideration that the connection surfacing scheme can be applied to any data in order to create a net that is incomparably thicker than the current structure of the web, namely on connections between data chosen unilaterally by those who upload them³⁵. The Internet of things³⁶ can generate big data – in fact, each data refers to one thing and each thing bears a meaning: a particular condition of the thing, its history,

³² This connection surfacing scheme can be applied to any data, even the smallest and apparently meaningless ones, in order to create a net that is incomparably thicker than the current structure of the Web, that is, on the connections between data chosen unilaterally by those who upload them.

³³ To extract descriptors from a data there are many techniques that can be used in combination with each other to enrich the description of a data. Some can be automatic, others need human intervention. The passive ones include machine learning, i.e. the automatic identification of the categories to which the data belongs; another one is hashing, or the creation of univocal digital prints of a data, which can be obtained independently of the meaning of the data, by applying cryptographic techniques. For example, it is also used for non-text data such as audio tracks, videos and images.

³⁴ Wikipedia: Crowdsourcing is the collective development of a project by several people outside the entity that has conceived the project. The people who collaborate usually do it voluntarily, responding to an invitation to collaborate. This model of project implementation is generally made possible by the Internet and does not necessarily concern the writing of codes in programming languages, but the variety of projects may be different. Just think of Wikipedia itself, which is written by its readers.

³⁵ G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e Privacy by design*, op. cit. p. 17, "... It is to be expected that the full deployment of this new knowledge generation scheme will be the result of an evolution rather than a revolution ... We already see the first examples of it ... From the automatic completion of search queries to the disambiguation of the results of a search, from searching by images to the possibility of finding the title of a song directly".

³⁶ The expression Internet of Things (IOT) indicates a network between physical objects connected through electronic systems, software and sensors, which can be accessed so that the system can be started, corrected and oriented remotely. Basically, it is a set of devices based on the infrastructure of the International Union's Global standards Initiative. The system creates an interconnection between physical subjects and computer-based systems aimed at increasing the efficiency, quality and cheapness of the activity carried out by interconnected things.

its possible use, the set of experiences that have led to its creation, the set of other things that make up one thing, with their conditions, histories, uses and experiences, in a play of references that can be potentially repeated endlessly. Things equipped with sensors could generate accurate state descriptors about place, time, operating conditions, and surrounding environment. Therefore, they would be open to a standardisation of formats and meanings.

4. *Big data and privacy*

The peculiarity in the big data system is the find engine, which, unlike the search engine, has a decisive role in identifying connections between data and things, and is accountable in case data and things refer to people³⁷. As a matter of fact, when responding to a query, the search engine displays results based on the number of visits to the websites, and therefore it is users who affect the outcome of the response to the request. On the other hand, with the find engine, the outcome of the response will be conditioned not only by the positioning of a result but also by the final relevance for each of the contents associated to a result. The richer the description of data and things form a semantic point of view, the more precise the search. If things and data refer to people in the big data system, greater responsibility will be required on the part of the mediator, whose activity also implies leaving to the people to whom data and things refer the right to control such information, not only to comply with the provisions on the protection of personal data but also to prevent people from disseminating false data on the web to compensate for the information asymmetry³⁸.

The use of big data clearly highlights contrasts with the regulations on the protection of personal data in relation to the violation of the principle of purpose, the absence of consent of the parties concerned, lacking or inadequate information about the processing of personal data of the subjects to whom the data refer.

³⁷ The search engine *searches*, while we then *find* what we need. In order for the search engine to carry out this last step, the representation of data must be adequate: bigger and not only more data are needed. The bigger the number of phenomena a data can explain, the bigger the data itself. Two phenomena can be related to each other because the data that represent them show commonalities, expressed by the presence in both of the same descriptors, which will connect both.

³⁸ Cf. G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e Privacy by design*, op. cit. p. 28 and ff. "... it is in the interest of the find engine to promote inclusion and avoid fakes that would distort reality, causing us to lose this huge opportunity for knowledge ...".

It should be noted that the notion of personal data provided for in the regulation is rather wide. In addition to data that directly or indirectly identify the person, it includes online identifications provided by digital devices, such as IP addresses, temporary markers, so-called cookies, or radiofrequency identification tags (RFID).

Big data processing may involve personal and non-personal data, data relating to one or more persons collected on the basis of the informed consent of each of them, and data that may concern those same persons but which are found and collected freely; data relating to identified or identifiable persons, obtained from information on the network or in any case public information; data identified and collected by exercising the right of access and the rules of administrative transparency. We can clearly talk about personal data processing even when the data that is being processed can be connected to data relating to the same subject present in several databases. The responsibility of the data controller, who determines the purposes and tools used for processing personal data, is also clear and further confirmed by the general data protection regulation. The data controller has specific obligations related to data quality: data must be processed correctly, which means they must be exact, complete relevant and not going beyond the purposes for which they are processed. Above all, they must never be processed without the subject to whom they refer being really aware of it. The data controller must respect the principle of purpose: in other words, personal data may be processed for specific, explicit and defined purposes before data processing takes place. This means that the pursuit of purposes other than those provided for originally determines the unlawfulness of the processing. Furthermore, the principle of necessity establishes that data being processed are only those necessary for the purpose pursued and also used for the time necessary to pursue this purpose, after which processing must cease. Another requirement for the lawfulness of processing is the consent of the subject to whom the data refer.

Big data systems must necessarily comply with the principles just mentioned: the consent must be *given freely* in order to be valid and the data subject must have the possibility to accept or refuse the processing of his or her personal data; it must be *informed*, so the person must have the necessary information on the processing in order to form a precise judgment; it must be *specific*, or requested only for the purposes for which data are pro-

cessed; it must be *unequivocal*, which means a positive action is required, which unambiguously indicates the will of the data subject before processing begins. In addition to these principles, the data controller has transparency obligations: on his or her identity, on the purposes of processing, on the prediction of possible and further recipients of data, on the existence of rights to access data and on the right to oppose processing. The availability and clarity of such information are a prerequisite for the validity of the consent; moreover, the data controller is responsible for data security, which is ensured by implementing adequate technical and organizational measures for monitoring and limiting access to data. As mentioned above, the general regulation provides for new rights for the data subject: the right to data portability aimed at strengthening the right of access for data subjects; the right to be forgotten which provides for the obligation for the data controller who has communicated data to third parties to take all necessary steps to inform them of the erasure request by the data subject; the obligation for data controllers to implement a data protection impact assessment, which must contain a description of processing, an assessment of the risks to privacy and the measures envisaged to prevent such risks. In relation to the complexity of big data, new co-controllership mechanisms have been introduced: in case two or more controllers jointly determine the purposes and tools of processing, only one must be the reference person for the exercise of rights, while the respective responsibilities in terms of privacy can be established in a transparent manner by the various controllers.

5. *Big data and privacy: continuation*

The regulation reaffirms the principle of purpose as a fundamental element of the legitimacy of personal data processing and, along with the informed consent, a prerequisite for the implementation of big data. Likewise, it confirms that its principles must not be applied if the information is made anonymous³⁹. In this sense, it is therefore possible to process data with big data techniques for a plurality of purposes when the data are anonymous or in any case made as such; on the other hand, personal data, even pseudoanonymised, cannot be processed with big data techniques if the processing pursues purposes other than

³⁹ Recital 26: "... the principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, namely information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable".

those for which data subjects have given their informed consent, and are not among those purposes for which there are specific legislative provisions that authorise processing even without consent⁴⁰.

The problem is that data processing through big data techniques hardly ever remains confined to a single purpose, or it can only concern the purposes that can already be envisaged when the data is collected and with respect to which it is therefore possible to request informed consent. Big data processing often concerns personal and non-personal data; data relating to one or more specific persons collected on the basis of the informed consent by each of them, and data that may also concern those same persons but are found on the network; data relating to identified or identifiable persons; data identified and collected by exercising the right of access and the rules of administrative transparency.

In most cases, the use of big data techniques is aimed at acquiring new information about the behaviour of natural persons, for the purpose of predicting their behaviour or identifying preferences, relationships and habits. In these cases it is not possible, in principle, to process data only in an anonymised form; it is surely possible to carry out pseudo-anonymised processing, but in any case the creator of the big data system has interest in using data for identifying the persons whose behaviour is to be studied or influenced. In this regard, the regulation is very clear: the data must be processed anonymously and it is considered as such if the identification of the data subject is prevented and no longer allowed. In conclusion, if the data in the big data system are processed in an anonymised form, there are no problems relating to the informed consent or to the information of the purposes. If the data are pseudoanonymised, data processing is subject to the rules set by the general regulation; on the other hand, in order to obtain information from information, big data use different algorithms with different and often changing purposes, even within the scope of the same search.

⁴⁰ General regulation art. 6, paragraph 4: ... where the processing for a purpose other than that for which the personal data have been collected is not based on the data subject's consent or on a Union or Member State law ... in order to ascertain whether processing for another purpose is compatible with the purpose for which the personal data are initially collected, take into account, inter alia ... specific elements follow that the controller can assess to establish under his or her responsibility that the processing to be carried out is compatible with the purposes for which consent has been requested, or with the European or national regulation legitimizing such processing ... The responsibility for the assessment lies with the controller, who may share the responsibility for the choice with the competent data protection authority, whenever deeming an adequate impact assessment necessary.

6. *Big data application examples*

The big data technology has recently been used to create a reputational database, through which reputational profiles of natural and legal persons, contractors and subcontractors, suppliers, distributors, business partners, aspiring employees and customers can be developed and from which a precise reputational rating score of subjects surveyed can be obtained, through a sophisticated software program, in order to allow customers to verify their real credibility. The mechanism consists in uploading on a web platform data relating to a specific person, such as judicial records, tax regularity certificates, qualification certificates, diplomas, complaints, lawsuits, judicial measures, so that reputational consultants, such as lawyers and accountants specially hired by the data controller, can verify and ensure their authenticity and integrity. This data can be updated either directly by the data subject or by third parties: think of customers interested in the credibility of contractors, of employers interested in the credibility of workers, of suppliers interested in the credibility of customers. The Guarantor has adopted an injunction prohibiting the type of processing proposed, stating that it does not comply with various provisions of the privacy code: from the violation of the principles of necessity, proportionality and purpose of processing to the failure to comply with the rules on disclosure and consent⁴¹. Another example of the implementation of big data is in the political and electoral fields, where there are certainly other elements of legal assessment. In fact, the profiling of elector citizens raises further problems, if we just consider processing operations on personal data that have a sensitive nature as they are capable of revealing the political orientation of those concerned. The collection, analysis and reprocessing of voters' personal data may, in fact, concern the membership or affiliation to a political party as well as political opinions expressed on the profiles of social networks; in turn, these sensitive data can then be crosschecked with personal and demographic data, which fall within the category of common data: age, income, and marital status. These types of operations are used to isolate and understand the social preferences of citizens, or what citizens want their representatives to do and therefore what

⁴¹ Provision dated 24 November 2016, web doc. no. 5796783. The Guarantor considered the proposed processing not compliant with the provisions of the Privacy Code, pursuant to Legislative Decree no. 196 of 2003.

candidates should propose in order to be elected⁴². The principle of finality established by the regulation excludes that the easy availability of such data on the web can authorize processing for any purpose, but imposes that such data are processed only for the purposes underlying their initial and original publication⁴³. And yet the application of big data to the electoral field means that the voter is no longer simply a free citizen, since he or she is increasingly assimilated in all respects to a consumer whose tastes, preferences and needs are to be anticipated, with inevitable consequences both on the concept of citizenship and on that of political participation⁴⁴.

Personal data are victims of a sort of two-way vortex: the citizen who wants to get informed and participate does it more and more through the web and searches, navigates, leaves digital traces, and spreads, even unknowingly, his or her personal data: by so doing, he or she increasingly feeds the already impressive amount of big data, continuing to actually offer information, contents and data for the profiling operations that have a broad and inevitable impact on the dignity of the human person.

⁴² The Guarantor for the protection of personal data intervened precisely in the matter of data processing at political parties and in electoral propaganda activities, addressing parties, political movements, committees of promoters and supporters and individual candidates; with a general provision it was decided, among other things, to establish a ban on use of all data found freely on the web for electoral propaganda and related political communication, referring in particular to data collected automatically on the Internet through special software or data obtained from social networks, forums or newsgroups.

⁴³ Provision on the processing of data at political parties and exemption of information for the purpose of electoral propaganda of 6 March 2014, web doc. no. 3013267.

⁴⁴ L. CALIFANO, *Brevi riflessioni su privacy e costituzionalismo al tempo dei big data* in *Federalismi.it*, no. 9, 2017. “Thus one wonders again what idea of democracy the use of such instruments presupposes and, therefore, what new forms popular sovereignty and political representation take on within contemporary society at the time of big data ... More recently, thanks to the evolution of the media and mainly to the dissemination of the Internet and ICTs, it has become a hybrid democracy, characterized by a form of communication and political participation that ‘crosses the boundaries between network, TV, newspapers, old and new media’ and by a high degree of dis-intermediation. In this context, citizens demand more and more information and data to know and control political power with awareness and use the web to participate and, in turn, get organized and mobilized. All this can certainly be a resource for representative democracy, if and only if we limit ourselves to seeing the network as an instrument and not an end in itself and for itself, as the overcoming of the democratic intermediation offered by parties and other intermediate subjects such as unions and associations ... In short, with the advent of the web and the idea, albeit overshadowed, of a perennial consultation of the electorate, the hypothetical risk is the genetic transformation of citizens’ control power into an automatic mechanism of delegitimising institutions, thus outlining a paradoxical result precisely in relation to the original facts of popular sovereignty and representation. The outcomes, both possible and paradoxical, generated by an abuse of big data involve the debate on the developments of contemporary democratic constitutionalism and the real exercise of the fundamental right to the protection of personal data”.

7. *Big data and economy*

The silent transformation of the twenty-first century is the revolution of data, as well as the revolution of statistical analysis, macro-social studies, systems to protect the privacy of individuals, knowledge. Data silently turn into information and such information silently revolutionizes the sectors where it is used. This percentage of quantifiable knowledge is today one of the pillars on which companies must implement their business strategies; since data are easily transformed from knowledge into money, numbers become real expansionist weapons for the businesses of the twenty-first century. The phenomenon of big data must first of all be inserted within a broader framework that can be defined as the fourth industrial revolution or revolution 4.0. This transformation affects the entire global socio-economic system, through the creation of a true digital ecosystem, made up of digital identities, digital relationships, digital contents, big data and multi-screens. Companies must be ready to change from within to react quickly to this digital tsunami and turn it from an obstacle into an opportunity. There is no more space for a pillar organization, but more flexibility and real-time adaptation will have to be ensured. Relations between companies and their stakeholders are not exempt from this change; the relationship between the customer and the company becomes increasingly bilateral and immediate, determining increasing value to the final consumer and collecting an infinite amount of data to generate useful knowledge for satisfying him or her. The phenomenon of big data is therefore to be intended as a powerful tool for analyzing and understanding the complexity of the ecosystem and exploiting it. Every company, large or small, organization or government capable of gathering relevant information on players and the surrounding context can adapt its strategy, organization, objectives and next moves in an appropriate, conscious and probably winning way⁴⁵. And yet the use of big data is not limited only to behavioral advertising and profiling, but always affects new and different sectors.

⁴⁵ Antonello SORO *Big Data e Privacy - La nuova geografia dei poteri*, Records of conference on 30 January 2017 “...The new economy made of increasingly interconnected technology, favored by the expansion of mobile Internet, fueled by the widespread presence of intelligent sensors, is characterized by large volumes of data, the infinite heterogeneity of sources from which they come and the speed of the systems that analyze them. The ability to extract meaningful and functional information from data requires the development of sophisticated technologies and interdisciplinary skills that work closely with each other. In this framework, advances in computing power play a central role in the analysis of Big Data and the acquisition of knowledge. And in

8. *Big Data: information asymmetry*

The concentration of information in the hands of a few operators is no news⁴⁶, but in the case of big data, in addition to proliferation or mass indexing, another important feature is the predictive ability that analyses conducted with sophisticated tools on such large aggregations can achieve, and then rise to a great strategic and socio-political value. In fact, they allow the emergence of unpredictable inferences and unsearched phenomena, although they do not have a sampling strategy such as statistical analyses and could consequently distort the results, while avoiding the erasure of useful and relevant data. This predictive ability is an undoubted advantage in economic terms, as well as in the social context for power groups. In fact, data are not accessible to everyone, free access information is not available and those who do not have the technology to analyse this data cannot obtain the appropriate predictive results. This means that in a society that is increasingly in need of data functional to the decision-making processes, data sets and their processing capacity are means for acquiring significant information power, also in relation to the so-called open data. Another important peculiarity is that most of the time large databases are managed with cloud computing systems and so data controllers sometimes reside in locations other than the location of the cloud; geolocation involves consequences in terms of applicable laws, greater or lesser protection of data and last but not least the conditioning of local political power. It is no coincidence that the new European regulatory framework provides for the protection of European data wherever they are even outside the European borders. Besides their supervising tasks, the independent supervisory authorities could plan actions aimed at affecting above all the security and uniformity of the standards, to affirm the transparency of the information society according to the accessibility of data and the sharing of information. It is also true that if the society in which we live is the society of information, it does not constitute a definitive end point since the information phenomenon varies over time in relation to the different parameters concerning its distribution, size and

the not too distant future, artificial intelligence will offer effective solutions to satisfy the most diverse needs, thanks to algorithms able to learn and improve their skills autonomously.

⁴⁶ The analogy between the era of the main frames and the current one of cloud computing and big data is significant, because once again the large IT resources are concentrated in the hands of a few subjects and are also physically aggregated in huge data centers.

possibility of an effective analysis of contents. It is equally indisputable that the asymmetric relationships between those who provide data and those who exploit them are resolved in favor of those who manage digital platforms.

Abstract

The traditional activity of searching for one or more information online has turned into the use of the web to find new information, cross-checking the available data according to algorithms aimed at extracting data from data, information from information. In this new reality, the approach adopted to ensure effective personal data protection has changed, as confirmed by the new regulation.

Camerino, aprile 2018.

MIRIAM LAROCCA *

Il turismo sociale e sostenibile nel Regno Unito **

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. - 2. La situazione europea. - 3. La realtà sociale nel regno unito e il turismo sociale e sostenibile. - 4. Il lavoro svolto dall'*All party parliament group on social e sustainable tourism*. - 5. Criticità del *Giving Britain a break. Inquiry into the social and economic benefit of social tourism*. - 6. I benefici del turismo sociale e sostenibile. - 7. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive*

Sin dalla sua nascita il fenomeno del turismo sociale è considerato canale privilegiato per un proficuo e culturalmente soddisfacente utilizzo del proprio tempo libero.

Tale fenomeno ha avuto modo di espandersi anche grazie alla contestuale crescita di nuove tecnologie (soprattutto nel settore dei trasporti), per mezzo delle quali lo spostamento dal proprio luogo di partenza alla meta turistica ambita è divenuto sempre più vantaggioso ed estremamente facilitato. Nel continuo processo evolutivo che ha visto il turismo divenire un vero e proprio fenomeno sociale, va certamente riconosciuto un ruolo fondamentale alla capacità degli operatori del settore di inglobare nelle loro attività, tanto nella fase preparatoria quanto in quella operativa, un sempre più ampio ventaglio di destinatari, prescindendo dal loro *status* o dalla loro capacità economica.

Quanto più diventa ampio il fenomeno di massa del turismo, tanto più vi rientrano gli interessi di categorie economicamente svantaggiate; basti pensare, a solo titolo esemplificativo, agli studenti, ai pensionati ma anche ai lavoratori dipendenti e alle famiglie numerose¹.

* *Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

Allo stesso passo svelto del processo evolutivo tecnologico e al maestoso progredire del fenomeno della digitalizzazione, si è altresì mossa la macchina organizzativa trainata dagli operatori del settore. Percorso, il loro, segnato da una sempre maggiore tutela degli elementi peculiari e caratterizzanti le diverse realtà sociali ed improntato ad offrire un sempre maggiore supporto agli aspetti valorizzanti popolazioni, paesaggi e luoghi.

Occorre prima di tutto ricordare che all'interno degli Stati membri dell'Unione europea il turismo rappresenta ben oltre il 20% del PIL nazionale². Tale dato, che dimostra l'elevata domanda di servizi di viaggio e turismo, non trova però soddisfacenti risposte nella fase attuativa, in particolar modo a causa della reticenza di molti operatori turistici a definirsi "operatori sociali".

Mentre il legislatore di molti Paesi del vecchio continente ha saputo accettare la sfida di creare un apparato normativo capace di soddisfare le esigenze del turista sociale e attento alla sostenibilità ambientale, così non è stato per il Regno Unito.

Se è vero che il turismo ha come valore assoluto quello di tutelare luoghi e paesaggi caratteristici e permettere ai più di scoprire tali peculiarità, allora è altrettanto vero che tale attività non può non vedere coinvolta la pubblica amministrazione, posto che il principale obiettivo del turismo (sociale e sostenibile) è quello di creare momenti aggregativi fondamentali all'intero tessuto sociale. Ebbene, il turismo così inteso incontra non poche difficoltà ad affermarsi al centro delle politiche sociali.

Ancor prima di intraprendere l'analisi della situazione turistica e al fine di offrire maggiore chiarezza nella trattazione, occorre preliminarmente specificare che il riferimento al Regno Unito e agli Stati che lo compongono ingenera facilmente confusione nel lettore che non ha

¹ E. ABATE, *Turismo sociale: un nuovo impegno per l'amministrazione pubblica locale*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1975, fascicoli nn. 23-24 p. 2375 ss.

² L'importanza economica del turismo internazionale può essere misurata analizzando il rapporto fra i proventi dei viaggi all'estero e il PIL. Questi dati, ricavati dalle statistiche della bilancia dei pagamenti, si riferiscono ai viaggi tanto d'affari quanto di piacere. Nel 2016 il rapporto più alto fra i proventi dei viaggi all'estero e il PIL si è registrato in Croazia (18,6%), in Cipro (13,7%) e a Malta (13,2%). Tali dati confermano l'importanza del turismo per l'economia nazionale. Nel 2016 i proventi più elevati dei viaggi all'estero sono stati registrati da Spagna (54,7 miliardi di euro), Francia (38,3 miliardi di euro) e Regno Unito (37,4 miliardi di euro), seguiti da Italia (36,4 miliardi di euro) e Germania (33,8 miliardi di euro). Sempre nello stesso anno il livello più alto di spesa per viaggi all'estero, (circa 72,1 miliardi di euro), è stato registrato dalla Germania, seguita dal Regno Unito (58,4 miliardi di euro) e dalla Francia (36,5 miliardi di euro). La Spagna è lo stato membro dell'UE che nel 2016 ha registrato il livello più alto di proventi netti dai viaggi (37,2 miliardi di euro), mentre la Germania ha registrato il disavanzo più elevato (-38,3 miliardi di euro). Dati raccolti attraverso la scheda *Eurostat- statistic explainer*, 2017 consultabili al sito http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=tourism_statistics/it.

particolare familiarità con questo "stato unitario composto". Il raggio d'azione della politica governativa non si estende *tout court* al Paese nella sua interezza, ovvero all'intero Regno Unito, per cui tanto alla Gran Bretagna quanto all'Irlanda del Nord. Va fatta tuttavia un'eccezione in materia di legislazione del turismo, le cui norme sono applicabili alla Gran Bretagna tutta, che comprende Inghilterra, Scozia e Galles³.

2. *La situazione europea*

Il tema del turismo è un importante *focus* sul quale il legislatore europeo ha concentrato e concentra spesso la sua attenzione, vista anche la sua appropriatezza a rappresentare un utile momento di confronto costruttivo tra i Paesi membri e le loro differenti politiche sociali. Come già avvenuto in altri settori capaci di catalizzare l'attenzione dei differenti impianti normativi dell'Unione Europea, anche il turismo si è affermato al centro delle politiche comuni in considerazione dei suoi evidenti risvolti in campo economico e sociale. Il turismo viene generalmente definito⁴ come un vero e proprio bisogno sociale capace di riflettersi su aspetti indissolubilmente legati ad alcuni diritti sociali; in tale ottica dunque, funge da strumento attraverso il quale si può ben soddisfare la tutela del benessere comune.

Il peso specifico che il turismo oggi assume nel sistema normativo dell'Unione non riguarda esclusivamente gli aspetti economici, ma contribuisce allo sviluppo di altre politiche sulle quali si è particolarmente soffermato il legislatore europeo: si pensi allo scambio culturale, alla libera circolazione delle persone e più in generale alla cooperazione tra i diversi Paesi coinvolti. Nonostante il rilievo assunto nell'ambito delle politiche europee, l'attenzione nei confronti del turismo da parte delle istituzioni è, a ben vedere, nata in tempi piuttosto recenti.

Nei primi Trattati, infatti, è presente soltanto un generico richiamo all'argomento di cui si sta trattando, non risultando in nessuna delle competenze espressamente attribuite all'Unione⁵.

³In riferimento a ciò, si deve notare come l'analisi condotta dall'autore nel corso della trattazione si sofferma numerose volte sulla composizione geografica del regno unito e sulla sua natura di stato unitario composto. Tale approfondimento è particolarmente utile, soprattutto qualora di dovesse valutare se le linee guida tracciate dall'apparato amministrativo centrale non fossero rispettate dal governo locale e, in tale occasione, valutare in quale misura l'amministratore locale è chiamato a rispondere di tali inadempimenti. V. *Amplius* D. JEFFRIES, *Government and tourist*, London, 2011, p. 246 ss.

⁴Tra chi ha provveduto ad offrire una definizione di turismo, V. M. MALO e C. COLALUCA, *Il turismo in costituzione*, in *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2013, p. 12 ss.

⁵Si noti che, nel trattato di Roma del 1957 istitutivo della comunità economica europea, manca un espresso riferimento alla possibilità che la CEE possa guidare una propria politica turistica. In realtà la comunità europea ha co-

Invero, tale considerazione non genera stupore se si considera che il “canale turismo” è stato aperto soltanto verso la metà degli anni ‘80 e per giunta grazie alla lungimiranza delle Nazioni Unite⁶. Da tale significativo momento si sono man mano sviluppate e susseguite numerose iniziative aventi carattere promozionale che hanno visto il coinvolgimento del Consiglio, del Parlamento e di altre istituzioni dell’UE. L’interesse dell’Unione Europea nei confronti della promozione del turismo rispecchia a pieno la necessità sociale di provvedere quanto prima alla creazione di canali promozionali dello stesso in modo tale da offrire concrete risposte al cittadino-turista. Le risultanze delle statistiche offerte dall’UE rispecchiano a pieno l’importanza che il turista associa ai vantaggi socio-culturali che derivano dal viaggio in sé e che certamente assumono risvolti anche di carattere psicologico⁷. Probabilmente, anche grazie all’impegno dell’Unione Europea, la domanda turistica del Regno Unito è in forte aumento, tanto che l’Organizzazione mondiale del Turismo⁸ in collaborazione con il *World Travel & Tourism Council*⁹

munque agito in direzione differente estendendo le proprie competenze anche al di là di quelle espressamente menzionate, in virtù del c.d. “principio dei poteri impliciti” di cui all’art. 235 dello stesso trattato.

Nel trattato di Maastricht del 1992 invece, sono presenti alcuni blandi riferimenti allorché si parla di adozione di “Misure in tema di energia, protezione civile e turismo”. Tali riferimenti più che significare una attribuzione di competenze, si dispiegano nella sola attività di adozione di misure di sviluppo dei settori indicati.

⁶ Per un maggiore approfondimento si veda la Dichiarazione di Manila resa al Congresso mondiale del turismo del 1980. In questa occasione infatti, per la prima volta il turismo deve essere inteso come un’attività essenziale per la vita delle nazioni, in ragione dei suoi effetti diretti nei settori sociali, educativi ed economici delle società nazionali e sulle relazioni internazionali in tutto il mondo.

⁷ JOHN L. CROMPTON, *Motivations for pleasure vacations*, in *Annals of tourism research*, october/december, 1979, p. 412.

⁸ Questa organizzazione era dapprima conosciuta con l’acronimo “BITS” (*Bureau International du Tourisme Social*), oggi è denominata “UNWTO - United Nations World Tourism Organization”. È una agenzia specializzata delle nazioni unite con sede a Madrid che si occupa del coordinamento delle politiche turistiche e promuove lo sviluppo di un turismo responsabile, sostenibile e sociale. Al 2016 partecipano a tale organizzazione 157 stati membri, 6 membri associati e più di 480 membri affiliati in rappresentanza del settore privato, del turismo scolastico e educativo, delle istituzioni locali di promozione turistica. La sua nascita è precedente al 1934, data in occasione della quale venne fondata l’ “Unione Internazionale Delle Organizzazioni Turistiche Ufficiali Di Propaganda” (IUOTPO, dall’inglese *International Union of Official Tourist Propaganda Organizations*), mentre al termine del secondo conflitto mondiale, nel 1947, l’organizzazione si è trasformata nell’ “unione internazionale delle organizzazioni ufficiali di viaggio” (IUOTO, dall’inglese *International Union of Official Travel Organizations*), la cui prima assemblea costitutiva si tenne a l’Aia mentre il quartier generale dell’organizzazione fu temporaneamente stabilito a Londra fino a quando non ottenne, nell’anno successivo, lo statuto consultivo dell’ONU. Negli anni 70, in occasione di un’assemblea generale straordinaria della “IUOTO” riunita a Città del Messico, fu adottato dell’organizzazione mondiale del turismo il quale si riunisce per la prima volta a Madrid nel 1975. Nel 2003 viene approvata la trasformazione dell’organizzazione in un’agenzia specializzata delle nazioni unite. In seguito a tale decisione, la sigla dell’organizzazione viene cambiata nel 2005 in UNWTO. Per un maggior confronto si veda anche: <http://www2.unwto.org>.

⁹ Il *World Travel & Tourism Council* (WTTC) è l’organismo che rappresenta il settore privato di Travel & Tourism a livello globale. Il loro *board* è composto da amministratori delegati delle società di viaggi e turismo di tutto il mondo e da organizzazioni industriali impegnate nel settore. Le priorità del WTTC sono: Sicurezza, *Travel Facilitation*, *Crisis Preparedness & Management e Sustainable Growth*. Il WTTC lavora per sensibilizzare lo sviluppo di uno dei maggiori set-

prevede che nel 2020 gli arrivi raggiungeranno oltre i 60 milioni¹⁰; tuttavia a fronte di tale incremento della domanda, le strutture organizzative non sembrano sufficientemente attrezzate ad offrire concrete e soddisfacenti soluzioni per chi intenda viaggiare attraverso il particolare canale del turismo sociale e sostenibile.

Per comprendere le carenze normative in materia di turismo sociale e sostenibile nel Regno Unito, appare opportuno effettuare un raffronto con altri Paesi dell'UE che invece hanno saputo cogliere la sfida di investire in tale forma di turismo. Tra questi è da tenere in particolare considerazione la Spagna, Stato capace di promuovere tipologie di turismo, per così dire, non convenzionale. La capacità della Spagna di affermarsi tra i riferimenti turistici più importanti, non soltanto in Europa, è frutto tanto della qualità dei servizi offerti, quanto delle sue peculiarità artistiche e architettoniche, del clima e della sua posizione geografica. A ciò corrisponde un'elevata domanda turistica che fa sì che il settore in questione (e tutto ciò che intorno ad esso gravita) costituisca uno dei caposaldi dell'economia spagnola. Il fondamentale ruolo del turismo in Spagna è dimostrato dai dati diffusi dal Ministero dell'Energia, del Turismo e dell'Agenda digitale, i quali dimostrano come nello scorso anno la Spagna ha ricevuto 75,3 milioni di turisti¹¹.

Il sistema spagnolo infatti, immediatamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2009, ha colto gli *input* dell'Unione Europea puntando all'implemento di strutture sempre più rispondenti ai canoni della socialità e della sostenibilità. Nel modello spagnolo, questa particolare declinazione di turismo è spesso organizzata da cooperative ovvero da imprese di economia sociale, definite come “un'associazione autonoma di persone che hanno aderito volontariamente per soddisfare le loro esigenze economiche, sociali e culturali in comune attraverso una società di proprietà comune e una gestione democratica”¹². Il sistema cooperativista

tori economici del mondo, generando quasi il 10,4% del PIL mondiale. Per un maggior approfondimento si consulti la pagina <https://www.wtitc.org>.

¹⁰ Tra i primi 10 Paesi più visitati che saranno in grado di generare flussi aggiuntivi per oltre 70 milioni di arrivi rispetto ai volumi creati nel 2016, rientra, al 5° posto l'Italia. Nel dettaglio: la Francia, al primo posto con 82 milioni di visitatori nel 2016, si stima arriverà nel 2020 a registrare 89 milioni di turisti; gli Usa, secondi in graduatoria, passeranno dagli attuali 76 milioni a 81; la Spagna arriverà a 84 milioni dai 76 del 2016 mentre la Cina toccherà quota 76 milioni contro gli attuali 59; l'Italia riporterà 59 milioni di turisti a fronte dei 53 del 2016. Seguono la Gran Bretagna, la Germania, il Messico, la Thailandia e la Russia, mentre le restanti destinazioni che completano le prime venti posizioni registreranno flussi aggiuntivi per circa 51 milioni di arrivi.

¹¹ Dati consultabili sulla pagina istituzionale del ministero <http://www.mincotur.gob.es/en-us/paginas/index.aspx>

¹² Questa definizione è offerta dalla dichiarazione ACI - *Alianza Cooperativa Internacional* - del 1995 di Manchester, inclusa altresì nel considerando n. 7 del regolamento ce n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003, relativo allo

spagnolo è stato in grado di affermarsi al centro delle dinamiche turistiche nazionali tanto da rivestire un ruolo fondamentale nello scenario dell'offerta turistica. In altre parole l'importanza economica e il significato sociale del movimento cooperativo, è indiscutibile anche in relazione alla sostenibilità. E, come la sostenibilità, il cooperativismo e l'economia sociale sono un fenomeno ancor prima che globale¹³ nazionale tanto da assumere rilievo costituzionale. Basti pensare a quanto previsto nella Costituzione spagnola, nello specifico all'art. 129, comma 2, ove è espressamente riconosciuto che *los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas*¹⁴ (...).

In effetti, la sostenibilità si pone come uno dei cinque pilastri del progetto *Cooperative Decade* della *International Cooperative Alliance (ACI)*¹⁵, che considera le cooperative come costruttori di sostenibilità economica, sociale e ambientale¹⁶. Sono le cooperative, infatti, le prime a schierarsi a favore di una maggiore partecipazione al fenomeno turismo in chiave sostenibile e sociale, preoccupandosi per l'ambiente dei propri consociati, non già con il semplice scopo di spingere la società a muoversi in tale direzione ma anche e soprattutto perché, investendo su questo tipo di turismo, si riesce a creare un vero e proprio cambiamento culturale sempre più proiettato all'attenzione verso la sostenibilità e la partecipazione dei più al momento ricreativo offerto dal viaggiare¹⁷. Attraverso il cooperativismo, il quale presuppone per sua natura una interazione

statuto della società cooperativa europea (SCE) (si veda in tal senso gazzetta ufficiale n. L 207 del 18/08/2003 pag. 0001 - 0024), nonché la raccomandazione 193 sulla promozione delle cooperative, Ginevra, (2002).

¹³Sul punto, M.I. FELIU REY e M.D. SANCHEZ GALERA, *La cooperativa como motor de sostenibilidad en el ámbito del turismo*, in *turismo y sostenibilidad*, L. MEZZASOMA e M.J. REYES LOPEZ (a cura di), Cizum Menor (Navarra), 2018 p. 56.

¹⁴“Le autorità pubbliche promuoveranno efficacemente le varie forme di partecipazione alla società e promuoveranno, attraverso un'adeguata legislazione, le società cooperative”.

¹⁵L'*International Cooperative Alliance (ACI)* è un'organizzazione non governativa indipendente, fondata nel 1895 a Londra, la cui missione consiste nel promuovere e salvaguardare valori e principi cooperativi. In occasione del centenario della sua creazione si è svolto a Manchester il congresso ICA in occasione del quale sono stati delineati i principi delle attività cooperative insieme ad un elenco di valori operativi ed etici del movimento cooperativo. Ogni anno l'ACI pubblica la sua relazione di attività insieme ad una rivista di cooperazione internazionale con articoli di particolare interesse sul movimento cooperativo. Pubblica altresì contenuti mensili preziosi per gli operatori del settore su riviste informative e newsletter che favoriscono lo scambio di informazioni e opinioni in questo campo

¹⁶M.I. FELIU REY e M.D. SANCHEZ GALERA, *La cooperativa como motor de sostenibilidad en el ámbito del turismo*, in *turismo y sostenibilidad*, L. MEZZASOMA e M.J. REYES LOPEZ (a cura di) *op. cit.* p. 56.

¹⁷ Il cooperativismo (il movimento cooperativo) è una conseguenza della concomitanza di fattori politici, sociali, economici e delle esigenze specifiche dei suoi protagonisti e costituisce una risposta efficace alla lotta alle disuguaglianze tra le classi sociali e alle difficoltà di approvvigionamento incontrate dai più svantaggiati. In tal senso si veda quanto scritto da Angel Petriella, il quale ritiene che attraverso il cooperativismo si riesce a creare un profondo e radicale cambiamento sociale. Lo stesso autore infatti afferma "una ricca umanità che rende poveri...non si tratta di combattere la povertà ma la perversa distribuzione della ricchezza" v. *Amplius* A. PETRIELLA, *Lo cooperativo como herramienta de transformación social*, in *Revista idelcoop*, n. 211, 2013, p.114.

con il mondo, può raggiungersi quel processo di ampliamento di nuovi e proficui canali turistici, dedicati alla riscoperta di zone peculiari spesso non abbastanza valorizzate. Tuttavia tale nuovo sistema di far turismo implica un necessario processo di revisione di alcuni principi. Ci si riferisce in prima battuta a quanto previsto nella “Dichiarazione dei Motivi della Legge” sulle cooperative spagnole del 1990, in occasione della quale è stato ribadito che la cooperativa, in quanto istituzione socioeconomica, subisce l'effetto delle trasformazioni del tessuto sociale ove opera e dunque i principi che la regolamentano devono necessariamente adeguarsi al continuo mutare della società¹⁸.

Altro modello in linea con le iniziative delle istituzioni europee in materia di turismo, in particolare “sociale”, è quello italiano, pur non risultando particolarmente all'avanguardia in materia di turismo sostenibile¹⁹.

Dal punto di vista di chi “fa turismo” (vale a dire il turista), il fenomeno è stato classificato anche sotto il profilo costituzionale in relazione a diversi articoli della Carta. Innanzitutto come manifestazione della libertà di circolazione²⁰ (art. 16 Cost.) laddove, attraverso la pratica

¹⁸ M.I. FELIU REY e M.D. SANCHEZ GALERA, *La cooperativa como motor de sostenibilidad en el ámbito del turismo*, in *turismo y sostenibilidad*, L. MEZZASOMA e M.J. REYES LOPEZ (a cura di) *op. cit.* p. 59.

¹⁹ Secondo i dati raccolti dalla piattaforma “EPALE” della Commissione Europea nel 2016 il turismo ha prodotto un giro d'affari internazionale di 1.260 miliardi di dollari e il numero dei viaggiatori ha toccato il 1 miliardo e duecento mila persone secondo quanto riportato dall'UNWTO, l'Organizzazione mondiale delle Nazioni Unite per il turismo. Una risorsa per l'economia, ma anche un fenomeno complesso, le cui conseguenze in termini di impatto ambientale, culturale, sociale ed economico non possono essere ignorate. Per trasformare quello che potrebbe essere solo un impatto devastante, soprattutto in paesi del sud del mondo, dove la contaminazione culturale non è compensata da un'adeguata redistribuzione del reddito generato, o in luoghi ad alto valore naturalistico dove sono necessari interventi di protezione che hanno un costo, sono state indicate, supportate e promosse a livello globale nuove forme di viaggio, quali il turismo ambientale o sostenibile. Il turismo sostenibile coinvolge in una visione più ampia le culture e il territorio. Sempre secondo il UNWTO “lo sviluppo del turismo sostenibile soddisfa i bisogni dei turisti e delle regioni ospitanti e allo stesso tempo protegge e migliora le opportunità per il futuro”. Si tratta di una forma di sviluppo che dovrebbe portare alla gestione integrata delle risorse in modo che tutte le necessità, economiche, sociali ed estetiche possano essere soddisfatte mantenendo al tempo stesso l'integrità culturale, i processi ecologici essenziali, la diversità biologica e le condizioni di base per la vita”. Rifacendosi ai principi dello sviluppo sostenibile, sanciti nell'Agenda 21 per il settore dei viaggi e del turismo del 1996, il turismo sostenibile deve essere: tollerabile a lungo termine dal punto di vista ecologico (sostenibilità ambientale), realizzabile sul piano economico (sostenibilità economica), equo sul piano economico e sociale per le popolazioni locali (sostenibilità sociale). Anche in Italia sta crescendo l'interesse per il viaggio rispettoso del pianeta. Gli italiani che dichiarano di praticare un turismo sostenibile sono circa il 16% secondo quanto affermato dal sesto rapporto “Italiani, turismo sostenibile ed ecoturismo”, pubblicato lo scorso febbraio, a cura di IPR Marketing e Fondazione Univerde. L'Italia è ancora indietro nel diventare destinazione rispettosa dell'ambiente. Secondo l'*Environmental Performance Index* (EPI) sui 180 presi in esame nel 2016, i 10 più rispettosi dell'ambiente sono risultati, nell'ordine, Finlandia, Islanda, Svezia, Danimarca, Slovenia, Spagna, Portogallo, Estonia, Malta e Francia (l'Italia è solo 29esima). Per un maggior approfondimento si veda <https://ec.europa.eu/epale/it/node/26472>

²⁰ Per un maggiore approfondimento cfr. F.S. MARINI e D. MORANA, *Appunti di diritto pubblico del turismo*, Napoli 2007, p. 24 ss.

del turismo, si da voce alla sua più comune forma, ovvero la circolazione delle persone e dei mezzi. Se invece lo si vuole considerare nella sua veste contrattualistica, e cioè, in relazione ai rapporti con le imprese turistiche, occorre valutarlo alla luce delle disposizioni in materia di protezione del consumatore, le quali possono implicitamente trarsi dall'art. 41, 2° comma, Cost., mentre sono chiaramente espresse nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²¹. In quest'ottica appare evidente che il turismo ruota intorno a diversi valori costituzionali, valutabili a seconda di un diverso punto di vista se ad osservare il fenomeno è l'operatore del settore ovvero il turista: infatti, “nella prospettiva dell'imprenditore (e dello sviluppo economico del Paese) è la libertà d'impresa ad emergere; nella prospettiva delle principali mete turistiche, è l'interesse pubblico alla conservazione (e valorizzazione) dei beni culturali ed ambientali che si erge; nella prospettiva del turista, sono almeno la libertà di circolazione e la protezione nel rapporto contrattuale, i valori di riferimento, ma altri potrebbero essere evidenziati. Sempre nella prospettiva del turista, emerge altresì l'interesse pubblico alla fruizione del patrimonio culturale: ciò significa, ad esempio, garanzia minima di accesso ai musei, apertura al pubblico dei siti, accessibilità e godibilità degli stessi”²².

È evidente come, da tale breve confronto, a differenza di altri Paesi, il Regno Unito non sembra aver investito nella promozione del turismo sociale e sostenibile, nonostante le iniziative promozionali dell'Unione Europea.

3. *La realtà sociale nel regno unito e il turismo sociale e sostenibile*

La *Development of tourism act* del 1969 è ancora oggi l'unica fonte normativa che regola il turismo nel regno Unito; essa prevede la creazione di un'Autorità turistica britannica e di comitati turistici per l'Inghilterra, la Scozia e il Galles con l'intento di promuovere lo sviluppo del turismo verso e all'interno della Gran Bretagna, prevedere la fornitura di assistenza finanziaria da fondi pubblici per la costruzione di nuove strutture ricettive nonché il miglioramento degli alberghi già esistenti, implementare le possibilità lavorative e garantire che i prezzi praticati siano equi e ben conosciuti. La legge si compone di 51 articoli (c.d. *parts*) e in apertura è ben evidenziata la sua *ratio*. Nella sezione I rubricata “*The Tourist Authority and the Tourist Boards*” il primo

²¹ Tra gli autori che hanno trattato l'argomento si v. V. FRANCESCHELLI e F. MORANDI, *Manuale di diritto del turismo*, Torino 2013, p. 5 ss.

²² V. FRANCESCHELLI e F. MORANDI, *op. cit.* p. 7 ss.

articolo enuncia: *Establishment of British Tourist Authority, English Tourist Board, Scottish Tourist Board and Wales Tourist Board and Scottish Tourist Board: (1) For the purposes of this Act there shall be established three bodies to be known respectively as the British Tourist Authority, the English Tourist Board, VisitScotland and the Wales Tourist Board. (2) The British Tourist Authority shall consist of (a) a chairman and not more than five other members appointed by the Secretary of State for Trade; and (b) the chairman of the English Tourist Board, the chairman of VisitScotland and the chairman of the Wales Tourist Board, a person appointed by the National Assembly for Wales; (3) The English Tourist Board shall consist of a chairman and not more than six other members appointed by the Secretary of State for Trade and VisitScotland shall consist of a chairman and not more than six other members appointed by the Secretary of State for Scotland and the Wales Tourist Board shall consist of a chairman and not more than other members appointed by the Secretary of State for Wales*²³.

In forza dei protocolli d'intesa stipulati con l'Ente per il turismo dell'Irlanda del Nord e le isole *offshore* di *Guernsey, Jersey* e Isola di Man, *VisitBritain* ospita altresì informazioni circa tali territori sul proprio sito *web*. Il portale per la navigazione dell'Ente nazionale Britannico per il turismo è stato creato nell'aprile 2003 per promuovere la Gran Bretagna e per incentivare il flusso dei visitatori in e verso l'Inghilterra e nasce dalla fusione tra la *British Tourist Authority* e l'*English Tourism Council* il quale era un ente pubblico del Dipartimento per la cultura, i media e lo sport²⁴. Nonostante il formale impegno del governo nell'attività di promozione e valorizzazione del turismo, dai dati *Eurostat* dell'anno 2016, emerge che nel Regno Unito soltanto il 40% della popolazione ha dichiarato di andare in vacanza almeno una volta all'anno. Probabilmente parte di questa popolazione decide spontaneamente di non viaggiare o di non voler godere di una va-

²³ Istituzione di Autorità turistica britannica, Ente per il turismo inglese, Scottish Tourist Board e Wales Tourist Board e Scottish Tourist Board: L“(1) Istituzione del *British tourist Authority*, ente per il turismo inglese: ai fini della presente legge, si devono stabilire [tre] organismi che devono essere conosciuti rispettivamente come autorità turistica britannica, ente per il turismo inglese e l'ente per il turismo del Galles. (2) l'ente turistico britannico si compone di: (a) un presidente e non più di altri cinque membri nominati dalla commissione per il commercio; (b) il Presidente dell'*English Tourist Board*, il presidente di “*Visitscotland*” e una persona nominata dall'assemblea nazionale per il Galles”. Attraverso la creazione di tale struttura organizzativa composta dall'autorità turistica britannica e dalle commissioni turistiche per l'Inghilterra, Scozia e Galles, l'*Act* del 1969 riesce a coordinare tutte le organizzazioni che compongono il settore turistico con voce (una volta per tutte) unanime tra i diversi stati componenti il Regno Unito. La legge ha altresì istituzionalizzato la creazione di commissioni turistiche per l'Inghilterra, la Scozia e il Galles, rispettivamente denominate: *Visitbritain*, *Visitscotland* e *Visitwales*”. Si badi bene che in qualità di agenzia nazionale per il turismo - ente pubblico non dipartimentale finanziato dal dipartimento per il digitale, la cultura, i media e lo sport , “*Visitbritain / Visitengland*” svolge un ruolo unico nella costruzione del prodotto turistico inglese, aumentando l'attrattiva del profilo turistico della Gran Bretagna in tutto il mondo incrementando il volume e valore delle esportazioni turistiche e partecipando allo sviluppo dell'economia turistica dell'Inghilterra e della Gran Bretagna.

²⁴ Per un maggiore approfondimento si consulti il sito istituzionale: <https://www.visitbritain.com/it/it>.

canza; altra parte invece è costretta a non partecipare al momento ricreativo e rigenerativo che la vacanza certamente costituisce a causa di differenti motivazioni. Tali ragioni sono rappresentate da problemi economici e dalla scarsa partecipazione delle istituzioni alla fase organizzativa di soluzioni a carattere sociale²⁵.

Tuttavia, è proprio per le categorie più svantaggiate, come ad esempio le fasce sociali con redditi modesti, che il turismo sociale deve svolgere la sua essenziale funzione: lo scopo di tale declinazione del turismo sta, per l'appunto, nella promozione del principio di accesso a condizioni economicamente sostenibili per i più, nonché nell'opportunità di svago, proprio come definito dall'allora "BITS"²⁶, che trova la sua massima espressione nel prevedere vantaggi di tipo socio-ricreativi per chi vi partecipa, con conseguente ed ulteriore risvolto positivo sul capitale sociale e familiare, oltre che sul benessere soggettivo del turista.

Si deve altresì ricordare che, come più volte sottolineato dalla stessa Unione Europea, la pratica del turismo sociale, laddove correttamente compiuta, deve considerarsi quale catalizzatore di occupazione capace di offrire un importante contributo alla crescita economica delle comunità ospitanti, alle quali viene così garantita la possibilità di promuovere le loro peculiarità modulate, certamente, sulle offerte stagionali.

Nonostante il termine "sociale" ricordi un tipo di attività con accezione fortemente filantropica, tale coniugazione di turismo non differisce da quella comunemente intesa anche in termini di benefici per gli individui e per l'economia. È per tali ragioni che si può supporre che il turismo sociale sia capace di colmare le lacune del turismo generalmente inteso, vale a dire la sua inadeguatezza a valorizzare e promuovere le aree trascurate e le popolazioni che vi risiedono. Questo tipo di attività di promozione, che rappresenta una delle tante sfaccettature con le quali il turismo viene recepito, è stata accolta da molti Paesi europei²⁷ dove il turismo sociale è valorizzato ed ha trovato una propria identità normativa, tanto da costituire nucleo forte delle

²⁵ Cfr. E. ISO-AHOLA, *Towards a social psychology theory of tourism motivation: a rejoinder*, in *Annals of tourism research*, 1982, p. 256 ss.

²⁶ Con la dichiarazione di Montreal, "Per una visione umanistica e sociale del turismo" (adottata dal BITS nell'ambito dell'assemblea generale del 1996), i contenuti del turismo sociale vengono riattualizzati secondo una nuova prospettiva di sviluppo. Con essa, infatti, il turismo sociale apre a nuovi campi di applicazione cessando di essere "quell'insieme di rapporti e di fenomeni risultanti dalla partecipazione delle categorie sociali economicamente deboli al turismo", così come definito all'interno dello statuto del BITS.

²⁷ Tra chi ha operato una attenta comparazione con altri paesi europei dove il turismo sociale è ben normativizzato si può citare P. WRIGHT, "Regenerating seaside resorts: learning from spanish practice", *Tourism, issue 101, Winter, tourism society*, London, 2000, p. 122 ss.

politiche sociali nazionali, al contrario di quanto avviene in altri Paesi nei quali è del tutto affidato ad iniziative private. Il regno Unito fa parte di quest'ultima categoria, dato che per lo Stato il potenziale del turismo sociale rimane ancora molto fiavole. A nulla sono servite le dimostrazioni fornite dalle sempre più crescenti iniziative offerte sia dalla ricerca che dalla pratica sui benefici multidimensionali che il turismo sociale offre. Il concetto di questo tipo di turismo resta ancora interpretato in maniera non corretta e considerato quale “contentino” offerto dalle “charity house” per nuclei familiari che rasentano la soglia della povertà²⁸.

Quanto appena accennato si riflette a pieno nella realtà sociale dove il turismo continua ad essere considerato quale momento di benessere e lusso e dunque non necessario. A ciò si deve aggiungere che, dato l'aiuto fornito dallo Stato ai gruppi svantaggiati attraverso altre politiche e programmi, con altri benefici sociali, l'istituzione di un canale sociale del turismo appare superfluo, inopportuno e non realizzabile nell'attuale clima economico - politico.

4. *Il lavoro svolto dall' All party parliament group on social e sustainable tourism.*

Una interessante quanto autentica fotografia della situazione del turismo e del suo scarso impatto nel tessuto sociale nel Regno Unito, caratterizzata da molte ombre e poca luce, è offerta dall'indagine svolta dal *All-Party Parliamentary Group on Social Tourism*²⁹ il quale nel 2011 ha dato vita ad una approfondita riflessione sul fenomeno, analizzandone attentamente tutti gli aspetti ed evidenziando i significativi *gap* presenti nell'assetto legislativo in materia di turismo sociale.

In proposito, appare anzitutto doveroso chiarire che tale studio, di cui si analizzeranno i risultati, è stato guidato dai parlamentari Paul Maynard, Bob Russell, Tony Baldry, Anne Marie Morris, con i quali ha collaborato John McDonald, direttore della *Family Holiday Association*³⁰, il

²⁸Sul punto, C. RYAN, *Motives, behaviors, body and mind in the tourist experience*, 92nd ed., London, p. 148.

²⁹Tale gruppo di lavoro è stato formato alla fine del 2010, ed è composto da parlamentari di tutti i partiti. È un informale gruppo trasversale ad entrambe le *chambers* del parlamento inglese ed il suo obiettivo è quello di indagare e promuovere i benefici sociali ed economici che il turismo sociale sa offrire. I rappresentanti dei partiti non hanno uno *status* ufficiale all'interno parlamento e nessun potere formale, è invece da considerarsi quale opportunità per gli stessi parlamentari di discutere, esplorare e promuovere il loro comune interesse in questioni politiche-sociali specifiche.

³⁰*The family holiday association* è l'unico ente di beneficenza nazionale inglese dedicato a fornire vacanze al mare e gite giornaliere per famiglie alle prese con alcune delle sfide più difficili che la vita possa offrire. Da oltre 40 anni, questa associazione ha offerto e offre pause ricreative alle famiglie del regno unito alle prese con problemi come disabilità, malattie gravi e improvvise, lutti, problemi di salute mentale e violenza domestica. La “FHA” è fondata sulla con-

quale, in considerazione del rilievo sociale che ha l'associazione nel Paese, ha anche partecipato ad alcune sessioni di discussione in aula in veste di consulente speciale.

Il lavoro³¹ di tale gruppo di inchiesta, il cui scopo è quello di stimolare un proficuo ed attento dibattito sul futuro del turismo sociale nel Regno Unito, era inizialmente proiettato a favorire una cooperazione con altre parti interessate al processo di mappatura delle esigenze turistiche al fine di raccoglierne opinioni ed esperienze. Sin dalle prime battute i lavori sono stati accolti da positivi *feedback* da parte dei diversi interlocutori chiamati a collaborare al progetto, tanto da raccogliere numerose testimonianze offerte da molte organizzazioni del settore pubblico, privato e del volontariato inglese, oltre che da altri Paesi europei che hanno già attuato politiche sociali volte alla promozione di tale tipologia di turismo. Nel prosieguo dei lavori di analisi, poi, i responsabili del progetto hanno partecipato ad alcune sessioni di dibattito alla Camera dei Comuni, in occasione delle quali sono state approfonditamente analizzate le varie opinioni (talvolta tra loro contrastanti) sulla definizione di turismo sociale, sulla sua pratica nel Regno Unito e in Europa e sui benefici sociali ed economici che da esso si possono trarre; è stato, inoltre, affrontato il problema relativo al ruolo che governi locali e nazionale possono e devono svolgere nello sviluppo di questa particolare pratica di turismo.

L'inchiesta dell'*All-Party Parliamentary Group on Social Tourism* si è conclusa con una serie di raccomandazioni-chiave al fine di poter compiutamente attuare la pratica del turismo sociale nel quadro della politica pubblica del Regno Unito.

La premurosa quanto attenta attività svolta dal trasversale gruppo parlamentare che ha condotto tale studio ha evidenziato che, in considerazione del fondamentale ruolo del turismo

vinzione che le vacanze siano un'ancora di salvezza, non un lusso. La maggior parte dei destinatari a cui l'associazione si rivolge non ha mai goduto dei benefici di una vacanza in famiglia. I dati da loro forniti (www.familyholidayassociation.org.uk) dimostrano chiaramente che trascorrere del tempo in vacanza con la famiglia e lontano dalle lotte quotidiane può cambiare il modo di affrontare le battaglie giornaliere che le famiglie a cui l'associazione si rivolge, combattono. Le mete in cui tale associazione è specializzata riguardano soprattutto brevi soggiorni al mare; permettono inoltre di fare escursioni di un giorno - come una semplice giornata al mare o un'attrazione turistica locale o un museo - e occasionalmente altri tipi di pause, come viaggi di gruppo. Non offrono viaggi all'estero. Tutte le famiglie che supportano vengono a loro indirizzate da professionisti operanti nelle comunità locali. La loro rete di "*referral*" comprende insegnanti, assistenti sociali, operatori sanitari e altri enti di beneficenza. *The family holiday association* non riceve finanziamenti governativi, quindi il suo operato dipende interamente dalla generosità dei donatori, *fundraiser* e altri sostenitori.

³¹ *All-party parliamentary group on social tourism*, reportage *Giving Britain a break. Inquiry into the social and economic benefit of social tourism*, 2011.

nella politica di *welfare* e della necessità di attuare tali politiche sociali, le misure volte ad implementare questa così sfuggente categoria di turismo sono ormai da considerare necessarie.

È evidente, in considerazione dei risultati dello studio, l'opportunità di iniziare ad investire sullo sviluppo del turismo sociale, il quale non va più considerato come quell'attività che fornisce vacanze gratuite o sovvenzionate a coloro che non possono permetterselo, ma che invece riconosce nel tempo dedicato alla vacanza rigenerativa e all'utilizzo ricreativo del proprio tempo libero un importante impatto positivo sul benessere delle famiglie e sull'economia in generale.

5. Criticità del “*Giving Britain a break – inquiry into the social and economic benefit of social tourism*”

Alcune problematiche legate a questa tipologia di turismo sono rappresentate dal fatto che il "turismo sociale" è inteso in una varietà di modi, i quali, piuttosto che distinguere tale sfaccettatura dal turismo generalmente inteso – ammesso che debba esser distinto – e darne un significato peculiare, creano confusione contribuendo a non fornirne una precisa definizione. La mancanza di una definizione unanimemente condivisa, infatti, è oltremodo dannosa ad un necessario quanto augurabile sviluppo positivo del turismo sociale che, ad oggi, procede a passo estremamente lento.

È evidente che l'espressione "turismo sociale" non è capace di far emergere adeguatamente il significato del fenomeno e appare fortemente inadatta a dimostrarne il potenziale ed i benefici, al punto da preferire l'utilizzo di differenti termini; percezione questa, che appare ragionevole se si considerano le connotazioni che accompagnano la parola "sociale" nella lingua inglese³². A ciò si deve aggiungere che la promozione del turismo sociale nel Regno Unito è attualmente strettamente ancorata alla sua natura e al suo carattere filantropico e non già ad un momento necessario alla contribuzione del benessere del singolo.

Che il turismo sia maggiormente conosciuto nella veste di attività economica è una verità lapallissiana, ma non per questo la sua natura deve assumere tale esclusiva connotazione. È evidente, infatti, quanto il turismo sociale sia capace di offrire molteplici benefici per la società e

³² Nel lessico inglese spesso i termini “sociale” e “caritatevole” assumono, nel linguaggio parlato, lo stesso significato. Con il termine “*charity*” infatti si intende un sistema organizzato da associazioni pubbliche o private con l'intento di offrire denaro, cibo o assistenza gratuiti a coloro i quali si trovano in situazioni di indigenza (anche temporanea) poiché malati o non abbienti. Allo stesso modo, con il termine “*social*” si suole indicare l'attività compiuta proprio dalle organizzazioni che operano nel settore della beneficenza.

per gli individui: si fa riferimento in proposito alla promozione della pace, alla conoscenza e alla comprensione reciproca di diverse realtà, agli incrementi dell'attività lavorativa delle comunità ospitanti, alla promozione dello sviluppo, del progresso sociale ed individuale ed infine all'impatto positivo sulla salute fisica e mentale delle persone³³: è pertanto da condividere pienamente l'opinione di chi ha sostenuto che il turismo va al di là dei semplici profitti per le imprese³⁴.

Si può osservare infatti che il primario obiettivo del turismo ha carattere psicologico e da esso non si differenzia il turismo sociale, dal quale deriva una specifica domanda turistica ma non per questo differenti benefici finanziari. L'insieme di tutti questi vantaggi però non può non essere valutato anche sotto l'aspetto socio-psicologico poiché il turismo incentiva le persone a viaggiare nonché: "i benefici psicologici del tempo libero e dell'esperienza turistica derivano dall'interazione di due forze motivazionali: uscire dagli ambienti di routine e stressanti e cercare opportunità ricreative³⁵".

Nell'ampio scenario della letteratura dedicata al turismo, ha assunto un ruolo di analogo rilievo anche il turismo c.d. sostenibile³⁶, il quale, al pari di quello sociale, si è da poco affacciato nel panorama delle diverse declinazioni di far turismo, ma non per questo non ha, sin dalla sua nascita, saputo catturare l'attenzione degli operatori del settore. Sin dall'entrata in vigore della "Disability Discrimination Act del 1995³⁷", gli operatori nell'ambito del turismo hanno immediatamente colto la sfida di conglobare le esigenze del turista con mobilità ridotta a quelle del comu-

³³ Dati offerti dall'organizzazione mondiale del turismo delle nazioni unite (UNWTO) nel 1980 e dal Comitato economico e sociale europeo nel 2006. Si veda altresì: <http://www2.unwto.org/>

³⁴F. HIGGINS-DESBIOLLES, *More than an industry: the forgotten power of tourism as a social force* in *Journal tourism management* volume 27 issue 6, Pergamon, 2006, p. 1192 ss.

³⁵ Tra gli altri R.C. MANNELL, E. ISO-AHOLA, *Psychological nature of leisure and tourism experience* in "Annals of tourism research", volume 14, issue 3, 1987, p. 314 ss.

³⁶ H. XIAO; S.L.J. SMITH, *The maturation of tourism research: Evidence from a content analysis* in "Tourism analysis", volume 10, number 4, 2006, p. 10 ss.

³⁷ La legge sulla discriminazione dei disabili del 1995 è un provvedimento del Parlamento del Regno Unito successivamente abrogato e sostituito dall' *Equality Act* del 2010, (tranne che in Irlanda del Nord dove la legge del 95 è tutt'ora in vigore), ha definitivamente reso illegittimo qualsivoglia comportamento discriminatorio nei confronti di soggetti con disabilità in relazione all'occupazione, alla fornitura di beni e servizi, all'istruzione e ai trasporti; tale *act* è stato fortemente voluto dalla "Commissione per l'uguaglianza e i diritti umani", protagonista di numerose battaglie contro la discriminazione. Nell'Irlanda del Nord esiste una legislazione equivalente, la cui applicazione è tutelata dalla "Commissione per l'uguaglianza dell'Irlanda del Nord". La legge in esame rappresenta l'epilogo di una imponente campagna pubblica alla quale hanno partecipato oltre 100.000 persone; essa si è distinta soprattutto per l'ingente numero di manifestazioni pubbliche volte a costringere il governo a porre fine alla discriminazione statale e commerciale contro le persone disabili come già il *Race Relations Act* del 1976 e il *Sex Discrimination Act* del 1975 avevano fatto in materia di garanzia di parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla razza o al sesso.

ne viaggiatore. Da tale figura, che successivamente ha assunto la denominazione di turismo “accessibile”, si è sviluppato il turismo c.d. sostenibile il quale si occupa dei risvolti che la pratica del turismo ha sull’aspetto ambientale dei luoghi visitati³⁸.

Non v’è dubbio che le due declinazioni di turismo, sociale e sostenibile, assumono fondamentale rilievo in considerazione del potenziale ventaglio di diverse implicazioni di ordine pratico. La protezione dell’ambiente è solo un aspetto della sostenibilità, che se analizzato singolarmente non sembra capace di soddisfare da sé né i bisogni attuali né tanto meno i bisogni delle future generazioni. Potrebbe farlo, invero, soltanto laddove opportunamente modulato ad altre esigenze sociali (ad esempio la necessità di un lavoro retribuito, di una prospettiva nella propria vita e di uno sviluppo personale) e soprattutto laddove queste fossero già state raggiunte.

Non si può dunque parlare di categorie nettamente distinte. Infatti, il concetto stesso di turismo sociale, nonostante si sia connotato come quel turismo atto a consentire il riposo e il divertimento ad ampie fasce di lavoratori, nel corso del tempo si è venuto caratterizzando come un turismo aperto anche alle famiglie, ai giovani, agli anziani e a persone con diverse forme di disagi sociali e fisici, una pratica che rientra a pieno titolo nella più ampia definizione di turismo sostenibile³⁹; esso, proprio per le sue caratteristiche connesse alla socialità, alla crescita personale, al rispetto delle culture ospitanti, può costituire una forma di turismo sostenibile nel momento in cui pone l’attenzione oltre che sugli aspetti sociali anche sulle tematiche ambientali ed economiche.

Così come presentato, allora, il concetto di sostenibilità appare gravemente insufficiente a contribuire allo sviluppo del turismo sostenibile. Si deve tener conto che, relativamente alle garanzie statali in materia di accessibilità al turismo, la disabilità o la malattia non rappresentano i più frequenti ostacoli alla partecipazione turistica⁴⁰. Nel *mare magnum* di limiti alla partecipazione

³⁸ Sul punto G. SHAW, T. COLES, *Disability, holiday making and the tourism industry in the UK: a preliminary survey* in “*Tourist management*” volume 25 issue 3, 2004, p. 400.

³⁹ Secondo le schede *Eurostat*, nel 2012 ben il 46% di coloro i quali hanno deciso di non viaggiare, lo hanno fatto per ragioni economiche. Nel Regno Unito, l’inaccessibilità al turismo per ragioni economiche è stata la principale motivazione che ha spinto il cittadino a rinunciare a viaggiare il 30% della popolazione, infatti, ha dichiarato di non potersi permettere una settimana di vacanza all’anno causa motivi economici.

⁴⁰ In tal senso K. HUGHES, *Tourism satisfaction: a guided cultural tour in North Queensland* in *Australian psychologist*, volume 26 issues n. 3, p. 166 ss.

al turismo, i problemi di ordine economico rappresentano la ragione principale⁴¹. Tale esclusione non rappresenta forse una ancor più grave e ampia esclusione sociale a scapito di nuclei familiari fortemente svantaggiati? Così delineato infatti, il turismo nell'era della globalizzazione, della modernizzazione e della digitalizzazione non è più un fenomeno di massa liberamente disponibile, ma resta vincolato alla capacità economica e alla posizione sociale del singolo, per cui l'esigenza di trascorrere un periodo rigenerativo al di fuori della “*day by day routine*” appare non più come un diritto per tutti ma come una prerogativa per pochi⁴². Questa significativa percentuale di persone che non viaggiano a causa di vincoli di natura economica, è indice di poca attenzione rivolta all'assistenza sociale per determinate categorie di cittadini svantaggiati⁴³. Va da sé chiedersi se la responsabilità di tali disagi sia ascrivibile ad una cattiva gestione degli apparati governati dell'enorme potenziale del turismo ovvero intervengano altri fattori.

Se è vero però che le politiche sociali hanno l'obiettivo di offrire aiuto e supporto attraverso interventi pubblici con scopi ed effetti sociali variabili che comprendono anche una più equa distribuzione di risorse e opportunità per la promozione del benessere e della qualità della vita, e se è altrettanto vero che il turismo è uno degli strumenti con cui è possibile operare in tal senso, ci si interroga sul perché l'amministrazione pubblica non decida di investire in attività turistiche sociali rivolte agli stessi destinatari delle politiche sociali e cioè categorie di soggetti che più di altri hanno bisogno di momenti di svago dalle difficoltà che quotidianamente devono affrontare⁴⁴.

La risposta a questo interrogativo è forse da rinvenire nella diffusa opinione che il turismo in quanto tale è semplicemente un prodotto di consumo di lusso per cui fruibile soltanto da chi può permetterselo. Se così fosse verrebbero definitivamente depennati i benefici del turismo sociale, i miglioramenti nella salute fisica e mentale delle persone e delle famiglie, nonché più in generale i vantaggi educativi, culturali e comunitari fondamentali in un'ottica di maggiore

⁴¹ Dati raccolti attraverso la scheda *Eurostat- statistic explainer* 2018, consultabili al sito http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=tourism_statistics/it.

⁴² Non sono molto incoraggianti neppure i dati offerti dai *reports* della Commissione europea nell'anno 2009: secondo tali stime infatti il 74% della popolazione europea con un grado di istruzione medio-alta è in grado di permettersi una vacanza, mentre circa la metà dei lavoratori manuali (52%) non ha la possibilità di ritagliarsi un spazio ricreativo o di vacanza durante l'anno.

⁴³ Cfr. C. COOPER, J. FLETCHER, D. GILBERT, S. WANHILL, *Tourism: principles and practice*, Pitman publishing, London, 1993, p. 235 ss.

⁴⁴ v. *Amplius* World Tourism Organization, *Tourism development and the responsibility of the State*, WTO, 2000, Madrid, p. 31 ss.

integrazione culturale. La vacanza ha il potenziale necessario per affrontare l'esclusione sociale, la solitudine e l'isolamento, aiutando le famiglie a sentirsi tali. Chi poi dall'attuazione di tali politiche trarrebbe maggiori benefici sarebbero certamente bambini o fanciulli in tenera età. L'esperienza positiva della vacanza si riflette in maniera significativa sul comportamento dei bambini e sulla loro educazione, anche in via preventiva, con la possibilità di ridurre la necessità di interventi del settore pubblico in età successiva. È da qui allora che nasce l'esigenza di incorporare il turismo sociale nelle politiche di assistenza nazionale poiché il suo potenziale costituisce un efficiente deterrente di comportamenti antisociali oltre ad offrire maggiore integrazione nel tessuto sociale⁴⁵. Nonostante ciò però, non esiste una ricerca sul turismo che si concentri esclusivamente su gruppi socioeconomici così ampi e particolarmente vulnerabili.

Attualmente i disoccupati inglesi costituiscono un ingente sottogruppo di una più ampia fetta di popolazione con reddito basso⁴⁶ (dati questi in rapida crescita e simili in molti Paesi d'Europa): essi appartengono chiaramente al gruppo dei non partecipanti e sono, a ben vedere, doppiamente svantaggiati. Sono loro infatti a non godere dei requisiti di base del consumatore - lavoro regolare e reddito disponibile - e sono di fatto esclusi da uno stile di vita certamente più proficuo. Le loro attività ricreative vengono presto sacrificate a causa delle difficoltà economiche con le quali convivono e tendono così a trascorrere gran parte del proprio tempo libero tra le mura domestiche⁴⁷. Gli studi circa i legami tra disoccupazione e tempo libero dimostrano che l'attività di svago è capace di stemperare gli effetti psicologici negativi della disoccupazione⁴⁸. Come tale, è stato sostenuto che l'impatto positivo di attività di svago incidono significativamente sulla salute psicologica e contribuiscono a una migliore attività di ricerca di lavoro e maggiori possibilità di reimpiego⁴⁹.

⁴⁵United Nations, *Recommendations on tourism statistics*, UN, NEW YORK, 2010, consultabile al sito https://unstats.un.org/unsd/publication/seriesm/seriesm_83rev1e.pdf.

⁴⁶Dati offerti dal *Department for work and pension* del Regno Unito. Consultabili all'indirizzo: <https://www.gov.uk/government/organisations/department-for-work-pensions>.

⁴⁷S. GLYPTIS, *Leisure & unemployment in Open University press*, 1989, p. 189 ss.

⁴⁸ *cf.* A. BRUNNER-SPERDIN, M. PETERS, A. STROBL, *It is all about emotional state: managing tourists experience* in “*International journal of hospitality management*” volume 31 issue 1, 2012, p. 27 ss.

⁴⁹ Studio condotto dalla *University of North London* “*The economic and social impact of the national lottery*”, *research digest*, vol. 2, London, 2008 p. 58 ss.

6. *I benefici del turismo sociale e sostenibile*

I destinatari del turismo così praticato non sono certamente gli unici che possono trarre vantaggio dall'istituzione di politiche nazionali a loro rivolte; a loro, infatti, si affiancano gli operatori del settore turistico e del settore alberghiero. Il turismo sociale e sostenibile può aiutare ad alleviare problemi di tal ordine consentendo ai gruppi svantaggiati di accedere ad alloggi per le vacanze durante i c.d. "periodi di mezza stagione". Ciò porterebbe benefici non soltanto a chi svolge la propria attività nel settore accoglienza ma anche agli operatori nel settore trasporti, a chi si occupa di cultura, di vendita al dettaglio ecc. Sono molti, dunque, i protagonisti coinvolti che usufruirebbero dei vantaggi di un'auspicabile e significativa rigenerazione di destinazioni turistiche altrimenti dimenticate e che agirebbero oltremodo come stimolo per lo sviluppo economico regionale e locale; allo stesso modo un aumento di visitatori porterebbe a maggiori livelli di occupazione e di spesa "secondaria".

Come già accennato, i benefici del turismo sociale sono coerenti con i benefici che la partecipazione turistica ha per la popolazione in generale. Tuttavia, per le popolazioni economicamente e, di conseguenza, socialmente svantaggiate avere la possibilità di godere di una vacanza ha un valore aggiunto. Si è già detto come per i gruppi sociali con reddito basso, allontanarsi dall'ambiente domestico è particolarmente benefico sotto il profilo psicologico. A riprova di ciò è stato riscontrato che il 25% delle persone che vivono in una famiglia con basso reddito, spesso accusa sintomi tipici di forte stress mentale rispetto al 12% di coloro che invece hanno un reddito leggermente superiore alla media nazionale del Regno Unito⁵⁰. In altre parole, quelli esclusi dal turismo sono di solito quelli che ne trarrebbero maggiori benefici. Inoltre, sempre avendo riguardo ai benefici del turismo, questi non sono circoscritti al tempo trascorso in vacanza, ma continuano a riprodursi anche dopo, influenzando non solo il benessere psicofisico del singolo ma dell'intera comunità ospitante. Questi vantaggi sono stati evidenziati da chi ha contribuito a porre l'accento sull'esigenza di attuare nuove politiche sociali che comprendano anche la possibilità di andare in vacanza⁵¹. A tal proposito appare opportuno ricordare che, indipendentemente da ciò che causa la massiccia perdita di posti di lavoro, nell'attuale situazione economica la disoccupazione ha assunto dimensioni allarmanti.

⁵⁰ M. PAYNE *What is professional social work, policy press university of Bristol*, 2006, p. 105 ss.

⁵¹ Sul punto si veda L. MINNAERT, *Tourism as a form of social intervention: the holiday participation centre in Flanders in Journal of social intervention: theory and practice*, volume 18, issue 3, 2009, p. 42 ss.

7. *Conclusioni*

A differenza di altre forme di svago, il turismo sociale ha un profilo multidimensionale che si estende oltre i confini del proprio spazio vitale, fornendo esperienze nuove e appaganti al di là della dimensione di vita quotidiana e ordinaria⁵². Siffatto tipo di turismo, perciò, rappresenta un atto di esplorazione che offre agli individui l'opportunità di sperimentare contemporaneamente nuovi luoghi e culture, di partecipare a diverse attività e di allargare i propri orizzonti⁵³: è evidente che non può essere appannaggio esclusivo di pochi.

È per questo che tale tipologia di turismo deve essere considerata come quell'esperienza disponibile là fuori, che rende il viaggio utile⁵⁴, oltre ad essere uno strumento indispensabile allo sviluppo della persona e per ciò deve potersi rivolgere a tutte le categorie sociali, così da trasformare un semplice viaggio che permette di allontanarsi dal solito *habitat*, in uno stato mentale⁵⁵.

Camerino, agosto 2018.

⁵² E. COHEN, *The sociology of tourism: approaches, issues, and findings in annual review of sociology*, vol. 10, 1984; P.L. PEARCE, *Tourist behaviour, themes and conceptual schemes*, 2005 p. 80 ss.

⁵³ cfr. J. URRY, *The tourist gaze*, sage, 2002, p. 84 ss.

⁵⁴ v. *Amplius* E. COHEN, *op. cit.* p. 182.

⁵⁵ si veda J. JAFARI, *Tourist models: the sociocultural aspects in tourist management* vol. 8, issue 2, 1987.

DANIELE STAZIO*

*La clausola claims made nel contratto di assicurazione sulla responsabilità civile: origine, evoluzione ed il tema dell'equilibrio economico del contratto***

Sommario: 1. Introduzione al problema. La delimitazione temporale del rischio: il sistema *loss occurrence* e quello *claims made* – 2. Sulla validità della clausola *claims made* – 3. Le responsabilità dell'assicurato e l'obbligo indennitario dell'assicuratore – 4. Vessatorietà della clausola *claims made*? 5. La prima volta della *claims made* nell'ordinamento italiano nella assicurazione obbligatoria dell'avvocato e la necessità di attenzionare il tema dell'equilibrio economico del contratto.

1. *Introduzione al problema. La delimitazione temporale del rischio: il sistema loss occurrence e quello claims made*

Nell'assicurazione della responsabilità civile *ex art.* 1917 c.c.¹ l'evento futuro ed incerto garantito è rappresentato dal pagamento che l'assicurato, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve effettuare al terzo che ha subito il pregiudizio, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto.

* Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Si ritiene che l'assicurazione si fondi sull'aspirazione dell'uomo alla sicurezza e risponda a quell'esigenza, percepita come primaria dall'individuo nella società moderna, di tutelarsi avverso le conseguenze patrimonialmente dannose connesse al verificarsi di un determinato evento. La copertura di responsabilità civile, invece, origina dall'esigenza di mantenere indenne il proprio patrimonio dal rischio di dover risarcire un danno ad un terzo. Tale polizza «nasce in ambito marittimo: la copertura per il rischio di danneggiare altre navi durante le manovre, infatti, era inclusa nell'assicurazione marittima» così VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 13 ss. Sul tema dell'assicurazione sulla responsabilità civile v. anche SALANDRA A., *Dell'assicurazione*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1948, p. 360; DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956 e ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, I, Milano, 2012; BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010.

L'avverarsi dell'evento dannoso rappresenta il presupposto per l'operatività della copertura assicurativa; appare quindi essenziale che il sinistro si realizzi durante il periodo di vigenza dell'assicurazione, ovvero durante il tempo in cui il contratto di assicurazione dispieghi i suoi effetti.

Tuttavia, il periodo in cui opera la copertura assicurativa può differenziarsi dalla durata formale del contratto di assicurazione, che ha inizio con la conclusione del contratto e termina con la scadenza dello stesso.

In altre e diverse parole, in un contratto di assicurazione della responsabilità civile *ex* art. 1917 c.c. a fronte di una durata che può restare ferma, le parti ben possono scegliere di delimitare temporalmente il sinistro, restringendo o allargando il tempo dello stesso rispetto alla vigenza del periodo contrattuale.

Prima facie, quindi, oggetto di valutazione è il margine di libertà contrattuale che può essere concesso ai soggetti contraenti nella determinazione temporale del rischio nel contratto di assicurazione della responsabilità civile.²

Sul punto, a sostegno del carattere dispositivo della previsione di cui all'art. 1917 comma 1 rileva che l'art. 1932 c.c. non la include tra le norme inderogabili³ inserendovi, invece, le disposizioni di cui i commi 3 e 4.

Limitatamente, invece, all'individuazione dell'evento oggetto della copertura assicurativa, affinché si renda operante il diritto dell'assicurato ed il contestuale obbligo dell'assicuratore di pagamento, si possono distinguere due diversi sistemi.

Nel primo sistema c.d. *loss occurrence*, all'insorgenza del danno,⁴ assume rilievo l'evento pregiudizievole e il danno arrecato nella sfera giuridica altrui produttivo di una eventuale e successiva richiesta risarcitoria.

² La problematica non è irrilevante, atteso che la libertà dei soggetti contraenti nella determinazione del lasso temporale entro il quale può realizzarsi il sinistro affinché la compagnia assicurativa debba pagare la prevista indennità, deve coordinarsi e rispettare due norme. La prima asserisce un obbligo dell'assicuratore al pagamento dell'indennità «entro i limiti convenuti» *ex* art. 1882 c.c., la seconda individua l'obbligo medesimo «nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto» di assicurazione stipulato *ex* art. 1905 c.c.

³ L'art. 1932 c.c. ha escluso tale disposizione dalle previsioni sottratte alla libera disponibilità delle parti e, come noto, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Crotona, 8 novembre 2004, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 712.

⁴ Nel sistema *loss occurrence* l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore, alla stregua di tale tipologia di garanzie, sussiste qualora il danno sia occorso durante il periodo di copertura convenuto tra le parti. Come spiega KROLL G., *The professional liability policy "claims made"*, (1977-1978), 13 *Forum*, p. 842, «Historically, liability insurance was written on an "occurrence" basis because (a) the "occurrence" concept was drawn upon by lia-

Nel secondo sistema c.d. *claims made*, a richiesta fatta,⁵ determinante è il momento allorquando perviene all'assicurato la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato, che manifesta la volontà di un ristoro patrimoniale, e ciò indipendentemente da quando sia avvenuto l'atto o il fatto dannoso.

Ne consegue che nel sistema *claims made* la copertura del rischio è delimitata a livello temporale e l'assicurazione è prestata nel caso di richieste di risarcimento pervenute all'assicurato per la prima volta durante il periodo di esecuzione del contratto, anche per condotte colpose poste in essere in epoca precedente alla stipula della polizza⁶

In altre parole, il sistema *claims made* va a delimitare la copertura alle sole richieste di risarcimento giunte dall'assicurato in un previamente concordato periodo di assicurazione: in tal modo, il rischio si delimita temporalmente e con certezza perché si trova a coincidere con la vigenza temporale della garanzia, e ciò rimuove alla fonte la possibilità di sinistri tardivi.

bility insurers from property insurance which had traditionally been written with respect to the happening of an event, and (b) the type of events initially insured against were such that a specific date, time and place could be determined specifically as to when a particular event occurred, such as the collision of ships, the injuring of a pedestrian by a carriage or the date of injury caused by defective premises».

⁵ Le origini di questo sistema si rintracciano nel mercato assicurativo inglese ove già a partire dai primi decenni del XIX i Lloyd's di Londra offrivano agli avvocati polizze assicurative a copertura della responsabilità professionale modulate secondo lo schema *claims made*. V. sul punto MERKIN R., STEELE J., *Insurance and the law of obligations*, Oxford, 2013, p. 64. Negli USA, invece, le poche *law firms* che avevano stipulato una polizza contro i rischi da responsabilità professionale erano ricorse al predetto modello di polizza inglese come evidenziato da DAUTCH C., *Laywers' Indemnity Insurance*, (1941) 46 Com. L. J. 412, p. 321. Nel 1957 le polizze Lloyd's divennero disponibili per architetti ed ingegneri e furono affiancate da assicurazioni simili prodotte dalla Continental Casualty Company. Ma è negli anni '80 che la *claims made* si afferma definitivamente nel nord America. Gli americani presero coscienza del nesso eziologico sussistente tra l'esposizione a sostanze tossiche e lo sviluppo di patologie a distanza di anni. Così nei confronti di patologie prodotte da inalazione di amianto, assunzione del DES (Diethylstilbestrol) e utilizzo del contraccettivo Dalkon Shield le Compagnie assicurative, per far fronte a enormi risarcimenti richiesti dalla popolazione, fecero ricorso a polizze *claims made*. Per un confronto generale con l'esperienza del *common law* da cui è mutuata la clausola *claims made* v. anche ENRIGHT I., *Professional Indemnity Insurance Law*, London, 1996.

⁶ Cfr. sul tema ANTONUCCI A., *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 153; BOGLIONE A., *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile*, in *Ass.*, 2009, I, p. 469; CARASSALE I., *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2009, p. 103; CESERANI F., *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799; LANDINI S., *La clausola claims made è vessatoria?*, in *Ass.*, 2006, II, 2, p. 4; LANZANI A., *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 857; LOCATELLI L., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 1030.

Si determina così con sicurezza il termine finale di esposizione della Compagnia assicurativa al rischio oggetto di assicurazione e danni, la cui ampiezza risulta faticosamente prevedibile, sono ricondotti entro una soglia assodata di assicurabilità⁷.

A ben vedere, poi, nell'ambito del sistema di assicurazione della responsabilità civile c.d. *loss occurrence* si contrappone una nozione di fatto dannoso in una duplice accezione: come sinonimo di danno-conseguenza ovvero come evento generatore del danno; la condotta produttiva di danno, infatti, può essere stata posta in essere in un tempo di gran lunga antecedente rispetto all'insorgenza del danno medesimo⁸.

Nell'alveo del sistema *claims made*, la prassi negoziale ha, invece, sviluppato due diverse forme di garanzia.

Si distingue, in tal modo, la c.d. *claims made* pura consistente nel limitare la copertura assicurativa a tutti i sinistri per cui l'assicurato abbia ricevuto la richiesta di risarcimento durante il periodo di operatività del contratto di assicurazione, a prescindere da quando si sia verificata la condotta, e la c.d. *claims made* mista, caratterizzata invece dal fatto che la copertura assicurativa è valida soltanto per le richieste di risarcimento relative a fatti accaduti non oltre un certo limite temporale antecedente rispetto al periodo iniziale di efficacia dell'assicurazione stessa, ovvero per sinistri denunciati nel periodo di vigenza del contratto a condizione, però, che gli eventi si siano verificati nel periodo coincidente o anche precedentemente ad esso, entro un certo limite di tempo individuato, solitamente, in tre o cinque anni.

⁷ Quando il periodo di copertura concordato cessa, l'assicurato può consolidare il proprio bilancio definitivamente, eliminando il rischio di dover rispondere per sinistri accaduti ma non ancora denunciati nel tempo di vigenza della polizza.

⁸ Nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile secondo il modello *claims made* possono essere contenute anche ulteriori coperture, previste quali condizioni aggiuntive, quali la c.d. *sunset clause* o clausola del tramonto che, stante il pagamento di un premio supplementare, estende la copertura anche al periodo successivo alla cessazione del contratto, ossia alle richieste di risarcimento spiegate nei confronti dell'assicurato che termini l'attività e dei suoi eredi. Tale clausola trova una propria giustificazione solo all'interno di un contratto con clausola *claims made*, in quanto nel sistema del *loss occurrence* è connaturale al contratto che la garanzia, stipulata a copertura di un fatto dannoso, avvenuto durante il tempo dell'assicurazione, resti tale anche se l'assicurato abbia cessato l'attività assicurata. Altra eventuale pattuizione aggiuntiva (sempre con maggiorazione del premio) è la clausola della copertura cd. postuma, che consente l'estensione dell'assicurazione alle denunce pervenute all'assicurato entro un determinato numero di anni dalla cessazione del contratto, a condizione che il fatto che abbia originato la richiesta si sia verificato durante il periodo di efficacia della polizza. Infine vi è anche la clausola della garanzia pregressa che accorda una estensione retroattiva della copertura assicurativa.

La clausola *claims made* mista si configura, dunque, come un tipo di clausola spuria rispetto alla tipica formula prevista dalla *claims made* pura, in quanto in essa si assume, come elemento decisivo ai fini della copertura assicurativa, non soltanto il momento in cui sia pervenuta la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato ma anche quello in cui sia stato causato l'illecito.

Sotto diverso profilo, giova evidenziare che in materia di responsabilità civile professionale si sono diffuse, nell'ultimo decennio, numerose polizze assicurative in regime *claims made*⁹ che comportano, in particolare, una definizione convenzionale della nozione di sinistro rilevante *ex art. 1917* comma 1 c.c.

Nello schema ammesso in questa ipotesi, infatti, l'assicurazione non opera per i danni manifestatisi durante il periodo dell'assicurazione per fatti verificatisi nel medesimo periodo, secondo un processo di collegamento temporale tra il materiale accadimento del fatto e l'attualità del contratto assicurativo, bensì per quelli in cui il risarcimento degli stessi sia richiesto per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto, chiaramente entro i termini di prescrizione.

Adottando questo modello, perciò, con la scadenza del contratto cessa la copertura assicurativa in quanto il periodo di efficacia di quest'ultima coincide con lo spazio temporale sussistente tra la sottoscrizione e la scadenza dello stesso.

Il sistema *claims made* detiene, con tutta evidenza, anche la funzione di soddisfare esigenze di copertura assicurativa della responsabilità civile per tipologie di soggetti assicurati, quali i professionisti, caratterizzate da uno scarto temporale anche lungo tra quando si verifica la condotta idonea a determinare un danno ed il momento in cui il danno si produce, si esteriorizza o diviene percepibile per il soggetto danneggiato¹⁰, di talché si discute di danni cd. tardivi o lungolatenti (*long tail claims*).¹¹

⁹ Sul punto v. Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622.

¹⁰ Per CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 299, il sinistro latente è «il fatto illecito non verificato in entrambe le sue componenti (azione o accadimento ed evento di danno) nel periodo di assicurazione». Sul punto, v. anche FRAME C, *'Claims-Made' Liability Insurance: Closing the Gaps with Retroactive Coverage*, 1987, 60 Temple L.Q. 165, pp.169-170 per il quale «As industrial society grew during the post World War II era, insurers discovered that the lagtime between the occurrence and the filing of the claims for new types of latent injuries created a "tail" on the insurer's liability that undermined the predictability of actuarial estimates». Il sinistro latente deve distinguersi dal sinistro in serie: tale fenomeno, tipico della responsabilità da prodotto, si caratterizza «per una pluralità di richieste risarcitorie originate da una stessa causa che ha provocato più eventi dannosi riferibili ad un bene commercializzato, ad uno stabilimento e ciò anche laddove gli

Deve rammentarsi che i settori nei quali sussiste un rilevante scarto temporale tra la manifestazione di un effetto dannoso e l'origine del processo eziologico che lo ha prodotto non sono soltanto quelli delle libere professioni: basti pensare a tematiche quali la *gradual pollution*¹² derivante sovente da un progressivo accumulo di sostanze tossiche orientato ad una produzione e manifestazione del danno assai differita rispetto a quando si è verificato il sinistro; oppure all'utilizzo di prodotti difettosi o all'effetto collaterale di un farmaco che può verificarsi in un tempo decisamente posteriore rispetto al momento di immissione in commercio¹³; oppure alle responsabilità connesse a *malpractice* professionale medica, rispetto alla quale si constata una scissione temporale anche ampia tra l'epoca della condotta e quella produzione e manifestazione del danno.

Nelle fattispecie citate il tradizionale meccanismo di attivazione della garanzia collegato all'epoca di accadimento del fatto che genera responsabilità (modello c.d. *act committed basis*), ovvero al prodursi del danno (modello c.d. *on loss occurrence basis*) mostra talune problematiche tecniche che compromettono seriamente il funzionamento del trasferimento assicurativo del rischio.

Le compagnie assicurative, infatti, in caso di rischi di manifestazione lungolattente, debbono stimare gli importi di indennizzo basandosi su criteri di valutazione non per forza utilizzati in sede di originaria tariffazione¹⁴, per cui è assai difficile calcolare un premio in li-

eventi si siano verificati nel corso di più anni», come osservano CERINI D., GORLA V., *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, p. 295.

¹¹ Circa la prescrizione dei c.d. danni lungolattenti v. IZZO U., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria*, in *Danno resp.*, 2003, pp. 853-856; MONATERI P.G. *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 392; BUFFONE A., *Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni lungolattenti*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 1267-1279.

¹² Cfr. PFENNIGSTORF W., *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Ass.*, 1991, p. 53 per il quale «talvolta trascorrono lunghissimi periodi di tempo: fra l'uso di una sostanza dannosa e la sua disseminazione nell'ambiente; fra la disseminazione e l'inizio di un'esposizione al rischio; fra l'esposizione ed un danno; fra il danno e la sua scoperta; fra la scoperta del danno e la richiesta di risarcimento». Lo ricorda anche MONTI A., in *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 43 per il quale il danno ambientale, che «comprende sia il danno causato alle risorse naturali (danno all'ambiente), sia i danni di tipo individuale, indirettamente cagionati a terzi dall'inquinamento ambientale», è «un danno insidioso, in quanto i suoi effetti vengono alla luce spesso dopo un lungo tempo dal fatto lesivo, con modalità a volte difficilmente riconducibili con certezza a quell'evento, dando origine a responsabilità sorte allora ma rilevabili solo in un secondo momento».

¹³ Cfr. VOLPE PUTZOLU G., *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 8: «Il danno a terzi si produce soltanto a seguito della vendita al dettaglio del prodotto e può avvenire dopo lungo tempo dopo dal momento in cui il prodotto è stato immesso nel mercato».

¹⁴ Nel periodo che intercorre la data dell'evento generante la responsabilità e la manifestazione del pregiudizio, l'assicuratore è esposto all'influenza negativa connessa all'andamento dei tassi inflattivi e di interesse,

nea con gli indennizzi da liquidarsi in futuro e tali compagnie devono costituire cospicui accantonamenti di bilancio.

Su quest'ultimo punto si evidenzia, inoltre, che l'inadeguatezza di un sistema fondato sulla clausola cd. *loss occurrence* è collegato anche alla distanza di tempo (salvo il termine di prescrizione) in cui può divenire attuale l'obbligo risarcitorio, circostanza che rende tracce e ricordi più labili¹⁵.

Vi è da dire, però, che nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile professionale non trova facilmente spazio la difficoltà di collocazione temporale degli atti e fatti produttivi di conseguenze pregiudizievoli, in quanto nella maggior parte dei casi essi sono facilmente individuabili, nella loro connotazione temporale.

Invero, appare più agevole individuare nell'ambito delle attività professionali il momento in cui, a titolo esemplificativo, un avvocato abbia omesso l'adempimento di atti processuali o effettuato notifiche fuori termine facendo incorrere la parte assistita nella relativa decadenza o quello in cui il commercialista abbia omesso di presentare una dichiarazione dei redditi o l'abbia presentata con forma o contenuti non corretti; oppure quello in cui il medico abbia eseguito un errato intervento terapeutico o abbia fornito una un'errata diagnosi.

La collocazione temporale degli eventi produttivi di danno diviene rilevante quando si utilizza la clausola *claims made* mista, che, come già esposto, prevede il funzionamento della copertura assicurativa sia per fatti illeciti accaduti durante la vigenza del contratto, che per quelli avvenuti precedentemente, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, alle condotte poste in essere anteriormente entro un limitato numero di anni (generalmente due o tre anni dalla stipula del contratto).

nonché agli orientamenti e ai *revirements* giurisprudenziali in tema di responsabilità civile. Per tal motivo è decisamente difficile calcolare un premio in linea con gli indennizzi che dovranno essere liquidati. Le Compagnie assicurative debbono così obbligatoriamente costituire appositi accantonamenti di bilancio (riserve IBNR, *Incurred But Not Reported claims*, ex art. 37 comma 6 Cod. Ass.) entro cui vincolare le risorse economiche eventualmente necessarie per liquidare un sinistro tardivo che, a rigore, sarebbe da imputarsi all'annualità di bilancio dell'anno di sottoscrizione della polizza da esso colpita.

¹⁵ E' possibile, sul punto, che si verifichi un ulteriore slittamento del termine iniziale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, in quanto la prescrizione del diritto al risarcimento del danneggiato inizia a decorrere dal momento in cui il pregiudizio subito viene percepito, o diviene percepibile in base all'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa.

Rispetto al sistema c.d. *loss occurrence* in quello *claims made* si assiste, quindi, al differimento nel tempo dell'attivazione della copertura assicurativa, che parte appunto dal momento della manifestazione della richiesta risarcitoria, invece che dal comportamento generativo della responsabilità¹⁶.

Nella variante pura del sistema *claims made* il soggetto assicurato anziché godere, come avviene quando si adotta il sistema c.d. *loss occurrence*, della copertura assicurativa per tutti i sinistri verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto di assicurazione sino al maturarsi dell'ordinario termine di prescrizione decennale del diritto al risarcimento del danno, usufruisce di una copertura assicurativa per quei sinistri accaduti fino a dieci anni prima e per i quali la domanda risarcitoria venga proposta durante la vigenza del contratto.

Anche se ambedue le formule contrattuali offrono una copertura assicurativa di un differente arco temporale (precedentemente la vigenza della polizza assicurativa ovvero successivamente), ciò non contribuisce a smorzare la particolarità dell'assicurazione della responsabilità civile nella variante *claims made*, consistente nel fatto che la copertura assicurativa è condizionata alle azioni di risarcimento del danno proposte durante la sua vigenza.

Si presenta, peraltro, come riduttivo un confronto tra i due sistemi alternative limitato al dato del decorso temporale della copertura assicurativa.

Invero, se appare improbabile per l'assicuratore essere chiamato a rispondere di un errore professionale di cui il contraente in buona fede non si sia reso conto e di cui il primo non abbia consapevolezza sulla base delle dichiarazioni rese da quest'ultimo al momento della conclusione del contratto, appare invece concreta l'eventualità che lo stesso assicuratore sia chiamato in manleva per quelle richieste risarcitorie presentate dopo la cessazione del rapporto assicurativo per fatti accaduti in corso di copertura assicurativa.

A margine, nei confronti del consumatore si può produrre un notevole sbilanciamento degli interessi contrattuali nel caso di un contratto di assicurazione della responsabilità

¹⁶ Cfr., da ultimo, Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in cui si legge che «la clausola *claims made* prevede il possibile sfasamento tra prestazione dell'assicuratore (obbligo dell'indennizzo in relazione all'alea del verificarsi di determinati eventi) e controprestazione dell'assicurato (pagamento del premio), nel senso che possono risultare coperti da assicurazione comportamenti dell'assicurato anteriori alla data della conclusione del contratto, qualora la domanda di risarcimento del danno sia per la prima volta proposta dopo tale data...e possono risultare viceversa sorniti di garanzia comportamenti tenuti dall'assicurato nel corso della piena validità ed efficacia della polizza, qualora la domanda di risarcimento dei danni sia proposta successivamente alla cessazione degli effetti del contratto».

civile con l'inserimento di clausola *claims made* mista, atteso che la copertura assicurativa è limitata ai soli eventi pregiudizievoli verificatisi entro un preciso spazio temporale antecedente la stipula del contratto stesso.¹⁷

Ed in effetti, quando si adotta tale clausola viene ristretta notevolmente la possibilità, per l'assicurato, di ricevere copertura per gli eventi antecedenti, né lo stesso assicurato può trovare un ristoro adeguato, che si avrebbe invece nel sistema *loss occurrence*, per le richieste di risarcimento avanzate nel termine, normalmente decennale, di prescrizione del diritto al risarcimento stesso per i sinistri avvenuti durante la vigenza del contratto.¹⁸

2. Sulla validità della clausola *claims made*

Dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sulla validità della clausola *claims made*.

Chi considera tali clausole nulle argomenta rilevando la natura imperativa dell'art. 1917 c.c., che deve quindi essere inserito di diritto nel contratto concluso dalle parti, anche in sostituzione della clausola difforme, in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.¹⁹

Nonostante tra le norme che non possano essere derogate nell'ambito del contratto di assicurazione l'art. 1932 c.c. ricomprenda anche taluni commi dell'art. 1917 c.c., si afferma che l'obbligo dell'assicuratore «*a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto*» rappresenti elemento essenziale senza il quale, prescindendo da

¹⁷ Si rileva che il sistema dell'assicurazione della responsabilità civile professionale è fondato, prevalentemente, sull'adozione della clausola *claims made* mista, in cui viene riconosciuta copertura alle richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel periodo di efficacia del contratto, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre tre (o anche due, talvolta) anni prima della data di avvio della efficacia medesima.

¹⁸ Nel sistema *claims made* vi è l'esigenza per l'assicurato, che cessi la propria attività oggetto di copertura assicurativa, di stipulare una nuova polizza con clausola di ultrattività c.d. *sunset clause* ove intenda conservare la garanzia per i fatti accaduti nel tempo di vigenza della polizza stessa, ma denunciati successivamente alla cessazione dell'attività. Tale esigenza, evidentemente, non sorge nell'ipotesi in cui l'assicurato stipuli un contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *loss occurrence*, che ha l'effetto di dare copertura assicurativa a tutti gli eventi realizzati durante la gestione della propria attività.

¹⁹ Parte della dottrina qualifica tale nullità come di protezione, cioè una nullità predisposta per tutelare esclusivamente una delle parti del rapporto cioè l'assicurato. In tal modo soltanto il contraente protetto risulta legittimato a far valere l'invalidità salvo il potere *ex officio* del giudice di rilevare il vizio connesso all'interesse di quest'ultimo. Sul punto cfr. GAZZARA M., *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1213.

un'esplicita previsione di legge, non sarebbe possibile sussumere il contratto concluso in regime di *claims made* sotto il *nomen iuris* di assicurazione della responsabilità civile.

Più specificatamente sostiene che la clausola *de qua* non possa ritenersi valida in quanto, condizionando la copertura assicurativa alla manifestazione di volontà del terzo di essere risarcito dei danni subiti, farebbe venire meno la causa stessa del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'inserimento di tale clausola, infatti, condurrebbe all'esclusione dalla copertura assicurativa di tutti quei fatti accaduti durante il tempo del contratto nell'ipotesi in cui i soggetti danneggiati si attivassero a chiedere il risarcimento dei danni entro il termine di prescrizione del relativo diritto ma dopo il periodo di efficacia del contratto stesso.

La logica conseguenza sarebbe quella di condizionare l'operatività del contratto di assicurazione al momento discrezionale ed eventuale in cui i pretesi soggetti danneggiati si determinino ad azionare il loro diritto ad ottenere il ristoro dei danni subiti, e non a quello oggettivamente percepibile dell'accadimento del fatto colposo, così indebolendo la natura aleatoria del contratto di assicurazione.²⁰

Avvalendosi del disposto di cui all'art. 1895 c.c. sull'inesistenza del rischio che produce la nullità del contratto di assicurazione, si è affermato che l'utilizzo della clausola *claims*

²⁰ Sulla nullità della clausola *claims made* v. in giurisprudenza: Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Giur. merito*, 1997, p. 700; App. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 503, che afferma che la clausola *de qua* produce uno stravolgimento della natura aleatoria del contratto «affidandosi alla disponibilità o al calcolo delle parti il fare rientrare un dato evento nella copertura assicurativa, che vi sarebbe, o vi sarebbe esclusa in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo». V. anche Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711, il quale argomenta che «da clausola *claims made* prevedendo la validità dell'assicurazione solo per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta dall'assicurato nel corso del periodo di efficacia della stessa, sarebbe idonea, potenzialmente, ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo così venire meno la stessa causa del contratto, qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti. In definitiva, si subordinerebbe l'operatività del contratto di assicurazione non al momento di accadimento del fatto (come vuole l'art. 1917, comma 1, c.c.), ma alla condotta discrezionale dei pretesi danneggiati...conclusione, questa, che contrasta con la finalità dell'assicurazione per la responsabilità civile che ha come scopo di tutelare il patrimonio complessivamente considerato dell'assicurato dal rischio di alterazione negativa a seguito di responsabilità per eventuali comportamenti colposi anche gravi», per cui il medesimo Tribunale individua l'art. 1917 c.c. quale «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione, la quale deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti in sostituzione della clausola difforme, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c., in quanto nulla»; Trib. Roma, 10 agosto 2006, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 1, p. 171; Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103, secondo cui l'art. 1917 comma 1 c.c. è inderogabile perché rappresenta «l'essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di una attività (...) dall'agente all'assicuratore e ciò che viene assicurato è l'attività fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria».

made lo renderebbe nullo in quanto, riconoscendo la copertura assicurativa anche ad eventi avvenuti antecedentemente alla stipula del contratto, verrebbe meno il rischio di accadimento dell'evento pregiudizievole ovvero sarebbero assicurati rischi già verificatisi, nonostante le parti non ne siano a conoscenza (cd. rischio putativo).

In particolare, in base a questo orientamento giurisprudenziale la clausola *claims made* consentirebbe di assicurare un rischio solo putativo in cui la condotta oggetto della copertura si è, verosimilmente, già svolta in passato e il rischio già concretizzato²¹.

Ciò sarebbe confortato dalla scelta del legislatore di consentire l'assicurazione di rischi putativi soltanto in casi eccezionali tassativamente previsti, come nel caso dell'art. 514 del Codice della navigazione che contempla *expressis verbis* che nell'ipotesi del rischio mai esistito o che ha cessato di esistere (o di sinistro avvenuto) prima della conclusione del contratto, l'assicurazione stessa è nulla, solo nel caso in cui la notizia dell'inesistenza, della cessazione o dell'avvenimento del sinistro sia pervenuta prima della conclusione del contratto stesso nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione.²²

Partendo dal fatto che il rischio già verificatosi sia assicurabile soltanto nel caso delle assicurazioni marittime ed a determinate condizioni, la posizione suesposta ha concluso che, in generale, nel sistema di assicurazione della responsabilità civile prevista dal codice civile italiano tale rischio non possa essere assicurato²³

Ulteriore argomento a sostegno di questa tesi si rinviene nella Relazione del Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942 ove, al n. 748, si legge che «essendosi voluto dare per l'assicurazione una disciplina di carattere generale non si sono poste (salvo che per gli articoli 1908, quarto comma, 1913 secondo comma, 1916, quarto comma, e 1917) norme particolari per i contratti relativi ai

²¹ In tal senso v. Trib. Roma, Sez. XII, 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, p. 352.

²² Per una analisi del tema del rischio putativo v. DE STROBEL D., *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 176 e FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Cicu-Messineo, 1973, p. 66.

²³ «E' chiaro che conferire cittadinanza al rischio putativo, nell'ambito delle assicurazioni terrestri, significa giungere all'assurda conclusione per cui l'ordinamento consentirebbe, in via generale, l'assicurabilità di un rischio anche solo soggettivamente esistente, con una disciplina più favorevole rispetto a quella prevista nell'ambiente di origine (il commercio marittimo), ove l'assicurazione del rischio putativo è ammessa solo qualora venga soddisfatta una stringente condizione oggettiva». Così, VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 89.

vari rami assicurativi», che sono lasciati «al regolamento convenzionale per quanto concerne le loro peculiarità»²⁴.

Peraltro, con riferimento specifico al dettato dell'art. 1932 comma 1 c.c. sulle disposizioni derogabili se non in senso favorevole all'assicurato e sostituite di diritto alle corrispondenti clausole difformi, la stessa Relazione afferma che si poneva l'esigenza di «una rigorosa tutela alla posizione dell'assicurato, spesso costretto ad accettare senza potere discutere le condizioni generali di polizza predisposte dall'assicuratore a difesa esclusiva del proprio interesse».

Ne consegue che per le argomentazioni finora delineate, allo scopo di assoggettare la materia dell'assicurazione della responsabilità civile alla disciplina di cui all'art. 1917 c.c. così escludendo la possibilità di derogarvi mediante accordi convenzionali, il sistema *claims made* non può essere sussunto sotto il *nomen iuris* di assicurazione della responsabilità civile e/o realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c.

Un altro e distinto orientamento afferma la nullità della clausola *claims made* in quanto avrebbe l'effetto di apportare modifiche al regime della prescrizione o di rendere comunque «assolutamente impossibile per il contraente esercitare il proprio diritto in violazione dell'art. 2965 cc, sia perché altera il regime della prescrizione di cui agli artt. 2952, 2935 e 2936, ugualmente limitando o impedendo completamente l'esercizio del diritto dell'assicurato»²⁵

La clausola che assoggetta l'operare della garanzia assicurativa alla convergenza temporale individuata dalla condizione che il fatto colposo, l'istanza di risarcimento del terzo e la denuncia del soggetto assicurato all'assicuratore si producano entro il periodo di efficacia del contratto di un anno, è nulla per difetto di causa di cui all'art. 1917 comma 1. c.c. poiché viene a mancare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

Invero, quando nel contratto di assicurazione della responsabilità civile è inserita la clausola *claims made*, l'operatività della garanzia assicurativa è subordinata al fatto che il terzo danneggiato presenti richiesta di risarcimento entro il periodo di efficacia del contratto con la conseguenza che, scaduto tale momento, l'assicurato decade dal diritto di richiedere alcunché all'assicuratore.

²⁴ BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, Milano, 2010, p. 341.

²⁵ Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss.

Trattandosi di nullità di una singola clausola è possibile prospettare, in conformità al principio di conservazione del contratto, la sua sostituzione di diritto *ex art.* 1419 c.c. con la clausola *loss occurrence*, sì da consentire al contratto di assicurazione della responsabilità civile di produrre i suoi effetti assicurando, in tal modo, la copertura dei fatti pregiudizievoli avvenuti durante la sua vigenza.

Delineato un quadro generale sulla validità della clausola *claims made*, si possono muovere alcune osservazioni sul tema.

Anzitutto, appare inesatto affermare che sia conforme agli elementi tipici del contratto di assicurazione della responsabilità civile soltanto quella garanzia assicurativa con copertura attribuita ai fatti avvenuti durante il periodo di efficacia del contratto, a prescindere dal momento in cui il danneggiato chiede di essere risarcito.

L'elemento centrale del contratto di assicurazione è, infatti, la copertura della responsabilità che sorge in capo all'assicurato in virtù dell'attività dedotta nel contratto, mentre la regolamentazione convenzionale dei presupposti per l'attivazione della copertura assicurativa costituisce un aspetto secondario, che non modifica in alcun modo la causa del contratto di assicurazione.

Ne consegue che la causa rimane invariata sia nel caso in cui nel contratto sia previsto che l'obbligo dell'assicuratore operi quando i fatti generatori di responsabilità si siano realizzati durante il periodo di efficacia del contratto, sia nell'eventualità che sia stata prevista l'insorgenza dell'obbligo medesimo soltanto se nel corso dello stesso periodo il terzo danneggiato manifesti la volontà di essere risarcito.

In entrambe le ipotesi, infatti, la causa del contratto consiste nel porre a carico dell'assicuratore le conseguenze economiche della responsabilità civile che possa sorgere in capo all'assicurato per l'esercizio di una determinata attività, mentre l'individuazione dei presupposti può essere soggetta ad una diversa regolamentazione convenzionale.

La scelta di quale evento selezionare come significativo, se il fatto generatore del danno piuttosto che la richiesta di risarcimento ad opera del terzo danneggiato, assume una duplice valenza: esso è espressione sia una scelta di politica contrattuale circa l'elemento che rende operante l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennità, sia di riferibilità ad un

arco temporale in quanto, ai fini dell'efficacia della copertura assicurativa, è rilevante che l'evento selezionato si sia realizzato durante il periodo di vigenza del contratto.

Invero, con l'adozione della clausola *claims made* si realizza, rispetto al modello *loss occurrence*, uno spostamento in avanti del momento in cui sorge l'obbligo assicurativo, dal momento che la copertura viene concessa purché la richiesta di risarcimento venga avanzata durante la vigenza del contratto.

A parere di chi scrive il fatto che nell'ambito del sistema *claims made* l'elemento rilevante, affinché si attivi la copertura assicurativa, sia costituito dal momento in cui viene posta in essere la domanda risarcitoria non fa venir meno, al fine di generare l'obbligo di pagamento dell'indennità, la rilevanza della condotta, lasciando invariati i profili della traslazione del rischio e dell'aleatorietà del contratto.

La previsione della clausola *claims made* non compromette, quindi, il carattere del contratto di assicurazione in quanto l'alea è legata all'avverarsi dell'evento che ha cagionato il danno nella sfera giuridica del terzo e, quindi, al conseguente insorgere dell'obbligo risarcitorio, ricoprendo valenza secondaria il tema dell'incertezza legata all'attivazione delle istanze risarcitorie.

Il rischio, elemento essenziale del contratto di assicurazione ma ad esso esterno, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile consiste nella probabilità che un sinistro determini una diminuzione nel patrimonio dell'assicurato, in virtù della responsabilità sorta a suo carico; al terzo danneggiato, però, è attribuita l'iniziativa sul se e in quale momento richiedere il risarcimento del danno, concretizzando il pregiudizio a carico dell'assicurato ed il rischio contemplato dal contratto.

Il sistema che utilizza la clausola *claims made*, quindi, non risulta in contrasto con quanto disposto dall'art. 1895 c.c. che sancisce la nullità del contratto di assicurazione per l'inesistenza del rischio.

Ciò in quanto estendere la copertura assicurativa anche ai sinistri verificatisi antecedentemente alla conclusione del contratto e per i quali il risarcimento del danno sia stato richiesto durante il periodo dell'assicurazione non fa, comunque, venir meno il rischio oggetto della copertura assicurativa.

Il rischio, diversamente, diviene rilevante solo nell'eventualità in cui la richiesta di risarcimento del danno, in conseguenza del fatto colposo dedotto in polizza, pervenga all'assicurato durante il tempo dell'assicurazione.²⁶

Nel ritenere la clausola in oggetto *contra legem* non può, poi, attribuirsi valore determinante al contenuto della Relazione del Guardasigilli al codice civile.

Anche a voler sostenere che il tipo contrattuale delineato dal legislatore rispecchi il sistema *loss occurrence*, le disposizioni di cui agli artt. 1917 e 1932 c.c., alla luce di quanto sopra esposto, convincono del fatto che l'assicurazione della responsabilità civile possa essere assoggettata a una diversa regolamentazione convenzionale; semmai sarebbe possibile qualificare il contratto di assicurazione con clausola *claims made* come contratto atipico, ma certamente non nullo.

Argomento a favore della liceità della clausola *claims made* può trarsi proprio dal fatto che l'art. 1932 c.c. preveda l'inderogabilità (se non in senso più favorevole all'assicurato) soltanto del terzo e del quarto comma dell' art. 1917 c.c., ma non del primo comma per il quale nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto.

Tale ipotesi normativa ipotizza chiaramente che la richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato possa essere avanzata anche in un secondo e successivo momento rispetto al periodo di efficacia del contratto.²⁷

A latere, la liceità della clausola *claims made* è stata affermata anche dalla Suprema Corte, per la quale il contratto di assicurazione della responsabilità civile con l'apposizione della clausola in commento non rientra nella fattispecie astratta prevista dall'art. 1917 c.c. ma costituisce un contratto atipico, da ritenersi in linea generale lecito *ex art.* 1322 c.c.²⁸

²⁶ Si applicano comunque gli artt. 1892 e 1893 c.c. che prevedono, a seconda dei casi, l'annullabilità del contratto di assicurazione o il potere di recesso dell'assicuratore nel caso di dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato su circostanze che possano incidere sulla valutazione del rischio contrattuale. Sul tema recente giurisprudenza sul contratto di assicurazione con copertura ai sinistri antecedenti al contratto stesso ha affermato che, qualora l'assicurato ne fosse a conoscenza, la garanzia non opera, potendo in tal caso l'assicuratore rifiutare l'indennizzo ai sensi dell'art. 1442, ultimo comma, c.c., ammettendo quindi implicitamente l'operatività della garanzia per i sinistri verificatisi in precedenza, ma non conosciuti dall'assicurato. In tal senso v. Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 11, in *Contratti*, 2010, p. 371.

²⁷ In dottrina v. GAGLIARDI M., *Il contratto di assicurazione: spunti di atipicità e di evoluzione*, Torino, 2009.

²⁸ V. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, 2, p. 254 e Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273.

Sotto altro e diverso profilo la clausola *claims made* non sembra nemmeno violare la normativa in materia di prescrizione e di decadenza, non incidendo sui termini per l'esercizio del relativo diritto.

Il tema della prescrizione e della decadenza potrebbe essere fondato nel caso in cui la regolamentazione convenzionale avesse l'effetto di condizionare e limitare temporalmente i tempi di esercizio del diritto al pagamento dell'indennità da parte della compagnia assicurativa. Ma, a ben vedere, nel caso della clausola *claims made* tutto ciò non è previsto.

Appare dunque inappropriato il richiamo all'art. 2936 c.c. sull'inderogabilità delle norme sulla prescrizione e all'art. 2965 c.c. sulla nullità di ogni patto con cui si stabiliscano termini di decadenza contrattuali tali da rendere eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto²⁹.

Nel dibattito³⁰ circa la validità della clausola *claims made*, reso attuale anche dalla riforma del settore dell'assicurazione obbligatoria professionale³¹, è intervenuta la Cassazione.

Con sentenza a Sezioni Unite del 6 maggio 2016 n. 9140³² la Suprema Corte, pronunciandosi in un caso inerente un contratto di assicurazione della responsabilità professionale medica con inserita una clausola *claims made*, ha inizialmente escluso che la limitazione della

²⁹ Peralto, fissare convenzionalmente il periodo di copertura va ad incidere sulla nascita dell'obbligo di indennizzo spettante in capo all'assicuratore, quindi richiamare la decadenza la prescrizione è inconferente: tali istituti operano sulla base di un diritto già sorto «mentre rispetto alle vicende escluse dalla clausola *claims made* il credito dell'assicurato verso l'assicuratore non sorge neppure». Così GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 435. Dello stesso avviso anche RIVA I., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Asv.*, 2014, p. 592 per il quale «il diritto alla prestazione assicurativa, qui, non può dirsi venuto ad esistenza, poiché esso contrattualmente sorge con la richiesta di pagamento e non con il verificarsi dell'illecito». Quindi nei casi in cui non è avanzata nel periodo convenuto una richiesta da parte del danneggiato nei confronti dell'assicurato, in capo a quest'ultimo non matura alcun diritto di indennizzo avverso la compagnia assicurativa, non sussistendo neanche la posizione soggettiva attiva in grado di legittimare il ricorso alla citata previsione.

³⁰ Tale dibattito è stato portato avanti da DE LUCA N., «*Act committed, loss occurrence claims made*» nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, pp. 721-732; GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, p. 411; LOCATELLI A., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, pp. 1030-1039; MAGNI F., *Le nuove prospettive del "claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1066; MONTICELLI S., *La clausola "claims made" tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, pp. 701-716; BUGIOLACCHI L., *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 922-937.

³¹ Sul contratto di assicurazione professionale v. BOSA S., *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, p. 256.

³² V. VERNIZZI S., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative retroattive*, in *Resp. Civ.*, 2016, pag. 861.

copertura assicurativa alle richieste di risarcimento presentate all'assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, possa integrare una decadenza convenzionale³³.

La Suprema Corte, inoltre, ha valutato come infondata l'eccezione di nullità per asserito contrasto della previsione pattizia con le regole di comportamento da osservarsi all'atto della formazione del contratto³⁴.

In ordine all'obiezione che la clausola *claims made* consentirebbe di assicurare un rischio non presente al momento della stipula del contratto assicurativo, con conseguente mancanza dell'alea ed in violazione dell'art. 1895 c.c., secondo cui il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto, la Corte ha affermato che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex artt. 1892 e 1893 c.c.* per le dichiarazioni inesatte o reticenti³⁵.

Dunque il rischio dedotto nel contratto non è rappresentato dall'incertezza dell'avveramento del sinistro (ovvero dell'evento dannoso), bensì dall'incertezza dei danni che da questo possono derivare, con la conseguenza che la situazione di rischio e, quindi, di interesse all'assicurazione *ex art. 1904 c.c.* deve essere considerata sussistente anche a fronte

³³ In seguito, il collegio giudicante ha affermato sul punto che «la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso. Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 c.c.»

³⁴ La Corte ha stabilito, infatti, che il rispetto il principio di correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (art. 1175 c.c.), della buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.) e dell'equità quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 c.c.) in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro in modo esclusivo sul piano risarcitorio.

³⁵ Sul punto, la Corte ha aggiunto che il rischio di aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta nella sola condotta materiale cui è riconducibile casualmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento.

di un sinistro già verificatosi, ma del quale sono ancora incerte - nell'*an* o nel *quantum* - le conseguenze che da esso possono derivare.

Nell'assicurazione della responsabilità civile, infatti, la nozione di rischio non descrive tanto la possibilità di un evento, futuro ed incerto, idoneo a determinare danni, quanto la possibilità di un danno futuro e incerto.³⁶

Nel sistema c.d. *claims made*, quindi, il rischio è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma anche alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, «essendo fin troppo ovvio che, ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva - insorgerà a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo»: ³⁷ per tale ragione, tale sistema con garanzia pregressa è da considerarsi lecito.

3. Le responsabilità dell'assicurato e l'obbligo indennitario dell'assicuratore

In merito alla compatibilità della clausola *claims made* rispetto al modello legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile delineato dal Codice civile, alla luce di quanto finora esposto si evince che l'orientamento ormai dominante sia quello secondo cui il contratto che presenti la *claims made* non possa farsi rientrare nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., in cui l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato di quanto deve pagare al terzo danneggiato sorge con l'accadimento del fatto, non con la richiesta di risarcimento.

Da ciò deriva, quindi, che l'introduzione della clausola c.d. *claims made* comporta che il contratto di assicurazione della responsabilità civile in questione non possa farsi rientrare nella fattispecie tipizzata dal codice costituendo, piuttosto, un contratto atipico.

Invero, il sistema codicistico, ai fini dell'attivazione della copertura assicurativa, non considera rilevante il momento della richiesta di risarcimento come si interpreta agevolmente dal contenuto dell'art. 1917 c.c., che parla «del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione», nonché dagli artt. 1913 e 1914 c.c. i quali, prevedendo rispettivamente un

³⁶ CORRIAS P., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 41-76.

³⁷ Cass., Sez. Un., civ., 6 maggio 2016, n. 9140.

obbligo di avviso del sinistro all'assicuratore ed un obbligo di salvataggio in capo all'assicurato, implicano una nozione di sinistro coincidente con l'evento pregiudizievole.

Non può portare ad una diversa conclusione, trattandosi di norma con differente oggetto e diversa *ratio* in quanto volta unicamente a determinare la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore l'art. 2952 c.c., che individua come termine iniziale il giorno in cui il terzo danneggiato abbia richiesto il risarcimento all'assicurato ovvero in quello in cui abbia promosso la relativa azione di responsabilità.

All'art. 2952 c.c. è da riconoscere, però, la funzione di evidenziare come il legislatore codicistico avesse bene in mente la distinzione fra i due momenti, cioè il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione e la successiva richiesta di risarcimento.

Ne consegue che se ai fini dell'attivazione della copertura assicurativa il legislatore avesse voluto attribuire rilevanza al secondo momento, lo avrebbe fatto espressamente nel definire la nozione del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Il concetto di sinistro rilevante ai fini codicistici si identifica, invece, con il fatto accaduto durante il periodo di efficacia del contratto di cui l'assicuratore è tenuto a rispondere anche se i danni conseguenti siano successivi alla scadenza della garanzia³⁸

Si possono però formulare delle obiezioni in ordine ai caratteri del contratto di assicurazione della responsabilità civile come sopra delineati.

Appare infatti inappropriato sostenere che l'obbligo dell'assicuratore possa concretizzarsi sulla base del mero accadimento del sinistro, senza attribuire alcuna rilevanza alla manifestazione della volontà del terzo danneggiato di essere risarcito in via stragiudiziale ovvero mediante la proposizione di un'azione giudiziaria.

Invero, il contratto di assicurazione della responsabilità civile si configura come contratto volto a tenere indenne il patrimonio dell'assicurato dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dagli obblighi risarcitori.

Alla luce di ciò, risulta non conforme alla *ratio* dell'istituto valutare che l'efficacia della copertura assicurativa si concretizzi con il mero accadimento materiale del fatto pregiudi-

³⁸ Cfr. VOLPE POTZULU G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, p. 67.

zievole, da solo non sufficiente a costituire una minaccia al patrimonio dell'assicurato,³⁹ conformemente all'inquadramento dell'assicurazione della responsabilità civile quale *species* dell'assicurazione contro i danni, qualificata anche come assicurazione di patrimonio e tradizionalmente contrapposta all'altra *species* cioè l'assicurazione di cose.

Proprio in quest'ultima il rischio investe la cosa nella sua materialità, e l'obbligo dell'assicuratore si concretizza nel risarcire l'assicurato del danno subito per la perdita o il danneggiamento del bene assicurato; diversamente, nell'assicurazione sulla responsabilità civile il rischio consiste nel cautelarsi avverso il rischio di alterazione negativa del patrimonio dell'assicurato, complessivamente considerato ed esposto a responsabilità illimitata per eventuali suoi comportamenti colposi che abbiano arrecato danni a terzi.

Ne consegue l'affermazione che mentre il danno alla cosa si manifesta in seguito al fatto pregiudizievole che la colpisce, il danno al patrimonio dell'assicurato si manifesta *ex post* rispetto alla proposizione della domanda risarcitoria da parte del danneggiato, ed è in detto momento che diviene attuale il pericolo di diminuzione patrimoniale.

Lo stesso art. 1917 c.c., poi, considera come essenziale la presentazione della domanda risarcitoria del terzo⁴⁰

Invero, la norma *de qua* indica quale presupposto ai fini dell'efficacia della copertura assicurativa, l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto debba pagare al terzo danneggiato, in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto «*in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*», facendo quindi riferimento a circostanze consequenziali al fatto accaduto, quali una richiesta stragiudiziale ovvero un'azione giudiziaria rimanendo, in mancanza di queste, la responsabilità dell'assicurato e, quindi, quella dell'assicuratore, potenziale e quiescente.⁴¹

³⁹ Cfr. BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, cit., 268, che contesta l'atipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* «perché il rischio, in ogni caso, resta quello della responsabilità civile, che rientra tra i rischi coperti dalle assicurazioni del patrimonio (dell'assicurato), garantiti dalle assicurazioni contro i danni, tutte classificazioni di tipi e sottotipi che, in conformità con l'art. 1882, fanno riferimento alla natura del rischio, del – fatto – o evento dannoso, e non alla mera delimitazione temporale del suo accadimento».

⁴⁰ Sul punto v. DE GREGORIO A.; FANELLI G.; LA TORRE A., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 162 s., 249 ss.

⁴¹ Cfr., nel senso della tipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 857.

Il pericolo di pregiudizio nel patrimonio dell'assicurato diviene infatti concreto solo nel momento in cui l'obbligo risarcitorio è acclarato stragiudizialmente ovvero quando sia divenuto certo, liquido ed esigibile.

Quanto finora esposto vale sia per il contratto con clausola *loss occurrence* che per quello con clausola *claims made*, seppur dovendo evidenziare la funzione ulteriore assunta nel secondo caso dalla manifestazione di volontà del terzo danneggiato.

Il nucleo della funzione economico-sociale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, consistente nel tenere indenne il patrimonio dell'assicurato, rimane invariato indipendentemente dall'inserimento di una clausola *loss occurrence* o *claims made*, avendo tali clausole soltanto la funzione di selezionare eventi diversi tra loro, quali il fatto pregiudizievole ovvero la richiesta di risarcimento, da cui far attivare l'obbligo assicurativo.

I due momenti, cioè quello che genera la responsabilità dell'assicurato operante in base ai canoni vevoli in campo contrattuale ed extracontrattuale ed il realizzarsi del rischio dedotto nel contratto, con la conseguente attivazione dell'obbligo dell'assicuratore, non coincidono mai

Si può quindi dubitare della natura atipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile con inserita la clausola *claims made*, in quanto la funzione del contratto medesimo non è sminuita né è venuto meno il rischio; oggetto della copertura assicurativa resta infatti sempre il fatto colposo dedotto nella polizza, che rileva solo allorquando la richiesta di risarcimento pervenga all'assicurato durante il tempo dell'assicurazione.⁴²

Seppur parte della dottrina e della giurisprudenza abbia sostenuto che la clausola *claims made* comporti un'interpretazione comunque accettabile dell'art. 1917 c.c., secondo cui per «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» dovrebbe intendersi la richiesta risarcitoria⁴³, appare opportuno evidenziare che l'evento rilevante nell'ambito dell'assicurazione

⁴² Vedasi Trib. Milano, 10 gennaio 2012, in Resp. civ. prev., 2012, p. 922 in cui si asserisce che «nell'assicurazione con clausola *claims made* non mutano né l'oggetto del contratto né la natura del rischio dedotto che resta la realizzazione della condotta negligente dell'assicurato. Ciò che si assume come criterio che qualifica il rischio stesso ai fini assicurativi è la circostanza che la richiesta di risarcimento del danno ad opera del terzo debba pervenire durante il tempo dell'assicurazione».

⁴³ Cfr. in dottrina VOLPE PUTZOLU G., *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, pp. 14 ss ed in giurisprudenza v. Trib. Novara, 13 giugno 2011, in *NovaraIUS.it*, 2012 e App. Roma, 22 marzo 2011 per il quale con la predisposizione di una clausola *claims made* si assume una definizione convenzionale della nozione di sinistro che rileva ai fini dell'art. 1917, comma 1, c.c., in quanto tale nozione viene

della responsabilità civile sia il fatto che ha arrecato pregiudizio alla sfera del terzo danneggiato, atteso che la richiesta di risarcimento deve essere necessariamente preceduta, in quanto accessoria, dalla realizzazione del sinistro.

Ma è con la presentazione della domanda risarcitoria del terzo danneggiato, che rende concreto il pericolo di *deminutio patrimonii* del soggetto assicurato, che si realizza la condizione legale di efficacia del contratto, emergendo l'obbligo indennitario a carico della compagnia assicurativa⁴⁴.

La già citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite 6 maggio 2016 n. 9140 affrontando il tema della supposta contrarietà della clausola *claims made* con la struttura tipica propria del contratto di assicurazione *ex art.* 1917 c.c., richiamando il dato testuale dell'art. 1932 c.c. che tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 c.c., ha affermato che ciò, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più opportuna, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito «*di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione deve pagare a un terzo*».

In particolare, il fatto che la clausola *claims made* circoscriva la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si inserisce pienamente nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato, non potendosi sostenere che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione⁴⁵.

D'altra parte, il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. non può essere identificato con la richiesta di risarcimento⁴⁶.

fatta coincidere con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non con il comportamento del danneggiante-assicurato, fonte di responsabilità.

⁴⁴ Ciò trova anche conferma nella disposizione di cui all'art. 2952 comma 3 c.c. che, facendo decorrere il termine di prescrizione del diritto dell'assicurato al pagamento dell'indennità dal momento in cui il terzo gli abbia richiesto il risarcimento o promosso l'azione, consente di affermare che il diritto medesimo diventi attuale ed esigibile solo nel momento delle istanze risarcitorie, conformemente al principio generale per cui la prescrizione decorre da quando il diritto può essere fatto valere.

⁴⁵ Per la Cassazione, dunque, «il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 cod. civ., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità».

⁴⁶ Non par dubbio infatti che tale fatto, inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, primo comma, ultimo periodo, c.c.) ed in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi

Inoltre, diversamente da quanto affermato dalla Cassazione⁴⁷, si ritiene - in linea con un autorevole contributo dottrinale - che la nozione di “fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione” ex art. 1917 c.c. sia tutt’altro che precisa e dettagliata.

Ciò produce che il fatto *de quo* possa essere oggetto di autonoma determinazione dei predisponenti⁴⁸ di un contratto di assicurazione senza che ciò contrasti con la struttura tipica del contratto, conformato sul modello c.d. *loss occurrence*⁴⁹.

Da tale assunto consegue, quindi, che nella tecnica assicurativa è ammissibile l’inquadramento funzionale di un nuovo e diverso elemento, cioè il sinistro che si genera nel *claims made*: tale modello, ove meritevole, può legittimamente derogare all’impianto di cui all’art. 1917 c.c. e non sussiste alcuna distonia tra il concetto di sinistro in senso tecnico assicurativo e quello discendente proprio da tale norma codicistica.

Sul fatto poi che le parti possano o no anche stabilire convenzionalmente cosa si intenda per sinistro⁵⁰ è lecito attendersi nel breve termine un parere da parte della Cassazione a Sezioni Unite, adita dalla sua III sez. con ordinanza di rimessione n. 1465 del 19 gennaio 2018⁵¹

Ciò detto, in relazione al differente tema della prescrizione del diritto del soggetto leso al risarcimento del danno, la giurisprudenza riconosce rilevanza alla previsione per la quale essa inizi a decorrere non dal momento in cui si realizza il fatto illecito stesso o dal

(art. 1913 c.c.) oltre alla previsione di un obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.), si riferisca inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l’assicurato deve rispondere.

⁴⁷ Cass. Sez. un. 6 maggio 2016 n. 9140.

⁴⁸ Sul punto giova evidenziare che lo stesso art. 1932 c.c. ammette che la delimitazione del sinistro possa essere rimessa all’autonomia privata.

⁴⁹ VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a sezioni unite, in Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, Napoli, 2016, p. 317.

⁵⁰ L’autonomia, però, incontra un limite: le parti, infatti, non possono pattuire che il sinistro non sia un evento privo dei caratteri di incertezza, possibilità, dannosità ed indesiderabilità: diversamente, l’assicurazione non potrebbe distinguersi dalla scommessa. Nella scommessa il rischio è creato artificialmente, mentre nell’assicurazione il rischio è effettivamente esistente.

⁵¹ Cass. civ., sez. III, ordinanza di rimessione n. 1465, 19 gennaio 2018, in *Italgjure*.

In particolare, la rimessione riguarda due aspetti estremamente significativi per il contratto di assicurazione complessivamente considerato: a) se nell’assicurazione della responsabilità civile sia consentito alle parti convenire che per “sinistro” debba intendersi, sia ai fini del pagamento dell’indennizzo sia a tutti gli altri fini contrattuali, un evento diverso dalla causazione di un danno a terzi da parte dell’assicurato-responsabile, quale la ricezione, da parte sua, di una richiesta di risarcimento proveniente dal danneggiato; b) se il patto atipico di esclusione dell’indennizzo per le richieste postume (cd. clausola *claims made*), nella parte in cui esclude il diritto dell’assicurato all’indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto, debba considerarsi o meno diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

momento in cui il pregiudizio stesso si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui inizi ad essere percepito dal danneggiato con l'uso dell'ordinaria diligenza, potendo sussistere anche un notevole distacco temporale tra momento dell'inadempimento e quello della consapevolezza dell'imputabilità degli eventi, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo altrui⁵².

La fattispecie genetica dell'obbligo dell'assicuratore della responsabilità civile coincide con la richiesta, stragiudiziale o giudiziale, di risarcimento del danno ad opera del danneggiato, che ha effetto di rendere attuale il dovere di pagamento dell'indennità assicurativa e far decorre il relativo termine di prescrizione.⁵³

Tra l'altro, anche con l'inclusione della clausola *loss occurrence* l'azione del danneggiato rappresenta una condizione affinché sorga l'obbligo di protezione giuridica, in forza del principio generale per cui la prescrizione decorre solo dal momento in cui il diritto possa essere fatto valere⁵⁴.

Appare allora opportuno distinguere il momento in cui sorge il diritto dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore da quello successivo in cui si realizza l'evento dannoso, potendosi infatti scomporre la nozione di evento dannoso in una duplice accezione: come sinistro, idoneo a generare danno nel patrimonio dell'assicurato *ex art. 1882 c.c.* e come fatto

⁵² Sul punto cfr., tra le tante, Cass. civ., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781; Cass. civ., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno resp.*, 2003, p. 845; Cass. Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Mass. Giur. it.*, 2008. Il riferimento va, ad esempio, al caso dell'azione risarcitoria da danno lungolatente (si pensi alla contrazione di contagi per cui, verosimilmente, può esistere una differenza temporale tra il momento della contrazione del male e quello dell'acquisita consapevolezza dell'eziologia degli eventi). Sul punto cfr. Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, 1, p. 451, in cui si legge «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito da chi abbia contratto per contagio una malattia decorre dal giorno in cui essa viene percepita quale danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa, ovvero può essere percepita come tale, in relazione all'ordinaria diligenza del soggetto leso e tenuto conto delle comuni conoscenze scientifiche dell'epoca». A tale orientamento si contrapponeva quello tradizionale che, riconoscendo rilievo alla formulazione testuale dell'art. 2947 c.c., faceva decorrere il termine prescrizione dal momento causativo del danno, indipendentemente dalla sua manifestazione esteriore e dalla conoscibilità da parte del danneggiato (cfr., in tal senso, Cass. civ., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 2004, p. 389 ss.; Cass. civ., 19 novembre 1999, n. 12825, in *Giust. civ. Mass.*, 1999).

⁵³ Nel senso della tipicità della clausola, facendo leva anche sul disposto dell'art. 2952 c.c., cfr. DE GREGORIO A.; FANELLI G., *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1987, p. 162.

⁵⁴ Può quindi affermarsi che nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile il diritto al pagamento dell'indennizzo assicurativo sorga allorquando persistano sia l'accadimento del fatto pregiudizievole che la richiesta di risarcimento ad opera del terzo danneggiato.

accaduto durante il tempo dell'assicurazione, da cui deriva il pregiudizio nella sfera del terzo⁵⁵.

Invero, sul punto sussistono due orientamenti⁵⁶.

Il primo asserisce che l'evento pregiudizievole che colpisce il terzo danneggiato si manifesta all'esterno mentre l'evento riguardante l'assicurato è pregiudizievole in senso giuridico, in quanto il danno deriva dalla richiesta di risarcimento o, comunque, dalla composizione stragiudiziale della controversia ovvero dalla sentenza di condanna, che rendono il credito del danneggiato diviene liquido ed esigibile.

Il secondo focalizza l'attenzione sul fatto che il diritto dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore diviene attuale e concreto quando il terzo manifesta, anche in via stragiudiziale, la volontà di essere risarcito.

Ma è chiaro che l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore diventa concreto, in quanto definito nei suoi elementi essenziali, mediante la determinazione dell'entità del risarcimento⁵⁷.

A tal fine, si richiede la quantificazione del risarcimento dovuto dall'assicurato che rappresenta anche il *quantum* dell'indennizzo: ciò può avvenire mediante composizione convenzionale tra le parti ovvero, in caso di contrasto, a seguito di pronuncia giudiziale.

Infine, circa la natura tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* parte della dottrina⁵⁸ ritiene che il tipo contrattuale presenta una elasticità tale da consentirgli, nello svolgimento del contratto, le modificazioni di taluni suoi

⁵⁵ Tra i due eventi vi è, evidentemente, un legame di consequenzialità perché il danno nella sfera dell'assicurato esiste in quanto esiste il danno nella sfera del terzo di cui il primo risponde quale soggetto responsabile.

⁵⁶ Sul punto la giurisprudenza appare ancora in disaccordo. A favore dell'orientamento che ritiene necessario un accertamento del giudice affinché l'assicuratore sia obbligato v. Cass. civ., 22 maggio 1998, n. 5137, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce Assicurazione (contratto), p. 116; Cass. civ., 1° luglio 1995, n. 7330, in *Ass.*, 1996, II, 2, p. 13; Cass. civ., 14 ottobre 1993, n. 10170, in *Dir. econ. ass.*, 1994, p. 330. A favore della manifestazione giudiziale o stragiudiziale del terzo per ottenere il risarcimento, v. Cass. civ., 28 agosto 2000, n. 11228, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1240.

⁵⁷ In altre parole, al fine del manifestarsi dell'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore concretamente determinato in ogni suo elemento non risulta sufficiente il mero realizzarsi del sinistro ma è imprescindibile una determinazione del suo importo.

⁵⁸ In dottrina v. GIORGIANNI M., voce Causa (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960; SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1966, p. 785 ss.; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969; DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 8 maggio 2006 n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, I, p. 2203; Cass. Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. Sez. Un. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 904.

elementi o integrazioni pur conservando i caratteri fondamentali, con la possibilità, quindi, di essere sussunto comunque nel tipo astratto⁵⁹

Non può, pertanto, essere messa in discussione la tipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, che trova la sua fonte negoziale e regolamento contrattuale nella disciplina del contratto tipico di assicurazione sulla responsabilità civile, sussistendo la medesima funzione e/o causa del negozio individuata nel bisogno sociale di tenere indenne l'assicurato.⁶⁰

Vi è, comunque, chi giustifica in altro modo la riconduzione al tipo contrattuale: ciò sul presupposto che il legislatore, contrariamente all'impostazione tradizionale, individua elementi e criteri eterogenei per i diversi tipi contrattuali ovvero qualifica un elemento contrattuale come essenziale quando la sua assenza non consente di sussumere il contratto medesimo nella fattispecie legale⁶¹.

Proprio a taluni singoli contratti il legislatore ha attribuito tratti distintivi attinenti alla natura della prestazione⁶², alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto della negoziazione, al fattore tempo o al modo di perfezionamento.

Applicando le osservazioni appena esposte sulla eterogeneità degli elementi che implicano l'inquadramento di un contratto in un particolare tipo, si può confermare che la funzione/causa tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile sussista anche nella versione *claims made*.

Non può, in conclusione, nemmeno affermarsi che la clausola *claims made* utilizzi in modo atipico il fattore tempo, adottando quale riferimento temporale per il realizzarsi della

⁵⁹ V. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 15 per il quale «...si può osservare che quanto più l'interprete è disposto a tollerare deviazioni dallo schema legislativo, giudicandole inidonee a snaturare il contratto, tanto più si allarga l'ambito di applicazione del tipo. Di conseguenza, ogni qual volta si trova affermato che una determinata clausola è solo un naturale *negotii*, che una norma della disciplina del tipo è derogabile, che una clausola in deroga è compatibile con il tipo e non lo snatura, in tutti questi casi è aperta la strada alla riconduzione a quel tipo».

⁶⁰ In tal senso cfr. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, rist. II ed., Torino, 1960, pp. 185-186; PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 114; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, VIII ed., Napoli, 1964, p. 173; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, t. 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Ciccu-Messineo, Milano, 1968, p. 62. In giurisprudenza v. Cass. civ., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 603.

⁶¹ Cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 59 ss.

⁶² Nel caso della natura della prestazione, sussistono casi in cui essa risulta essere finalità principale del contratto o elemento strumentale dello stesso: si pensi, ad esempio, alla custodia laddove si confrontano contratti di deposito e comodato.

copertura assicurativa la circostanza che durante il periodo di vigenza della polizza, vengano avanzate le istanze risarcitorie del terzo, concretizzandosi solo in quel momento il rischio dedotto in contratto.

Tale previsione, infatti, costituisce soltanto un elemento discrezionale dell'efficacia della copertura assicurativa che non altera il rischio alla cui copertura tende il contratto e ne individua la funzione, analoga, sia nella versione *loss occurrence* che *claims made*, non facendo venir meno il suo inquadramento tipologico del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

4. *Vessatorietà della clausola claims made?*

Sul tema della vessatorietà *ex art.* 1341 c.c. della clausola *claims made*⁶³ erano stati avanzati dubbi in quanto la stessa, limitando la copertura ai sinistri denunciati durante la vigenza del contratto, poteva avere l'effetto di ridurre l'ambito della responsabilità dell'assicuratore così come delineato dall'art. 1917 c.c.

Così facendo la clausola *de qua* poteva farsi rientrare quindi nella categoria delle patuizioni che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore del predisponente⁶⁴

Anzitutto va detto che con riguardo al contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale, il rapporto sussistente tra soggetto assicuratore e soggetto assicurato non è tra professionista e consumatore.

Non possono essere considerati consumatori i liberi professionisti che stipulano polizze inerenti la loro attività lavorativa: ne consegue che tale materia resta al di fuori del campo di applicazione del D.lgs. 6.09.2005 n. 206 c.d. Codice del Consumo.

In secondo luogo le clausole limitative della responsabilità delimitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o circoscrivono il rischio garantito: diversamente, le clau-

⁶³ Cfr. in dottrina, sulla disciplina delle clausole vessatorie nel settore delle assicurazioni, MARIOTTI P., SERPETTI A.B., *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, Milano, 2011.

⁶⁴ In tal senso cfr. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, cit., ove si legge che «...una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di colui che l'ha predisposta a condizione che essa restringa (ad es. sotto il profilo quantitativo, spaziale o temporale) l'ambito obiettivo di responsabilità, così come fissato, con più ampia estensione, da precetti normativi (o da altre clausole generali)... non possono, pertanto, qualificarsi vessatorie quelle clausole che abbiano per contenuto una mera determinazione dell'effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione».

sole inerenti il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa, che altro non fanno che meglio specificare il rischio garantito, attengono all'oggetto del contratto⁶⁵

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile accompagnato dalla *claims made* non comporta, invero, alcuna attenuazione dell'obbligo dell'assicuratore nel coinvolgimento nel rischio-

Esso, semmai, incide sulla qualificazione dell'obbligo medesimo: infatti la compagnia assicurativa resta obbligata all'indennizzo per i fatti dell'assicurato sia nel sistema del *claims made* che in quello *loss occurrence* essendo solo diverso, tra i due sistemi, l'evento selezionato da cui far dipendere l'attivazione dell'obbligo.

Né può dirsi operante una limitazione di responsabilità in quanto questa sussisterebbe solo nel caso in cui l'ambito della stessa e le conseguenze delle colpe poste a carico dell'assicurato fossero più ampie rispetto a quelle poste a carico dell'assicuratore.

Si ritiene all'uopo che se le clausole del contratto di assicurazione della responsabilità civile specificano il rischio assicurato,⁶⁶ prevedendo un determinato meccanismo procedurale complesso ed articolato per l'attivazione della copertura assicurativa,⁶⁷ esse attengono ad una mera individuazione dell'oggetto del contratto.

⁶⁵ In tal senso cfr. Cass. civ., 10 novembre 2009, n. 23741; Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno resp.*, 2007, p. 905; Cass. civ., 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1895. Su tale scia Cass. civ., 26 giugno 2012, n. 10619, in *Danno resp.*, 2012, p. 713, esclude che abbiano carattere vessatorio «quelle clausole le quali, come quella ricorrente nel caso di specie, mirino soltanto a delimitare l'oggetto della garanzia prestata sotto il profilo temporale, fissando la durata entro cui i rischi restano assicurati».

⁶⁶ Si veda l'art. 34 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) per il quale «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto». Si veda anche il Considerando 19 della Direttiva n. 93/13 in materia di clausole abusive che prevede la non operatività delle norme poste a tutela del consumatore per le pattuizioni che riguardano gli elementi maggiormente qualificanti del rapporto di assicurazione, specificandosi che «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurativo e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore».

⁶⁷ La giurisprudenza ha sancito che la clausola *claims made* risulta vessatoria se la sua applicazione è circoscritta nel tempo prevedendo una limitazione retroattiva della responsabilità a carico dell'assicuratore (cfr., in tal senso, Trib. Milano, 18 marzo 2010 e Trib. Bari, 12 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2558). Ciò si verifica quando la clausola sia elaborata nella forma mista rispetto al sistema *loss occurrence* prevedendo una copertura assicurativa per richieste di risarcimento formulate durante il tempo dell'assicurazione purché il fatto illecito si sia verificato entro un certo lasso temporale precedente rispetto al contratto stesso, o, analogamente, quando si preveda copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di assicurazione, purché relative a fatti avvenuti durante la validità del contratto (cfr., in tal senso, Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Notariato*, 2007, 5, p. 495 e Cass. civ., 29 maggio 2006, n. 12804, in *Mass. Giur. it.*, 2006). Si osserva inoltre che se le parti, in sede di predisposizione del regolamento contrattuale, hanno fatto riferimento al momento della richiesta risarcitoria ai fini della copertura assicurativa, ogni previsione che introduce un riferimento alla data dell'accadimento (*claims made* spuria) risulta limitativa della responsabilità

Sulla vessatorietà della *claims made ex art. 1341 c.c.* rileva la pronuncia della Suprema Corte del 10 novembre 2015n. 22891⁶⁸.

Essa opera un discrimine tra clausola che delimita l'oggetto del contratto e clausola con funzione limitativa della garanzia assicurativa, per la quale si renderebbe soltanto necessaria la specifica sottoscrizione *ex art. 1341*, comma 2, c.c.

A ben vedere, però, la clausola *claims made* non determina alcuna limitazione di responsabilità a vantaggio dell'assicuratore: essa circoscrive soltanto *ab origine* l'area dell'evento in base al quale sorge l'obbligazione indennitaria ed il credito dell'assicurato avverso l'assicuratore⁶⁹.

In altre parole la clausola *claims made* conforma il regolamento contrattuale nella definizione dell'*an* e del *quantum* della prestazione indennitaria assicurativa, dell'oggetto del contratto, senza restringere la partecipazione patrimoniale dell'assicuratore alle conseguenze pregiudizievoli provocate dagli eventi assicurati⁷⁰

Sotto dissimile profilo si deve anche escludere che la clausola *claims made* possa ridurre i sinistri di cui debba rispondere l'assicuratore: se da un lato, infatti, essa opera un differimento dell'efficacia della copertura assicurativa dal momento del fatto a quello della richiesta di risarcimento, dall'altro comporta l'indennizzabilità dei danni provocati da fatti verificatisi anche nel tempo precedente la stipula della polizza, con l'effetto di realizzare un sostanziale arretramento temporale della copertura assicurativa medesima.

dell'assicuratore. E quindi la clausola invalida, nel caso di mancata specifica approvazione per iscritto *ex art. 1341*, comma 2, c.c., deve essere sostituita da quella *claims made c.d. pura*, ossia senza alcuna limitazione temporale. Senza invalidità risulterebbe violata l'autonomia negoziale delle parti che hanno voluto regolare la assicurazione per la responsabilità civile professionale con modalità differenti rispetto alle previsioni codicistiche.

⁶⁸ Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529, con nota di LOCATELLI L., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 361, con nota di FERMEGLIA M., *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, secondo la quale: «Il Collegio ritiene opportuno avvertire che, nel rendere la presente decisione è ben consapevole che, con decreto del 27 marzo 2015, il Primo Presidente Aggiunto ha ritenuto di rimettere alle Sezioni Unite la decisione dei ricorsi iscritti ai numeri di ruolo generale 13729/2012, 8815/2014 e 5472/2014, in quanto prospettanti la questione di particolare importanza della natura della clausola *claims made* e, secondo l'istanza delle parti ricorrenti, nella supposta presenza di un contrasto fra la sentenza n. 5624/2005 e le sentenze nn. 3622/2014 e 2872/2015».

⁶⁹ La sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite 6 maggio 2016 n. 9140 già esaminata risulta allineata con questo orientamento laddove riconosce che il patto *claims made* circoscrive, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, delineando così l'oggetto senza limitare la responsabilità nell'ambito dello schema contrattuale.

⁷⁰ Cfr., in tal senso, GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, p. 442.

Un contemperamento dell'operatività della copertura assicurativa ai fatti antecedenti alla stipula del contratto si rinviene, invece, nell'applicazione combinata del disposto degli artt. 1892, 1893 e 1895 c.c.

Tali articoli prevedono l'obbligo in capo all'assicurato di fornire all'assicuratore, al momento della conclusione del contratto, una reale rappresentazione degli eventi pregressi in grado di incidere sulla propria responsabilità: tale circostanza limita decisamente la possibilità che sopraggiunga, in modo inaspettato, una richiesta di risarcimento per detti eventi.

Invero, nel sistema *claims made* l'equilibrio delle posizioni di assicurato ed assicuratore si può riscontrare solo confrontandolo con il sistema *loss occurrence* in cui il sinistro viene identificato con il fatto che ha recato le conseguenze pregiudizievoli ed in cui la copertura assicurativa è operativa per il fatto materialmente accaduto durante la vigenza del contratto.

Nel sistema *loss occurrence* è poi possibile che la richiesta di manleva possa essere rivolta all'assicuratore anche a distanza di anni dalla scadenza della polizza stessa ovviamente sempre entro il termine di prescrizione del diritto del danneggiato.

Nella richiamata sentenza 6 maggio 2016 n. 9140 la Cassazione si è pronunciata anche circa il profilo della meritevolezza di tutela della deroga convenzionale al regime legale previsto dall'art. 1917 cui si assiste con l'apposizione di clausola *claims made*.

Essa ha affermato l'infondatezza di ogni censura di immeritevolezza con riferimento alle clausole *claims made* cd. pure che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto⁷¹ la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito⁷².

5. *La prima volta della claims made nell'ordinamento italiano nella assicurazione obbligatoria dell'avvocato e la necessità di attenzionare il tema dell'equilibrio economico del contratto*

⁷¹ L'immeritevolezza non può affermarsi invece *sic et simpliciter* per le clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento.

⁷² I principi di diritto enunciati dalla Cassazione a sez. unite con sentenza 6 maggio 2016 n. 9140 sono i seguenti: a) nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; b) tale clausola, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al D.lgs. 6 Settembre 2005 n. 206 c.d. Codice del consumo per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

L'esigenza sottesa alla stipula di contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, rivolti a dare copertura ai sinistri per cui sia avanzata richiesta di risarcimento durante la vigenza della polizza, è quella di ridurre lo spazio temporale che esiste normalmente, nel caso in cui venga adottato il sistema tradizionale ovvero quello convenzionale alternativo del *loss occurrence*, tra il realizzarsi del sinistro e la vigenza della polizza assicurativa medesima.

Il fine è quello di consentire all'assicurato di disporre di una copertura assicurativa più consona ai propri interessi, sia sotto il profilo dell'evento assicurato che per la copertura concessa, con riguardo al tempo in cui venga azionata la richiesta di risarcimento, adeguando il contratto di assicurazione alla realtà dei tempi, alla evoluzione della tecnica assicurativa, nonché alla misura del massimale⁷³.

La clausola *claims made*, predisposta unilateralmente dall'assicuratore, risponde indubbiamente anche alle esigenze delle compagnie in quanto consente a queste ultime una più efficiente quotazione del rischio e una migliore predisposizione delle riserve sotto il profilo della gestione aziendale, neutralizzando l'alea di richieste risarcitorie avanzate successivamente alla fine del rapporto.

Le osservazioni appena svolte in merito agli interessi delle compagnie assicurative a favorire la stipula di polizze *claims made* non possono comunque essere utilizzate per sostenere l'esistenza, in materia, di un abuso di posizione dominante⁷⁴ da parte delle compagnie medesime, mancando uno dei presupposti di tale nozione cioè il comportamento dell'imprenditore/professionista che, abusando della posizione di dipendenza economica di

⁷³ Cfr. MARIOTTI P., GUACCI A., GUACCI P., *La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione*, Milano, 2004, p. 126, ove si evidenzia che le clausole *claims made* sono nate per «rispondere alle esigenze assicurative delle imprese di produzione di beni, le quali, se avessero utilizzato la copertura assicurativa RCT tradizionale, collegata al fatto generatore del danno, si sarebbero trovati privi di garanzia in numerosi casi, poiché per l'operatività della medesima garanzia occorreva che l'errore di fabbricazione determinativo della responsabilità avrebbe dovuto verificarsi in pendenza di contratto, con la conseguenza che sarebbero rimasti fuori garanzia tutti i sinistri relativi a prodotti fabbricati e distribuiti in epoca antecedente alla stipulazione della polizza e ciò in contrasto con l'interesse del contraente che voleva garantirsi per tutti gli eventi dannosi originati dalla merce già in circolazione presso il pubblico».

⁷⁴ Il divieto di abuso di posizione dominante nelle relazioni contrattuali si individua nell'art. 3 della l. n. 287/1990 che vieta l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, oltre a vietare l'imposizione diretta o indiretta di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. Anche l'art. 9 della l. n. 192/1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice.

un altro imprenditore/professionista, determini, a proprio vantaggio e nella regolamentazione dei rapporti commerciali, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi in dispregio dei canoni di buona fede e correttezza⁷⁵.

Gli argomenti sviluppati in questo scritto dimostrano che l'inserimento della clausola *claims made* abbia la mera funzione di specificare il rischio assicurato, senza apportare alcuna limitazione di responsabilità a vantaggio delle compagnie assicurative, non rispondendo ad esigenze a loro riservate in modo esclusivo e dunque non rappresentando una ipotesi di vessatorietà.

Preme segnalare, però, che la maggiore criticità del sistema *claims made* si manifesta nel caso di stipulazioni successive nel tempo, o di passaggio da una polizza ad un'altra, magari anche con la stessa compagnia assicurativa⁷⁶, sussistendo un forte rischio di vuoto di copertura nonostante l'assicurato sia stato costantemente assicurato nel tempo corrispondendo i relativi premi senza alcuna interruzione.

Su tale aspetto, concernente il mercato delle polizze della responsabilità civile professionale, è intervenuta l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato⁷⁷, che ha censurato un possibile effetto distorsivo della concorrenza in caso di adozione del sistema *claims made* sul presupposto che possa ostacolare il passaggio di fatto da una compagnia all'altra e quindi la concorrenza tra operatori del sistema assicurativo⁷⁸.

Le ipotesi di possibili vuoti di copertura possono essere le più varie.

A titolo esemplificativo e non esaustivo si pensi al caso in cui l'assicurato, in pendenza di una polizza, sia consapevole di aver posto in essere una condotta colposa il cui pre-

⁷⁵ Sul punto cfr. Sez. Un. civ., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 10, p. 2054, secondo cui «l'abuso di dipendenza economica, disciplinato nel contesto della legge sulla subfornitura nelle attività produttive, è fattispecie di applicazione generale, come tale invocabile in ogni rapporto contrattuale nel quale sia ravvisabile un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti». In dottrina cfr. DI BIASE A., *La vocazione allargata del divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese: limiti e presupposti applicativi*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. II, Milano, 2008, p. 1073 ss.

⁷⁶ Si è diffusa una prassi per la quale alcune compagnie alla scadenza naturale del contratto stipulano una nuova polizza anziché rinnovare precedente.

⁷⁷ Il riferimento è al parere della Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, 4 luglio 2014, n. AS1137.

⁷⁸ È indubbio infatti che l'assicurato - pur soggiacendo al potere delle compagnie di recedere in qualsiasi momento - sia indotto a non mutare compagnia assicuratrice, a causa del timore di vedersi opposto dalla nuova compagnia il rifiuto di indennizzo per fatti accaduti durante la vigenza del precedente contratto e che l'assicurato non avrebbe comunicato in fase di sottoscrizione della nuova polizza. Sul punto anche MAGNI F.A., *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 810. In giurisprudenza, questo profilo è riscontrabile in Trib. Roma, 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, p. 1162.

giudizio da essa derivante sia destinato a manifestarsi in un tempo successivo (c.d. *long-tail claims*) e, nel frattempo, la polizza vigente al momento in cui si è verificato il fatto cessi di avere efficacia, giungendo la richiesta di risarcimento nel momento in cui è stata sottoscritto un nuovo contratto.

È chiaro che il predetto sinistro rimarrebbe privo di garanzia, tenuto conto che il nuovo assicuratore opporrà il disposto di cui all'art. 1892 c.c. stante la consapevolezza dell'assicurato, al momento della sottoscrizione della polizza, di aver posto in essere una condotta colposa.

All'assicurato sarà poi opposta la non operatività della copertura anche da parte dall'assicuratore sottoscrittore della polizza vigente nel momento in cui sia stata posta in essere la condotta colposa.

Viene a mancare, infatti, l'elemento caratteristico del sistema *claims made*, cioè la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato nel periodo di efficacia della predetta polizza.

Le situazioni di criticità possono essere scongiurate affinando le tecniche di redazione dei contratti e ricorrendo alla clausola generale di buona fede, sia nell'interpretazione che nell'esecuzione del contratto quale fonte integrativa *ex art. 1374 c.c.*⁷⁹

Al di là di tutto, comunque, il tema della clausola *claims made* nei contratti sulla responsabilità civile è sempre vivo nel panorama giurisprudenziale italiano⁸⁰.

⁷⁹ Sull'art. 1375 c.c., quale ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 c.c., integra il contratto, si segnala, FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentario*, in Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2013; CAPOBIANCO E., *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Regolamento, II, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 414. Il tema è ampiamente trattato da RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 117; GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, sub. art. 1375 c.c., Bologna-Roma, 1993, p. 117. In senso diverso, invece, SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *I Contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, p. 1173.

⁸⁰ Recentemente la Cassazione sez. III civile con sentenza 28 aprile 2017 n. 10506 ha affermato che «la clausola *claims made* impura, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva opera solo se tanto il danno quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo intervengano durante il tempo dell'assicurazione, non contemplando alcuna garanzia "postuma", costituisce un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.». Ciò in quanto, per i giudici, la *claims made* impura attribuisce un ingiusto e sproporzionato vantaggio all'assicuratore ponendo invece l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione. Ancora, la Cassazione civile sez. III con sentenza 23 novembre 2017 n. 27867 ha affermato che «in tema di responsabilità professionale, non è da considerarsi vessatoria la clausola '*claims made*' ai sensi dell'art. 1341 c.c., nel caso in cui la stessa non sia in grado di limitare la responsabilità dell'assicuratore e sia esclusivamente finalizzata a circoscrivere l'oggetto di copertura dell'assicurazione». Per il Tribunale di Udine, sez. II, 03

Ciò deriva, anzitutto, dalla mutata *ratio* sottesa alla responsabilità civile: tale istituto non è più concepito come sanzione, predisposta nei confronti del danneggiante, in grado di colpire una trasgressione cosciente di un dovere giuridico⁸¹ bensì come mezzo riparatorio del pregiudizio arrecato.

Appare poi evidente, in secondo luogo, che la *claims made* rappresenti il futuro prosimo del mercato assicurativo⁸²

Sul questo punto, lo scorso 11 novembre 2017 è scaduto il termine entro il quale dovevano fissarsi condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative rivolte agli avvocati⁸³ stante il Decreto del Ministero della Giustizia 22 settembre 2016 attuativo dell'obbligo di cui all'art. 12 della Legge 31 dicembre 2012 n. 247.

Per la prima volta in Italia la *claims made* è stata oggetto di normazione: si rinviene nell'art. 2 comma 1 del citato Decreto per il quale «l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza».

La disposizione richiamata introduce nell'ordinamento italiano anche la c.d. *deeming clause*, cioè quella clausola di origine anglosassone che copre anche le richieste di risarcimento giunte dopo la scadenza della polizza che siano conseguenti e/o collegate a “circostanze” che siano state denunciate in corso di vigenza della polizza stessa⁸⁴.

Maggio 2017 n. 613 in tema di assicurazione invece «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela le clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro. In tale ipotesi va seguito un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 comma 1 c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione».

⁸¹ La funzione riconosciuta dalla tradizione alla responsabilità civile è riassunta nella formula di Grozio *ut nemo laedatur*, perché nessuno subisca la lesione dei propri diritti.

⁸² Il modello *claims made* appare nettamente più efficiente in quanto le polizze tradizionali risultano inadatte sia per le compagnie sia per i soggetti assicurati, in particolar modo quando si discute di rischi derivanti da danni lungolatenti.

⁸³ E, più in generale, di tutti i professionisti soggetti ad assicurazione obbligatoria in virtù dell'art. 3 comma 5 let e del D.l. 13 Agosto 2011 n. 148 convertito con modificazioni nella Legge 14 Settembre 2011 n. 148.

⁸⁴ Diversamente dalle polizze tradizionali presenti del mercato italiano con le quali si può aprire un sinistro esclusivamente in caso di sussistenza di una concreta richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, nelle polizze *all risk* si prevede una denuncia da parte dell'Assicurato anche prima della concreta formalizzazione della richiesta di risarcimento, estendendosi anche a tutte quelle circostanze che siano tali da far presumere oggettivamente che la richiesta di risarcimento giungerà in un futuro più o meno prossimo. In tale circostanza il momento di apertura del sinistro sarà quello della denuncia della relativa circostanza in corso di vigenza della polizza e quindi la richiesta di risarcimento sarà in copertura anche se pervenuta dopo la scadenza della polizza stessa. Tale clausola è assai rilevante nel caso in cui il professionista sia a conoscenza di circo-

Dovendo concludere, si ribadisce che l'inserimento di una clausola *claims made* in un contratto di assicurazione sulla responsabilità professionale specifica esclusivamente il rischio assicurato, senza implicare limitazioni di responsabilità a vantaggio delle compagnie, non rispondendo inoltre alle esclusive esigenze di queste ultime.

La stessa *claims made* non può definirsi vessatoria *ex art. 1341 c.c. comma 2* dato che tale disposizione è incentrata soltanto su clausole in grado di escludere o limitare in maniera preventiva le conseguenze imputabili al debitore stante un suo inadempimento⁸⁵.

Ad avviso di chi scrive nel campo delle polizze assicurative per responsabilità civile per ottenere una tutela appropriata è opportuno riferirsi all'obbligo di informativa precontrattuale previsto dal Codice delle Assicurazioni private di cui al D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 per gli intermediari.

In particolare, due disposizioni – l'art. 166⁸⁶ e l'art. 183⁸⁷ del richiamato Codice – permettono un efficiente controllo sul contratto e possono essere invocate agevolmente in caso di contrasti, errori o omissioni in termini di informazioni precontrattuali tra l'assicuratore ed il soggetto assicurato

stanze rilevanti (ovvero oggettivamente suscettibili di causare o aver causato un sinistro) e voglia passare da compagnia assicurativa ad un'altra o nel caso in cui, pur restando con la stessa compagnia, la polizza non preveda il tacito rinnovo: infatti tutte le polizze escludono dalla garanzia, oltre che, ovviamente, tutte le richieste di risarcimento vere e proprie già avanzate da terzi all'assicurato, anche quelle eventualmente derivanti da circostanze rilevanti già note all'assicurato al momento della stipula.

⁸⁵ Rifarsi al tema della vessatorietà risulta inappropriato anche in quelle fattispecie nelle quali la compagnia assicurativa è in posizione di dell'aderente, ovvero il soggetto nel cui interesse la disciplina di cui all'art. 1341 c.c. è dettata. Si pensi ai contratti di assicurazione sulla responsabilità civile stipulati da aziende pubbliche. In tale ipotesi è l'azienda pubblica che, nell'ambito di una procedura di gara conforme al D.lgs. 50/2016, sottopone un testo di polizza rispetto al quale l'impresa di assicurazione aggiudicataria deve poi aderire. Pertanto, paradossalmente, sarebbe esattamente quest'ultima a dover approvare specificatamente una clausola che risulta già ad essa favorevole.

⁸⁶ Per l'art. 166 del Codice delle Assicurazioni private «1. Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente. 2. Le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza».

⁸⁷ Per l'art. 183 del Codice delle Assicurazioni private «1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati».

Violare un dovere informativo integra fuor di ogni dubbio una ipotesi di responsabilità precontrattuale: l'intermediario, in tale ipotesi, è obbligato al risarcimento del danno che si quantifica, di norma, nella misura del risarcimento che l'assicurato fosse chiamato a pagare in quanto sprovvisto di equa copertura⁸⁸.

La clausola *claims made* incide unicamente sulla determinazione temporale del rischio e non sulla natura dello stesso⁸⁹.

Ne consegue che quando si discute di *claims made* occorre attenzionare non già la tematica della vessatorietà od il controllo sulla meritevolezza della causa *ex art.* 1322 comma 2 c.c. bensì il tema dell'equilibrio economico del contratto.

Se la clausola *claims made* risulta immeritevole, infatti, la sua nullità comporta analogicamente l'applicazione di quanto di cui all'art. 1419 comma 2 c.c. cioè l'inserimento automatico dello schema base del contratto di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c.

Tale meccanismo produce, con tutta evidenza, un danno in capo agli interessi dell'assicuratore⁹⁰.

Ecco allora che un controllo del giudice sul contenuto economico del contratto sostiene uno strumento rimediabile in grado di proteggere il mercato assicurativo della responsabilità civile, essendo orientato alla conservazione del contratto.

Se infatti il giudice dovesse accertare una differenza in termini di equivalenza tra le prestazioni dedotte nel contratto, la nullità colpirebbe quella clausola, parzialmente priva di causa, unicamente nella sua parte di eccessività con il conseguente diritto, per il soggetto assicurato, di restituire la parte di premio indebitamente corrisposta.

Sul punto, giova rilevare che l'art. 1419 primo comma c.c. differenzia la nullità parziale del contratto dalla nullità delle sue singole clausole: per tal motivo si può verificare una nullità parziale di una singola clausola che non essendo nullità di tutta la clausola assomma a nullità parziale del contratto.

⁸⁸ Data la classificazione tra regole di condotta e regole di validità una violazione delle regole informative, antecedenti la stipula del contratto di assicurazione, non può intaccare la validità complessiva dello stesso.

⁸⁹ Il rischio resta sempre lo stesso: esso è l'eventualità che dall'accadimento di un fatto dannoso per il terzo e fonte di responsabilità per l'assicurato possano prodursi conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio di quest'ultimo.

⁹⁰ Il premio che spetta in caso di adozione della clausola *claims made* con assoggettamento dell'assicurazione all'obbligazione contrattuale accettata entro un arco temporale ben confinato sarebbe non più proporzionato in caso di clausola *loss occurrence* che comporta una obbligazione assicurativa e di garanzia per un arco temporale ben più ampio ed incontrollabile.

In altre parole, è necessario controllare che l'assicurato non sia obbligato al pagamento di un premio per un rischio non gravante sulla sua posizione anche valutando le garanzie offerte.

In tale ipotesi, la parte della copertura ed il connesso premio che fanno riferimento ad un rischio non esistente per il soggetto assicurato ricade in ipotesi di nullità *ex art. 1865 c.c.* con obbligo di restituzione della parte di premio pagata in eccesso.

Abstract

This research aims to study origin, structure, effects and problems of insurance policies written on claims made basis. Nearly all liability insurance policies fall into one of two categories, either claims-made or occurrence.

Currently, claims made clause goes to the heart of the debate in Italy, altering model set out in the Italian Civil Code traditionally based on loss occurrence system. Finally, the Author aims at demonstrating worthiness and validity of this clause, and the need to analyse every time the economic balance of the liability insurance policy.

Camerino, agosto 2018.

LUIGI GAROFALO*

Il contratto di rent to buy e la clausola obbligatoria di acquisto **

Sommario: 1. Introduzione della figura contrattuale del c.d. *rent to buy*. – 2. Caratteristiche del contratto di *rent to buy*. - 3. La clausola obbligatoria di acquisto dell'immobile. - 4. Il *buy to rent* e l'*help to buy*. – 5. Rilievi conclusivi.

1. *Introduzione della figura contrattuale del c.d. rent to buy*

Il c.d. *rent to buy* è quel contratto che si caratterizza per il godimento di un bene immobile finalizzato all'acquisto dello stesso, da effettuare con l'utilizzo, in tutto o in parte delle somme già versate, imputate a corrispettivo dell'acquisto: l'acquisto finale del bene avviene a fronte del pagamento di un canone, una parte è da imputare all'utilizzo, l'altra al prezzo finale di vendita¹. In tal senso, è agevole definire questo modello contrattuale come un contratto di godimento in funzione di successiva alienazione di immobili

Tale istituto è chiamato a rispondere a finalità sociali, alla luce della necessità di favorire la ripresa del mercato immobiliare, che allo stato attraversa un momento di forte crisi, dovuto tra l'altro alla difficoltà di ottenere finanziamenti bancari, specie in favore di privati, per l'acquisto di immobili. In tale ottica, il c.d. *rent to buy* può rappresentare un mezzo per sostenere la rapida evoluzione del mercato nel settore immobiliare e, nel contempo, rappresentare uno

* Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Prima dell'entrata in vigore dell'art. 23 d.l. 133 /2014 si era già diffuso il termine del *rent to buy* per indicare una pluralità "astrattamente indeterminata di operazioni economiche" volti a realizzare lo scopo del godimento in funzione della successiva alienazione (E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, in *Corr. giur.*, 5, 2015, p. 797).

strumento di contrasto della crisi economica. Oggi si può rilevare la tendenza a creare innovativi strumenti contrattuali basati sull'adattamento a schemi già noti², destinati a consentire l'immediato godimento di un bene immobile, in guisa analoga al proprietario di un immobile, pur se non si è ancora proceduto al pagamento integrale del bene, che può essere anche corrisposto successivamente, spostando in avanti il momento perfezionativo del contratto di vendita, subordinato all'integrale pagamento dell'immobile, attraverso l'utilizzo dello schema di acquisto in modalità graduale³. Tale meccanismo consente, altresì, agli acquirenti di prenotare investimenti per i quali sono richiesti pagamenti superiori alle risorse di cui dispongono nell'immediato⁴. La crescente diffusione di accordi di godimento in funzione della successiva alienazione, attraverso i recenti modelli c.d. *rent to buy*⁵, testimonia la volontà di introdurre innovativi modelli contrattuali per favorire la ripresa del mercato immobiliare.

Il vantaggio per i venditori, oltre a quello di mantenere la proprietà dell'immobile fino al pagamento dell'intero prezzo convenuto, è quello di ottenere, rinviando ad un momento successivo il trasferimento della proprietà del bene, un vantaggio economico, costituito dal diritto di percepire il canone nella duplice componente indicata. Allo stesso modo il venditore individua i potenziali acquirenti e, se l'acquisto si perfeziona, ha la possibilità di ottenere l'intero prezzo del bene compravenduto⁶.

² G. VISINTINI, *Sull'evoluzione della contrattazione immobiliare*, in *Trattato di diritto immobiliare*, Padova, 2013, p. 699 ss.

³ E. LABELLA, *Rent to buy, leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, in A. ALBANESE e A. MAZZAMUTO (a cura di), Torino, 2016, p. 15 ss; F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, p. 818; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 952.

⁴ Sull'analisi dei reciproci vantaggi, A. PURPURA, *La nuova disciplina del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione immobiliare*, in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, XII, 2014, p. 125 ss., il quale in particolare evidenzia che il *rent to buy* costituisca un incentivo agli acquisti immobiliari, in quanto chi ha intenzione di acquistare ne è indotto dal profilarsi dell'immediato godimento dell'immobile, con il rinvio al tempo del rogito del versamento del corrispettivo della vendita, il cui importo rimane resta invariato per l'intera durata del contratto di godimento, con la possibilità postergare il mutuo ad un momento più favorevole o di maggiore liquidità (ad esempio, dopo aver venduto un altro immobile), e soprattutto dalla riduzione della soglia di liquidità da finanziare in relazione a quanto già anticipato. Chi è incline ad alienare, oltre quanto già esposto, fissa già il prezzo della futura vendita, il cui importo è immune dalle variazioni del valore di mercato nel lungo periodo.

⁵ G. RECINTO, *Recenti questioni in tema di contratto preliminare: l'esecuzione anticipata*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, I, p. 49 ss.

⁶ A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2, 2014, p. 422.

Secondo la maggior parte della dottrina⁷, la figura contrattuale in discorso include un vero e proprio contratto preliminare unilaterale di vendita. Altri⁸, invece, considerano che il c.d. *rent to buy* possa qualificarsi come un contratto definitivo da cui sorge un'obbligazione di dare che trova adempimento mediante un pagamento traslativo.

La figura del *rent to buy* si è diffusa da tempo in Italia, anche se tale modello contrattuale è stato recepito dal modello di *common law*, in quanto frutto di prassi sviluppatasi nel mercato immobiliare di Regno Unito, Irlanda, Stati Uniti ed Australia⁹.

Il legislatore italiano, con il d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 (c.d. decreto “Sblocca Italia”)¹⁰, convertito, con modificazioni, con l. 11 novembre 2014, n. 164 ha, di fatto, riconosciuto la necessità di adottare un meccanismo idoneo a favorire la ripresa del mercato immobiliare e ne ha individuato uno degli strumenti privilegiati nel c.d. *rent to buy*. In particolare, la disciplina di tale modello contrattuale è contenuta all'art. 23 d.l. 12 settembre 2014, n. 133, rubricato «Disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili». L'art. 23 (commi 1-6) detta una disciplina analitica, anche mediante il rinvio, *per relationem*, ad alcune norme in tema di usufrutto e di contratto di locazione in funzione della successiva alienazione di un immobile¹¹.

Con questa previsione legislativa il fenomeno del godimento di un immobile finalizzato al successivo acquisto, da parte dell'utilizzatore, gode attualmente di un regime normativo più coerente anche a livello sistematico. Il comma 1 dell'art. 23 d.l. 133/2014, individua l'ambito di applicazione della normativa, riferibile a tutti «quei contratti, diversi dalla locazione

⁷ D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 62; P. CASTELLANO, *Il Rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione legislativa*, in *Riv. not.*, 2015, p. 60.

⁸ A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 476.

⁹ P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 45. Il contratto di rent to buy si era diffuso negli Stati Uniti nella prassi delle compravendite immobiliari a cavallo degli anni 50.

¹⁰ Coordinato con Legge 11 novembre 2014, n. 164 di Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 11 settembre 2014, n. 133, Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive (G.U. n. 262 dell'11 novembre 2014). L'art. 23, si trova nel Capo V – *Misure per il rilancio dell'edilizia*, con l'evidente finalità del legislatore di favorire il rilancio del mercato immobiliare, *cfr.* C. MARIANI e C. CERVASI, *Rent to buy, leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà Profili civilistici, processuali e tributari*, cit., p. 85; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 953; *contra*, M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 841.

¹¹ F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 819.

finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto». L'operazione contrattuale risulta, quindi, caratterizzata da due fasi successive: quella consistente nel conseguimento immediato del godimento dell'immobile dietro pagamento del relativo canone, e quella volta ad acquisire l'eventuale trasferimento della proprietà dello stesso con imputazione al prezzo di acquisto della quota di canone predeterminata dalle parti nel contratto¹². In tal senso quanto «alla prestazione (pecuniaria) del conduttore, indicata come “canone”, essa deve constare di due porzioni, con diverso titolo: una parte che remunera il diritto di godimento a carattere personale del bene - e che è dunque canone in senso tecnico - ed una parte imputata al corrispettivo che, dunque, può essere recuperata quale parte del prezzo di acquisto»¹³.

La norma in parola è stata adottata al fine di sopperire alla contrazione dell'accesso al credito bancario per l'acquisto immobiliare¹⁴. In tal senso il modello del *rent to buy* è stato individuato come uno strumento idoneo a favorire l'acquisto degli immobili adibiti ad edilizia residenziale ed agevola, sotto diversi profili, sia il conduttore sia il concedente. Si segnala l'uso nel comma 1 del citato art. 23, del plurale «contratti diversi dalla locazione finanziaria»¹⁵,

¹² C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1043 ss.

¹³ F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 826 s.

¹⁴ M. IEVA, *Il rent to buy nella prospettiva di valutazione di efficienza del modello*, in *Riv. not.*, 2015, p. 675 ss., secondo cui «l'interesse prevalente del potenziale acquirente è quello di ricevere un finanziamento in quanto sia sprovvisto di mezzi o si trovi nella impossibilità di avere accesso al credito bancario».

¹⁵ Per spendere brevi cenni all'esclusione espressa della locazione finanziaria, tale inciso ha lo scopo di differenziare la nuova figura contrattuale in esame da quelle caratterizzate da una funzione economica di finanziamento del conduttore come appunto i contratti di *leasing* finanziario in cui l'utilizzatore I chiede ad un soggetto di acquistare da terzi la proprietà di un bene, che gli verrà poi concesso in godimento a fronte del pagamento di un canone periodico; mentre nel *leasing* finanziario l'impresa concedente acquista il bene per concederlo all'utilizzatore, nei contratti di godimento in funzione del successivo acquisto, il bene è già di proprietà del concedente stesso, integrando un'operazione contrattuale connotata non da un intento di finanziamento esterno, quanto semmai la dalla concessione di un periodo di tempo per reperire finanziamenti per concludere l'acquisto, ed intanto godere del bene. È pur vero che, dottrina minoritaria, in mancanza di indicazione di espliciti elementi discretivi, ha ritenuto sussista in realtà una omogeneità di fondo tra lo schema contrattuale del contratto di godimento in funzione di successiva alienazione ex art. 23 d.l. 133/2014 quello del *leasing finanziario*, affermando che alla precisazione del legislatore può essere attribuito solo il senso «di voler implicitamente qualificare il contratto come ad esecuzione continuata o periodica e come tale non assoggettarlo, in sede di risoluzione per inadempimento del conduttore, alla retroattività dell'effetto risolutivo disposta in via generale dall'art. 1458, comma 1 c.c., stante l'applicabilità in via analogica al leasing traslativo del disposto dell'art. 1526 c.c.», cfr. A. BULGARELLI, *Luci ed ombre del rent to buy italiano*, in *www.altalex.com*, 17 novembre 2014, p. 2. Altri autori aggiungono che l'obiettivo del legislatore fosse quello di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 23 d.l. n. 133/2014 i contratti cd trilaterali che coinvolgono oltre che il proprietario dell'immobile e il conduttore, futuro acquirente, anche un soggetto terzo svolgente attività di intermediazione finanziaria, limitando, in questo

ad indicare la struttura complessa di tale modello contrattuale¹⁶, nascente dalla combinazione di diverse tipologie contrattuali¹⁷.

2. Caratteristiche del contratto di rent to buy

Dal punto di vista strutturale, il dato ricorrente nella figura del *rent to buy* è costituito dalla concessione del godimento di un immobile¹⁸, finalizzato e causalmente collegato alla futura disposizione del diritto di proprietà da parte del proprietario dell'immobile, *rectius* concedente. Parte della dottrina¹⁹ riconduce la fattispecie del *rent to buy* alla categoria dei negozi a formazione progressiva, preparatori della eventuale successiva alienazione.

In merito alla tipologia contrattuale privilegiata dal legislatore per far conseguire al conduttore la proprietà del bene, la dottrina prevalente²⁰ ritiene si tratti di un contratto preliminare, con l'esclusione quindi dello schema dell'opzione. Tale affermazione si basa su quanto previsto dall'art. 23 più volte citato, che al comma 1 prevede espressamente che tale contratto sia trascritto «ai sensi dell'articolo 2645 bis codice civile», norma dedicata alla trascrizione dei contratti preliminari. Tale posizione è corroborata dal successivo comma 3 della disposizione in parola, in cui si legge che in caso di inadempimento si applica l'art. 2932 c.c. in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto²¹. Sembra che

modo l'ambito applicativo ai soli casi in cui la negoziazione avvenga tra due sole parti, senza l'intervento di un operatore professionale, cfr. V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 978 ss.

¹⁶ Il *rent to buy* in realtà rappresenta un risultato che i contraenti possono perseguire attraverso una pluralità di negozi giuridici, in tal senso, F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *I contratti*, 2014, p. 823; A. BULGARELLI, *Luci ed ombre del rent to buy italiano*, cit., p. 4.

¹⁷ P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 46.

¹⁸ Parte della dottrina considera la situazione giuridica del conduttore come una detenzione, Cfr. F. CARINGELLA e L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, 2016, p. 1207; G. RIZZI, *Il rent to buy: aspetti redazionali*, in *Riv. not.*, 2015, 4, p. 891.

¹⁹ A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, p. 609.

²⁰ F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 820: l'autore osserva come la scelta dello strumento del contratto preliminare risultasse preferibile per l'esistenza di una disciplina pubblicitaria già predisposta nel codice civile, mentre il richiamo allo strumento dell'opzione avrebbe comportato una presa di posizione esplicita proprio sul tema dibattuto della trascrivibilità dell'opzione (in quest'ultimo senso, si vedano, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, diretto da R. Sacco, Torino, 2012, p. 123; *contra*, F. GAZZONI, *Trattato della Trascrizione*, I, diretto da F. Gazzoni e E. Gabrielli, Torino, 2012, p. 373).

²¹ Il richiamo all'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento è da intendersi riferito al solo concedente, se si accoglie la teoria che il conduttore abbia solo un diritto, non anche un obbligo di acquisto D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 47.

il legislatore abbia con decisione prescelto la via del contratto preliminare per far ottenere al conduttore la proprietà del bene, escludendo dalla struttura del tipo disciplinato dall'art. 23 lo schema dell'opzione²².

La nuova disciplina normativa ha comportato una regolamentazione ed un inquadramento unitario del fenomeno negoziale in esame, tanto da rendere il c.d. *rent to buy* fattispecie contrattuale tipica²³, definita da parte della dottrina²⁴ come modello contrattuale espressione di una «tipizzazione sociale». In tal senso, il tipo negoziale risulta delineato nei suoi elementi essenziali con l'indicazione specifica dell'oggetto della prestazione del conduttore e della struttura stessa dell'operazione contrattuale, fino alla relativa disciplina pubblicitaria²⁵.

In materia, anche la giurisprudenza di merito²⁶ ha stabilito che il contratto di *rent to buy* è da ritenere una figura tipica e non assimilabile ad altri tipi negoziali.

²² F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 826 s., secondo cui la possibilità di ricondurre il c.d. *rent to buy* al contratto preliminare può desumersi da «plurimi indici che in tal senso emergono dall'art. 23 cit. Anzitutto, il comma 1° prevede la trascrizione del contratto “ai sensi dell'articolo 2645-bis codice civile”, il cui oggetto è, appunto, la pubblicità dei contratti preliminari. Ma è il successivo comma 3°, ultima parte, che si occupa dell'attuazione del diritto del conduttore, a fugare ogni dubbio sul fatto che il legislatore della novella non ha semplicemente richiamato una disciplina pubblicitaria, ma ha preso esplicita posizione in ordine alla struttura del contratto. Ivi si prevede, infatti, che “In caso di inadempimento si applica l'articolo 2932 del codice civile”, così rendendosi palese che la struttura del nuovo tipo comprende un obbligo di concludere il contratto in senso tecnico».

²³ AA.VV., *Rent to buy, leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà Profili civilistici, processuali e tributari*, cit., p. 22; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 953. In realtà il punto è discusso in quanto alcuni ritengono che si tratti di un contratto tipico e altri di un contratto misto. Sul punto leggi A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 100 ss.

²⁴ A. TESTA, *Il rent to buy: la tipizzazione sociale di un contratto atipico*, in *Imm. propr.*, 2014, p. 384 ss., secondo cui il *rent to buy* si connota di «una propria tipizzazione in dipendenza di una causa sociale che risponde alla tutela di interessi diffusi all'intera collettività e quindi di una causa socialmente tipica determinata dalla funzione sociale alla quale esso è chiamato a rispondere, con l'evidente vantaggio di rendere disapplicata la disciplina che, in maniera cogente, sarebbe, altrimenti, chiamata a regolare la fattispecie laddove essa fosse costituita, non da un contratto causalmente unitario, ma da singole fattispecie tipiche da ritenersi riunite unicamente dal nesso di collegamento che è funzionale alla soddisfazione delle motivazioni che hanno indotto le parti alla realizzazione di quello specifico schema negoziale articolato». Si evidenzia, quindi che con tale regolamentazione, il fenomeno *rent to buy*, può essere visto non più come la combinazione di più fattispecie contrattuali tipiche, tra loro collegate, come precedentemente al DL 133/2014, bensì come una autonoma fattispecie. In dottrina è una questione ancora dibattuta se si tratti effettivamente di un nuovo contratto tipico. Affinché si possa individuare un nuovo contratto tipico, in quanto perché sia tale «è necessario che si riconosca una causa autonoma al contratto; e[...] certamente il *rent to buy* oggi rientra in una figura che ha una disciplina legale particolare, ma [si dubita] che ad essa corrisponda un univoco tipo legale nominato», cfr. C. CICERO, «*Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi*», cit., p. 1048.

²⁵ Per una trattazione analitica degli elementi essenziali del contratto, F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, cit., p. 819.

²⁶ Tribunale di Verona, ordinanza del 12 dicembre 2014 n. 95, in *dejure.it*

L'art. 23, specifica sia al comma 1, che al comma 5, che l'oggetto della prestazione pecuniaria del conduttore, consiste in un "canone", composto da due porzioni, aventi titolo diverso: una parte che può definirsi "canone in senso tecnico", quale remunerazione del diritto di godimento del bene e l'altra parte, invece, «imputata al corrispettivo del trasferimento» della proprietà, quale anticipazione del prezzo di acquisto. Il comma 1 bis, lascia alla libertà contrattuale delle parti la definizione del contratto, sul piano della determinazione della quota «dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquistare la proprietà dell'immobile entro il termine stabilito»²⁷.

L'art. 23, comma 1, prevede, inoltre, che il conduttore ha il diritto di acquistare l'immobile «entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto».

Il comma 2, dell'art. 23 d.l.133/2014 contempla la risoluzione del contratto nel caso di mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore comunque ad un ventesimo del loro numero complessivo. Il legislatore lascia spazio all'autonomia negoziale delle parti di determinare la gravità dell'inadempimento, limitandosi a fissare soltanto una soglia minima, non superabile dai contraenti²⁸.

In tema di *rent to buy* si applica la disciplina sostanziale relativa ai diritti ed obblighi nascenti dal contratto, caratterizzata dal rinvio ad interi «blocchi di norme»²⁹ e si completa con il richiamo degli artt. 1002-1007 c.c. (in quanto compatibili) riguardanti gli obblighi nascenti dall'usufrutto³⁰. Da ciò si rileva che a carico del conduttore viene posto l'obbligo di fare l'inventario del bene ricevuto in godimento e prestare idonea garanzia, quest'ultima tesa

²⁷ La doppio titolo di imputazione del canone è da considerarsi quale elemento essenziale del contratto, determinando la sua mancanza la fuoriuscita dal tipo negoziale disciplinato dall'art. 23, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., p. 957.

²⁸ La Relazione illustrativa della norma del 15 aprile 2014 al Senato, Commissioni riunite, VIII Lavori pubblici e XIII Ambiente e territorio, giustificava la disciplina "a maglie larghe" per consentire all'autonomia privata di meglio modulare il contenuto del contratto in funzione delle specifiche esigenze e nell'ottica del miglior soddisfacimento degli interessi di entrambe le parti.

²⁹ P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 53, secondo l'autore, si riscontra di una normazione disarticolata e costruita in gran parte mediante rinvii ad interi blocchi di norme, spunti a loro volta da una disciplina più ampia soprattutto in riferimento alla trattazione dei diritti ed obblighi nascenti dal contratto.

³⁰ Parte della dottrina ha accolto con perplessità questo inserimento in quanto inspiegabile, mutuato dalla normativa sull'usufrutto, anziché da quella sulla locazione, «nonostante la chiara affinità causale della concessione del godimento nel Rent to buy con quest'ultima» cfr. P. CASTELLANO, *Il rent to buy: un fenomeno sociale in cerca di definizione giuridica*, cit., p. 53.

a ricoprire funzione analoga al deposito cauzionale in ambito locatizio, a garanzia dell'esatto adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. In tal senso la finalità è quella di tutelare il concedente, ponendo a carico del conduttore l'obbligo di utilizzare il bene adottando la diligenza del buon padre di famiglia, nonché l'obbligo di restituire il bene immobile nel medesimo stato in cui lo stesso si trova al momento della consegna, in caso di mancato acquisto dell'immobile.

3. *La clausola obbligatoria di acquisto dell'immobile*

Dal dettato legislativo di cui all'art. 23 d.l. 133/2004 si evince che con il contratto in esame il conduttore è titolare del diritto ma non ha anche l'obbligo di acquistare l'immobile concesso in godimento.

Chiaro è l'intento del legislatore insito nella volontà di introdurre una disciplina "a maglie larghe" che consenta di modulare lo schema negoziale in esame in base alle concrete esigenze delle parti contraenti. L'interrogativo che sorge è quello di verificare se, ed in quale misura, sia possibile introdurre una clausola in forza della quale il conduttore assume anche l'obbligo giuridico di acquistare l'immobile concesso in godimento al fine di rafforzare il sinallagma contrattuale.

In tal senso, se è pacifico che l'assunzione di un obbligo di acquisto di un bene possa essere oggetto di un negozio autonomo, maggiori dubbi sorgono circa l'introduzione di una siffatta previsione nel contratto di *rent to buy*.

Si discute infatti se in caso di inserimento di una clausola obbligatoria di acquisto, il contratto rientri comunque nell'ambito di applicazione dell'art. 23 d.l. 133/2004 ovvero fuoriesca dalla suddetta fattispecie legislativa integrando così un contratto atipico, ammesso, ai sensi dell'art. 1322 c.c., purché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

È fuor di dubbio infatti che, stante il dettato normativo, è esclusa l'applicazione della disciplina in tema di *rent to buy* nel caso in cui le parti stabiliscano che tale contratto vincoli all'acquisto il solo conduttore, attribuendo il diritto di scelta al locatore.

Se il legislatore riconosce al conduttore la piena libertà di stipulare o meno il definitivo, è da considerare una forzatura ritenere ammissibile ricondurre a tale figura la pattuizione

secondo la quale il conduttore possa vedersi disconosciuto il proprio diritto al trasferimento³¹.

Secondo alcuni³² la disciplina deve essere letta in senso restrittivo. In tale prospettiva, il legislatore si sarebbe preoccupato di individuare gli elementi essenziali e necessari che integrano la fattispecie negoziale del c.d. *rent to buy*, facendo venir meno l'applicazione della disposizione in commento per qualsiasi negozio sorto in virtù della volontà dei contraenti anche qualora essi abbiano espressamente introdotto un obbligo di acquisto dell'immobile.

In altri termini, il legislatore avrebbe individuato gli elementi essenziali e necessari del c.d. *rent to buy*, nella specie il conferimento del godimento, la suddivisione del corrispettivo versato e l'attribuzione al conduttore di un diritto all'acquisto senza il correlativo obbligo³³.

Qualsiasi pattuizione che non sia quindi in linea con i caratteri essenziali appena esposti, non potrà essere ricondotta all'applicazione della disciplina in commento, ma sarà suscettibile di regolamentazione autonoma nel rispetto dei principi generali e nei limiti della legge.

Vi è chi³⁴, inoltre, ha rilevato che il comma 7, dell'art. 23 si riferisca non alla disciplina in tema di contratto di godimento in funzione della successiva alienazione, contenuta nei commi da 1 a 6 del medesimo art. 23, bensì alla locazione di alloggi sociali con patto di riscatto, contenuta nell'art. 8, d.l. 28 marzo 2014 n. 47, convertito con legge 23 maggio 2014 n. 80³⁵: infatti da una semplice lettura si evince che il comma 7 prevede, dopo l'art. 8, comma 5, del d.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80, l'aggiunta del comma 5 bis.

³¹ R. CALVO, *I contratti di godimento preordinati alla vendita immobiliare (rent to buy)*, in *Rent to buy tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale*, a cura di R. Franco, Napoli, 2017, p. 73.

³² V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, cit., p. 972.

³³ D. POLETTI, *L'accesso « graduale » alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 43.

³⁴ G. RIZZI, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *www.federnotizie.it*, 2014, § 2 ss., l'autore osserva però che nella prima fase di applicazione della normativa in esame nessuna interpretazione può essere esclusa con certezza; tuttavia nel discostarsi dallo schema tipico, bisogna evitare il rischio, di vedersi negata l'applicazione della disciplina in commento. A titolo esemplificativo, se fosse previsto, oltre all'obbligo di alienazione a carico del concedente, l'obbligo acquisto a carico del conduttore, il contratto potrebbe essere non più qualificato come contratto di godimento in funzione della successiva alienazione, bensì come un contratto di locazione collegato ad un preliminare bilaterale, con conseguente limitazione dell'efficacia della trascrizione a soli tre anni anziché dieci.

³⁵ Legge 23 maggio 2014 n. 80 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, recante misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015.

Taluni negano la possibilità di un'interpretazione estensiva della norma di cui al comma 7 dell'art. 23, tale da ricondurre nel suo ambito applicativo anche il contratto di *rent to buy*, in quanto la stessa norma risulta dettata per una fattispecie diversa, la locazione di alloggi sociali, che coinvolge anche profili di pubblico interesse.

Questa interpretazione si basa sulla "tipicità" dello schema contrattuale di cui all'art. 23 d.l. 133/2014 che prevede come elemento essenziale e caratterizzante della fattispecie il riconoscimento al conduttore del diritto, e non anche dell'obbligo, di acquisto dell'immobile. Tale tesi trova conforto nel comma 1 bis dell'art. 23, d.l. 133/2014, introdotto in sede di conversione, al fine di disciplinare espressamente le conseguenze del mancato esercizio del diritto all'acquisto spettante al conduttore. In tal senso, la previsione suddetta dispone che le parti definiscano in sede contrattuale la quota dei canoni imputata al corrispettivo che il concedente deve restituire in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto dell'immobile entro il termine stabilito.

Per tali ragioni alcuni³⁶ sono pervenuti alla conclusione che il legislatore non ha dettato una disciplina a maglie larghe ma una fattispecie contrattuale molto ristretta che prevede, quale elementi tipici, l'immediata concessione del godimento del bene, il diritto all'acquisto e l'imputazione al corrispettivo del trasferimento della quota di canone fissata all'intero contratto.

In caso di mancato esercizio del diritto di acquisto, è necessario che il conduttore, in seguito alla caducazione della possibilità di acquisto, non venga considerato inadempiente.

Il diritto all'acquisto, quindi, sarebbe da considerarsi un elemento necessario ma, da solo, comunque non sufficiente a delineare la fattispecie contrattuale in parola, in quanto vi è la necessità di effettuare una valutazione complessiva della presenza di tutte le componenti indicate al fine di qualificare l'accordo in termini di *rent to buy*³⁷.

³⁶ A. CIRLA, *Rent to buy, contratto blindato. Accordi anticipati sulle somme da restituire in caso di mancato acquisto*, in *Il Sole 24 Ore*, del 2 marzo 2015, p. 40; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *I Contratti*, 2015, pp. 190-192.

³⁷ E. GUARDIGLI, *I contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili: profili ricostruttivi*, cit., p. 799;

Da ciò quindi ne deriverebbe l'unilateralità dell'obbligo al trasferimento solamente a carico del locatore e, dunque, sembrerebbe non esservi spazio per la stipulazione convenzionale di un obbligo di acquisto a carico del conduttore³⁸. In guisa diversa, si snaturerebbe la finalità avuta di mira dal legislatore con l'adozione della disciplina del *rent to buy*, favorire l'agevole ricorso al mercato immobiliare residenziale.

Da ciò discende che il diritto all'acquisto dell'immobile dovrebbe essere elemento sufficiente a caratterizzare tale contratto e, pertanto, la pattuizione avente ad oggetto un vincolo di acquisto dell'immobile concesso in godimento a carico del conduttore snaturerebbe il contratto di *rent to buy* e contrasterebbe con gli obiettivi della disciplina.

Tuttavia vi è chi³⁹ ritiene di interpretare in maniera estensiva la disciplina in commento, alla luce della necessità di interpretare il c.d. *rent to buy* come uno strumento flessibile.

Tale impostazione dottrinale, condivisibilmente riconosce la possibilità di pattuire, all'interno del contratto di *rent to buy*, in ossequio al principio dell'autonomia negoziale, anche un obbligo di acquisto a carico del conduttore, e non solamente il diritto di acquisto come espressamente previsto dal dettato normativo.

³⁸ Sul punto vedi L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, cit., p. 191, secondo il quale «Non sembra quindi possibile ritenere che con l'eventuale previsione contrattuale di un obbligo di acquisto a carico del conduttore, oltre a non modificare la natura del contratto, ci si limiti ad aggiungere un nuovo elemento che, senza toglierne alcuno di quelli previsti dalla nuova normativa, si affianca al diritto comunque riconosciuto al conduttore. In realtà con una tale previsione contrattuale si modificano le posizioni delle parti e l'equilibrio dei loro interessi, abbandonando di conseguenza, come già detto, la fattispecie in esame». Sul tema v. BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, sub art. 1322, in *Comm c.c.* diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e R. Orestano, cit., spec. p. 110 ss. ed ivi ampi riferimenti; G. GRISI, *L'autonomia privata*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. I contratti in generale*, a cura di Cendon, I, Torino, 2000, 293 ss. A. BARENGHI, *Qualificazione, tipo e classificazione dei contratti*, in *Diritto civile* diretto da Lipari e Rescigno (coordinato da Zoppini), III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 295 ss; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 589 ss.

³⁹ Studio n. 102-2015/C - *Articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014 n. 133 convertito con legge 11 novembre 2014 n. 164 (c.d. rent to buy): tecniche redazionali*, Approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici il 19/02/2015 Approvato dal CNN nella seduta del 6-8/05/2015 (www.notaioricciardi.it); secondo questo Studio, il conduttore si trova in una situazione soggettiva attiva che prevede sicuramente il diritto potestativo di rendersi acquirente del bene, che comprende in sé la facoltà di esercitare il diritto all'acquisto alle condizioni precedentemente convenute con il proprietario. Ove si seguisse la tesi contraria, peraltro, il divieto potrebbe essere facilmente aggirato facendo esercitare al conduttore, fuori dal contratto base, la facoltà di acquistare l'immobile attraverso una semplice dichiarazione sottoscritta contestualmente al perfezionamento del contratto base di *Rent to Buy*. Tra l'altro, secondo questa ricostruzione, non si può condividere la soluzione restrittiva, basata su una presunta violazione del dato normativo e sul distorto utilizzo del contratto in esame al solo fine di allungare l'efficacia prenotativa della trascrizione diversamente a quanto avviene nel preliminare semplice.

In tal senso l'introduzione di una siffatta pattuizione assume rilievo sia da un punto di vista economico sia da un punto di vista giuridico.

Quanto al primo profilo, se da un lato vi è chi⁴⁰ ritiene improbabile che il conduttore possa assumere un vincolo di acquisto secondo i criteri previsti dalla disciplina del *rent to buy* per un periodo eccessivamente ampio, dall'altro vi è chi⁴¹ sostiene che, allo stato, nessun venditore sarebbe disposto a concedere in godimento un immobile senza avere la certezza per un periodo lungo di incassare il corrispettivo pattuito e trasferire la proprietà del bene⁴².

Da un punto di vista giuridico occorre preliminarmente considerare che la previsione del comma 1 bis, pur se connotata da una scarsa qualità redazionale, sembra contraddire la possibilità di qualificare il contratto come vincolo avente valore impegnativo per entrambi i contraenti. Con specifico riferimento al profilo relativo al trasferimento dell'immobile, tuttavia, occorre considerare l'intento perseguito dal legislatore, che può desumersi dalla lettura della Relazione illustrativa⁴³, espressamente finalizzato ad introdurre una «disciplina a maglie larghe». Ciò si può desumere ponendo l'accento sul secondo periodo del comma 5, il quale riferendosi genericamente «all'inadempimento del conduttore», lascia intendere che ben vi si può ricomprendere anche il rifiuto all'acquisto cui è finalizzato il contratto, non potendosi configurare un obbligo di acquisto in capo al conduttore stesso⁴⁴.

Da un punto di vista giuridico, il diritto di acquisto dell'immobile richiama il “diritto al contratto” costruito dalla dottrina⁴⁵ per ricomprendere le ipotesi che attribuiscono ad un soggetto il diritto all'introduzione di un determinato regolamento di interessi, in vista della concessione di tutele interinali di un rapporto giuridico preparatorio.

⁴⁰ G. RIZZI, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione*, cit., § 2 ss.

⁴¹ Studio CNN n. 102-2015/C - *Articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014 n. 133 convertito con legge 11 novembre 2014 n. 164 (c.d. rent to buy): tecniche redazionali*.

⁴² F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, cit., p. 828; sul punto vedi anche G. D'AMICO, *Relazione del 26 giugno 2015, presso l'Università di Cagliari, in occasione del seminario di studio sul “Rent to buy” per il XXV incontro del Coordinamento Nazionale dei dottorati di ricerca in diritto privato*, in *I contratti*, 2015, p. 1030 ss, il quale considera che La flessibilità di tale strumento, inoltre, potrebbe agevolare anche il locatore in quanto «si riconduce la libertà lasciata al conduttore, attraverso un meccanismo che non è dissimile a quella di una sorta di caparra che fosse convenuta in cambio di un diritto di recesso riconosciuto al conduttore medesimo».

⁴³ La Relazione illustrativa della norma del 15 aprile 2014 al Senato, Commissioni riunite, VIII Lavori pubblici e XIII Ambiente e territorio, p. 1 ss.

⁴⁴ V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2015, p. 6.

⁴⁵ G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 3 ss; Sui negozi preparatori v. anche G. Bozzi, *I contratti preparatori*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, VII, *I contratti di vendita*, a cura di Valentino, p. 144 ss; G. Di Rosa,

Si tratterebbe di un diritto potestativo attribuito al conduttore. In tal senso, il diritto potestativo consiste in un diritto soggettivo⁴⁶ che si compone nell'attribuzione di un potere ad un soggetto allo scopo di tutelare un proprio interesse che può essere realizzato anche senza la collaborazione di determinati soggetti e si esercita con la dichiarazione del titolare indirizzata al soggetto passivo.

Detto potere, avente carattere assoluto, può essere modulato dal titolare in base al concreto interesse che vuole realizzare.

Il diritto potestativo è estensibile unilateralmente da parte del titolare in quanto si tratta di una situazione giuridica soggettiva già acquisita nel patrimonio economico-sociale dell'avente diritto. Pertanto, se è vero che si tratta di un diritto potestativo, questo può essere anche rinunciato⁴⁷ attraverso un negozio unilaterale avente carattere non recettizio. Così non vi sarebbe alcun motivo di negare l'assunzione dell'obbligo di acquisto da parte del conduttore all'interno del contratto di *rent to buy*, qualora esso costituisca il reale e concreto interesse perseguito da quest'ultimo.

La disciplina in tema di *rent to buy* dovrebbe in altri termini essere intesa “a maglie larghe” estendendo alla fattispecie anche quelle tipologie contrattuali sviluppatesi nella prassi che possono in qualche modo essere ricondotte alla fattispecie esaminata.

In considerazione dell'esiguità del dato normativo in materia di *rent to buy*, c'è chi⁴⁸ ritiene preferibile colmare le lacune dando rilevanza, all'interno della pattuizione, al concreto interesse che i contraenti intendono realizzare.

Tale ricostruzione può dirsi suffragata proprio dalla previsione di cui all'art. 23, comma 1 bis, introdotto con la legge di conversione n. 164/2014, destinato a chiarire quali possano essere le conseguenze in favore del concedente nel caso in cui il conduttore-acquirente non

Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 107 ss; R. DE MATTEIS, *Contratto preliminare*, in *www.treccani.it*, 2013.

⁴⁶ Cfr. sul punto P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv.*, IV, 1990, p. 416 ss.; M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse* in G. Alpa, M. Graziadei, A. Guarnieri e U. Mattei, P.G. Monateri e R. Sacco, *Il diritto soggettivo* in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2001, p. 24 ss; D. BARBERO, *il diritto soggettivo* in *Foro it.*, 1939, IV, p. 1 ss; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale* in *Jus*, 1960, p. 149 ss.

⁴⁷ Sulla rinuncia al diritto potestativo v. M. BELLINVIA, *La rinunzia alla proprietà ed ai diritti reali di godimento*, in *Studio CNN n. 216-2014/C*, p. 1 ss; R. DI MARIANO, *La rinunzia ai diritti reali: da teoria ad esigenza concreta*, in *Rivista Notarile*, 2014, 3, p. 126 ss; M. F. GIORGIANNI e N. FIBBI, *Quid Iuris? Le risposte a 100 quesiti di interesse notarile inter vivos*, in *Diritto Notarile*, 2016, p. 6.

⁴⁸ P. ZANELLI, *Rent to buy* nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque *emptio tollit locatum*? in *Contr. imp.*, 2014, p. 24.

esercitati il diritto di acquistare l'immobile. Con tale disciplina il legislatore lascia intendere che il mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, vada comunque valutato come un costo predeterminato, già pattuito dalle parti al momento della conclusione del contratto, con la finalità di remunerare il sacrificio del concedente-venditore, costituito dal tenere ferma, per il tempo stabilito nel contratto, la facoltà di acquisto, in via esclusiva, dell'immobile in favore del conduttore. In tal senso, la quota che in base alla legge deve essere trattenuta comunque dal proprietario, può essere qualificata come una "penale", che il conduttore deve sostenere per il mancato esercizio del diritto di acquisto della *res* in godimento⁴⁹.

Dal dato normativo si evince che la scelta del conduttore di non avvalersi del diritto attribuitogli in base alla sottoscrizione del contratto, non è priva di conseguenze giuridiche, in quanto lo stesso è comunque tenuto a sopportarne il costo economico.

Da ciò, secondo taluni⁵⁰, si potrebbe ritenere ammissibile l'introduzione di una clausola che imponga al conduttore l'acquisto del bene.

D'altra parte, se si prende in esame il profilo della causa del contratto disciplinato dall'art. 23 d.l. 133/2014, è evidente che il contratto di *rent to buy* possa ritenersi un'operazione contrattuale peculiare, in cui il godimento dell'immobile è una fase preparatoria alla compravendita, non esaurendosi la causa del contratto nel mero godimento dell'immobile. In ragione di ciò, si può quindi sostenere che il rapporto contrattuale in esame appare diverso dalla locazione, in quanto caratterizzato dalla *causa alienandi*.

Ciò diviene più evidente se solo si considera il richiamo contenuto al comma 6 dell'art. 23, in caso di fallimento del conduttore non all'art. 80 l. fall., bensì alla più generale norma dell'art. 72 l. fall., relativa agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, il quale è un contratto preliminare⁵¹.

Nei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione deve quindi essere posto l'accento non tanto sulla locuzione «godimento», bensì su quella «alienazione», che

⁴⁹ V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, cit., p. 1008.

⁵⁰ Studio CNN n. 102-2015/C - *Articolo 23 del d.l. 12 settembre 2014 n. 133 convertito con legge 11 novembre 2014 n. 164 (c.d. rent to buy): tecniche redazionali*.

⁵¹ A. BENNI DE SENA, *Il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Aspetti successori e disciplina applicabile*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 993.

consente di connotare il godimento di una funzione, appunto, preparatoria alla successiva alienazione⁵².

Con un simile accordo, il conduttore potrebbe manifestare anticipatamente la volontà di acquistare il bene sin dal momento della stipulazione.

La *ratio* di tale ragionamento deriva dal fatto che il conduttore godrebbe del diritto potestativo di acquistare il bene in qualsiasi momento del rapporto contrattuale e, pertanto, non vi sarebbe alcun motivo per escludere la possibilità di manifestare la volontà di obbligarsi all'acquisto dell'immobile già al momento della conclusione del negozio.

Con la conclusione di un siffatto contratto, il conduttore acquista sicuramente il diritto potestativo consistente nella facoltà di acquistare il bene oggetto del contratto alle condizioni stabilite al momento dell'accordo.

Per tale motivo, se la volontà di acquistare il bene può essere manifestata, in forza della stipulazione del *rent to buy*, unilateralmente dopo il perfezionamento del contratto medesimo, il conduttore potrebbe, senza aspettare la scadenza dei termini previsti nel contratto, esprimere il consenso all'acquisto, senza assumere alcuna obbligazione in senso tecnico. Tale patteggiamento è comunque tale da non far sconfinare nell'atipicità lo schema del *rent to buy*, in forza del diritto potestativo attribuito al conduttore.

In caso di manifestazione del consenso preventivo all'acquisto del bene nel contratto di *rent to buy*, l'obbligazione a carico del conduttore nasce in un momento successivo cioè alla scadenza del termine entro il quale l'immobile deve essere acquistato dal conduttore.

Una volta prestato preventivamente il consenso, quindi, se la parte debole non addi- viene alla stipulazione di un contratto di vendita, tale parte si renderà inadempiente *ex art.* 23.

In tale caso il conduttore non assumerebbe una obbligazione in senso tecnico, ma si introdurrebbe nella fattispecie contrattuale del *rent to buy* esclusivamente un consenso "preventivo", da parte del conduttore, all'acquisto del bene.

⁵² Proprio l'espressa esclusione della locazione finanziaria dall'applicazione della normativa, rafforza la convinzione che la causa di vendita sia qualificante per la fattispecie *de quo*, avendo il *leasing* altre cause, in particolare il *leasing* di godimento, una causa di finanziamento e il *leasing* traslativo, quella di garanzia.

Si tratterebbe, quindi, di una sfasatura temporale in quanto verrebbe anticipato il momento in cui il conduttore manifesta la propria volontà di acquisto, senza con ciò stravolgere la struttura tipica del contratto⁵³.

4. *Il buy to rent e l'help to buy*

Dal contratto di *rent to buy* si devono distinguere altre due figure contrattuali, *buy to rent* ed *help to buy*, ugualmente di matrice anglosassone, tutte caratterizzate dalla gradualità nel versamento del corrispettivo, frazionato nel tempo, nonché dalla sfasatura temporale tra l'immissione in possesso del bene e l'adempimento dell'obbligazione principale del compratore, attuata tramite la combinazione e la rivisitazione di schemi contrattuali già conosciuti⁵⁴.

Si tratta, in realtà, di ipotesi affini unicamente sotto il profilo della finalità di favorire il riavvio del mercato delle contrattazioni immobiliari, costituendo invero il *buy to rent* e l'*help to buy* operazioni dai profili strutturali e funzionali marcatamente distinti rispetto al descritto programma preparatorio all'acquisto⁵⁵.

L'elemento distintivo rispetto al *rent to buy* risiede infatti nell'immediatezza di un contratto di vendita (*buy to rent*) o di un preliminare di vendita (*help to buy*).

Tali modelli contrattuali sono caratterizzati, in estrema sintesi, dalla diluizione del versamento del corrispettivo o da una sfasatura temporale tra il momento dell'acquisto della proprietà e quello dell'adempimento dell'obbligazione principale del compratore, attuata tramite la combinazione o la rivisitazione di schemi contrattuali, alcuni dei quali ben noti alla prassi giurisprudenziale e allo stesso legislatore e semplicemente ribattezzati con etichette più affascinanti.

Per ovviare alla stagnazione del mercato immobiliare gli operatori pratici del settore hanno propagandato con grande enfasi formule mutuata dall'esperienza angloamericana, variamente denominate.

⁵³ Cfr. A. FACHECHI, *Rent to buy e variabilità della disciplina applicabile*, cit., p. 101 ss.

⁵⁴ D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, cit., p. 33; A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, cit., p. 425.

⁵⁵ A. PURPURA, *La nuova disciplina del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione immobiliare*, cit., p. 126; F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, cit., p. 822.

Il *buy to rent* consiste in un negozio di compravendita, immediatamente traslativo della della proprietà, con la specifica pattuizione in base alla quale il prezzo verrà pagato in modo differito, attraverso un numero predeterminato di rate.

Tale figura contrattuale si caratterizza, altresì per la presenza di una condizione risolutiva posta a garanzia del venditore, in base alla quale nell'ipotesi di inadempimento nei pagamenti da parte del promissario acquirente, il contratto si risolve con il trasferimento della proprietà del bene in capo al venditore⁵⁶. Si tratta di una condizione risolutiva unilaterale nell'interesse del venditore di inadempimento dell'obbligazione del pagamento del prezzo ex art. 1353 c.c., con contestuale possibilità di rinuncia ad esse mentre la condizione è pendente, ed un termine di rinuncia qualora si sia avverata. Con l'apposizione, invece, della clausola di riserva della proprietà, il venditore mantiene la proprietà dell'immobile fino al pagamento dell'ultima rata di prezzo⁵⁷.

Con il termine *help to buy* viene indicata una figura contrattuale consistente in un contratto preliminare di vendita, trascritto nei registri immobiliari e di durata variabile, più o meno lunga, con effetti parzialmente anticipati, quale la consegna immediata del bene al promissario acquirente, e caratterizzato dal versamento iniziale da parte di quest'ultimo in favore del venditore di una caparra confirmatoria per l'acquisto del bene pari al 5/10% e di successivi pagamenti periodici di un certo importo versati a titolo di acconto sul prezzo, allo scopo di domandare ad un soggetto terzo un finanziamento per l'acquisto definitivo corrispondente soltanto all'importo residuo (70/80%) del corrispettivo non versato. I pagamenti versati a titolo di acconto del prezzo con modalità periodica, ricomprendono anche l'immediato godimento del bene e gli oneri fiscali.

Nell'*help to buy* viene, inoltre, riconosciuto al promissario acquirente un diritto di recesso, libero o vincolato, consentendogli di sciogliersi dal vincolo nel caso in cui nel corso della durata del contratto, sopravvengano circostanze che rendano l'affare non più vantaggioso, con la previsione a suo carico di una multa penitenziale, di entità variabile, in relazione

⁵⁶ La presenza della condizione risolutiva di inadempimento comporta l'immediato trasferimento della proprietà dell'immobile, per cui le imposte sulla proprietà immobiliare vanno pagate dall'acquirente, e il venditore, non essendo più proprietario dell'immobile, ha la possibilità di godere delle agevolazioni fiscali (per esempio per la prima casa) in caso di acquisto di altro immobile.

⁵⁷ P. TONALINI, *I contratti di rent to buy*, reperibile in www.tonalini.it, 2015, p. 11.

agli anni trascorsi dalla conclusione del contratto preliminare, con funzione di remunerazione per il promittente venditore, per la perdita della disponibilità del bene.

Questa soluzione contrattuale prevede dunque un obbligo di acquisto e i pagamenti periodici effettuati sono interamente imputati ad acconto sul prezzo o caparra, non sussistendo, come invece nel *rent to buy*, una quota di canone imputata a godimento.

La vocazione espressa della tipologia contrattuale dell'*help to buy* è quella di consentire ai futuri acquirenti di ottenere il godimento dell'immobile con una cifra iniziale abbastanza bassa, di corrispondere periodicamente importi in denaro da scalare rispetto al prezzo finale, agevolandoli nell'ottenere il finanziamento necessario per la parte residua del corrispettivo pattuito per la conclusione della compravendita⁵⁸.

5. *Rilievi conclusivi*

Dalle considerazioni svolte risulta che il contratto di *rent to buy* deve essere considerato come un contratto di locazione che potrebbe trasformarsi in una futura vendita.

A parere di chi scrive, non sarebbe sufficiente considerare la sola unilateralità del preliminare a favore dell'avente causa quale elemento caratterizzante della fattispecie in esame.

Ragionando a contrario, infatti, si contribuirebbe a realizzare uno squilibrio contrattuale che si concretizzerebbe con la stipulazione di un atto il cui contenuto sarebbe volto alla sola tutela degli interessi della parte acquirente. Ciò renderebbe il *rent to buy* un modello negoziale non economicamente appetibile sul mercato.

La facoltà di riconoscere la possibilità di manifestare la volontà di acquistare l'immobile fin dal momento della conclusione del c.d. *rent to buy*, fa venir meno la possibilità che il venditore debba sacrificare l'opportunità di ricevere l'intero prezzo del bene venduto. In tale prospettiva, al fine di bilanciare gli scopi che le parti intendono concretamente perseguire, non sarebbe possibile escludere a priori dall'ambito applicativo della norma in esame una siffatta pattuizione dal momento che non sussiste alcun divieto riguardo la possibilità di dichiarare la volontà di acquisto sin dal momento costitutivo del rapporto negoziale.

⁵⁸ D. DE STEFANO, F. DE STEFANO, L. STUCCHI e G. DE MARCHI, *Help to buy, favorire la ripresa delle transazioni immobiliari*, in *Federnotizie, Clausole in rete*, 2012, VI, p. 44; A. BUSANI, *Le nuove compravendite*, in *Il Sole 24ore*, 13 maggio 2013, n. 7.

La fattispecie tipicamente regolata dal legislatore, in altri termini, secondo una lettura più elastica che ricomprende il soddisfacimento degli interessi di tutte le parti in questione, prevede un diritto potestativo liberamente modulabile dal conduttore e, in forza di ciò, quest'ultimo potrebbe porre in essere una duplice promessa vincolante ossia quella relativa al rapporto personale di godimento e quella concernente l'impegno di acquistare l'immobile alla scadenza pattuita dalle parti.

Abstract

In view of the introduction of the regulatory framework relating to property rentals aimed at the purchase of a property set out by Legislative Decree no. 133 of 2014 designed to facilitate the buyer in the purchase of a real estate property, this study sheds light on the admissibility of the introduction of a mandatory purchasing clause within the related legal framework.

Such analysis is aimed at examining the characteristics and the structure of this contract type and at determining, for this purpose, if such clause does not void the contract's ordinary structure as it is conceived by the legislator, namely if its introduction would make it atypical as in that case solely the purchaser's right established by the law would be derogated.

The study carries on analysing cases similar to the rent-to-buy scheme.

Camerino, ottobre 2018.

EMANUELE MONTAGNA*

*Opere di ristrutturazione su immobile ed art. 1669 c.c.***

Sommario: 1. Il caso. - 2. Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale. La rimessione alle Sezioni Unite. - 3. La pronuncia delle Sezioni Unite in favore di un'applicazione estensiva dell'art. 1669 c.c. - 4. L'*obiter dictum* sulla natura della responsabilità *ex art.* 1669 c.c. - 5. Osservazioni conclusive

1. *Il caso*

In breve, il caso che ha dato origine alla pronuncia in commento può essere ricostruito come segue: i condomini di un complesso immobiliare citavano in giudizio, di fronte al Tribunale di Pesaro, la società che aveva venduto loro gli immobili e quella che, incaricata da quest'ultima, aveva effettuato interventi di ristrutturazione edilizia dei medesimi edifici, chiedendo che entrambe venissero condannate al risarcimento dei danni, riassumibili in gravi difetti costruttivi. Le convenute chiamavano a loro volta in causa la società che aveva provveduto ad intonacare, addossando ad essa la responsabilità delle fessurazioni presenti sulle pareti. In primo grado il Tribunale, accogliendo la domanda degli attori, condannava le convenute al risarcimento integrale dei danni, secondo quanto disposto dal dettato dell'art. 1669 c.c.¹

* Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Relativamente all'appalto, con particolare attenzione alla responsabilità *ex art.* 1669 c.c. si segnalano, per una prima disamina in generale dell'argomento, i seguenti contributi della dottrina: G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007; F. CAPPALÀ, *La natura della garanzia per vizi nell'appalto*, Milano, 2011; M. C. CERVALE, *La struttura dell'appalto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2011 p. 97 e ss.; ID., *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 2016; G. CHIAPPETTA, in *Tratt. resp. contr.*, G. Visintini, II, 2009, p. 285 e ss.; M. DELLACASA, *Tratt. contr.*, V. Roppo, III, 2014, p. 445 e ss.; M. DE TILLA, *L'appalto privato*, II ed., in *Il diritto immobiliare*, Milano, 2007; M. GALLI, *Natura giuridica dell'appalto*, in *Domenico Rubino. Singole fattispecie negoziali*, a cura di P. Perlingieri e S. Polidori, Vol. II, Napoli, 2009, p. 765 e ss.; V. DI GREGORIO e F. VIGOTTI,

La sentenza veniva appellata dalle parti soccombenti, ed in secondo grado la Corte d'Appello giungeva a conclusioni opposte, escludendo l'applicabilità dell'art. 1669 c.c. al caso di specie e rigettando pertanto la domanda di risarcimento avanzata dai condomini. Il Giudice d'appello riteneva infatti che l'art. 1669 c.c. possa essere applicato solamente qualora ci si trovi di fronte casi di nuova costruzione, non anche, invece, in caso di interventi di mera ristrutturazione.

I condomini ricorrevano quindi in Cassazione, lamentando violazione e falsa applicazione dell'art. 1669 c.c., chiedendo la cassazione della sentenza emessa in appello.

2. *Il contrasto dottrinale e giurisprudenziale. La rimessione alle Sezioni Unite*

La terza sezione della Cassazione Civile rimetteva la questione al Primo Presidente², ravvisando un contrasto giurisprudenziale relativo all'applicabilità dell'art. 1669 c.c. anche alle opere di ristrutturazione edilizia su un immobile già esistente³.

in *Trattato dir. imm.*, G. Visintini, I, 2, 2013, p. 1162 e ss.; G. IUDICA, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, Lipari e Rescigno, III, 3, Milano, 2009, p. 287; N. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 223 e ss.; ID., *La garanzia per i vizi e la difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.* 1986, I, p. 2942 e ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *La normativa speciale relativa all'inadempimento dell'appaltatore*, in *Tratt. resp. contr.*, G. Visintini, II, Padova, 2009, p. 254 e ss.; A. LUMINOSO, a cura di, *Codice dell'appalto privato*, Milano, 2010; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, in *Tratt. Rescigno e Gabrielli*, XVIII, 2011, p. 301 e ss.; ID., in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 150 e ss.; M. MIGLIETTA e A. MIGLIETTA, *L'appalto privato*, Torino, 2006; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'Appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972; I. MUSIO, in *Tratt. resp. civ.*, P. STANZIONE, I, Padova, 2012, p. 723 e ss.; G. MUSOLINO, *Il contratto di appalto*, V ed., Rimini, 2007; ID., *La responsabilità dell'appaltatore*, IV ed., Rimini, 2007; ID., *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, Bologna, 2008; R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, 2016, p. 331 e ss.; S. POLIDORI, *La Responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norma speciali nell'appalto*, Napoli, 2004, p. 103 e ss.; ID., *Appalto* in *Tratt. dir. civ. del cons. naz. not.*, P. Perlingieri, 2015, p. 333 e ss.; U. RESCIGNO, *Appalto. Diritto privato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; R. ROSAPEPE, *Il contratto di appalto*, in *Contratti d'impresa* a cura di V. Buonocore e A. Luminoso, Milano, 1993, I, p. 218; D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, IV edizione, in *Comm. c. c.* N. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 2007, p. 457 e ss.; M. SANDULLI, *Sui "gravi difetti" di cui al 1669 codice civile*, in *Riv. giur. edil.*, 1970, I p. 958 e ss.; ID., *Ancora sui gravi difetti di cui all'art. 1669 Codice civile*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1974, I, pag. 5 e ss.; ID., *Autonomia e responsabilità dell'appaltatore*, in *Riv. giur. edil.*, 1977, II, p. 3 e ss.; M. STOLFI, *Appalto (contratto di)* in *Enc. dir.* II, 1958, p. 629 e ss.; G. VILLANACCI, *Appalto*, in *Dig. civ.*, IV ed. agg., III, Torino, 2007, p. 43 e ss.

² La rimessione alle S. U. avveniva tramite l'ordinanza n. 12041 del 10 giugno 2016 in *Foro it.*, 2016, I, p. 2762 e ss.; e in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, p. 1427 e ss., con nota di D. TESSERA, *Opere su immobili preesistenti e responsabilità ex art. 1669 c.c.*

³ Pacifico invece, ormai, che il campo di applicazione dell'art. 1669 c.c. riguardi non solo gli edifici ma anche tutte quelle costruzioni che sono incorporate al suolo, a patto che siano destinate ad una lunga durata nel tempo. Si veda in tal senso S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore.*, cit., p. 105 e ss., il quale sostiene che l'elemento discriminante per l'applicabilità del 1669 c.c. sia costituito dalla non occasionale incorporazione al suolo, caratteristica che fa rientrare pertanto nell'alveo di applicazione del 1669 c.c. anche sopraelevazioni o aggiunte ad opere già esistenti. Si veda in proposito anche quanto sostenuto da M. RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 1996, p. 458 e ss., il quale fa rientrare nell'ambito di

La questione giuridica sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite consiste, pertanto, nello stabilire se sia applicabile la responsabilità dell'appaltatore prevista dall'art. 1669 c.c.⁴ qualora si verificano vizi costruttivi comportanti un'apprezzabile menomazione del godimento del bene, in seguito a interventi di ristrutturazione e manutenzione di un immobile già costruito; o se, invece, in casi del genere sia preferibile applicare il dettato dell'art. 1667 c.c.⁵.

La scelta per l'applicazione di una norma o dell'altra è foriera di notevoli conseguenze sul piano della disciplina applicabile. Infatti, nel caso in cui si optasse per una responsabilità *ex art.* 1667 c.c. il committente avrebbe l'onere di denunciare le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta e l'azione contro l'appaltatore si prescriverebbe in due anni dal giorno della scoperta; viceversa, nel caso in cui si propendesse per l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., l'appaltatore sarebbe responsabile per dieci anni dal compimento dell'opera, la denuncia andrebbe effettuata entro un anno⁶ dalla scoperta del vizio o del di-

applicazione della disciplina dettata dal 1669 c.c. anche le autostrade, i ponti, le dighe, gli aeroporti, i pontili e le piattaforme marine. Nella giurisprudenza di merito, Trib. Genova, 29 aprile 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 740, ha sostenuto l'applicabilità dell'art. 1669 c.c. ritenendo cosa immobile un *boiler* installato per il riscaldamento di un appartamento.

⁴ Il testo dell'art. 1669 rubricato "*rovina e difetti di cose immobili*" stabilisce: «Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta. Il diritto del committente si prescrive entro un anno dalla denuncia».

⁵ L'art. 1667 c.c., rubricato "*Difformità e vizi dell'opera*" prevede invece che: «L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore. Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o vizi o se li ha occultati. L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna».

⁶ I precedenti di Cassazione sono concordi nel qualificare tale termine come un termine di decadenza *ex art.* 2964 c.c. La giurisprudenza di legittimità ritiene che questo termine inizi a decorrere dal momento in cui il soggetto che effettua la denuncia ha potuto avere un sufficiente grado di conoscenza oggettiva e completa sia della gravità dei difetti, sia -soprattutto- del collegamento causale fra tali difetti e la condotta tenuta dall'appaltatore nell'esecuzione dell'opera. Si verifica pertanto non in forza della mera conoscenza da parte del committente del vizio dell'opera, ma quando il committente raggiunge anche un grado sufficiente di consapevolezza che tale vizio è addebitabile causalmente alla cattiva esecuzione del contratto di appalto. Tale conoscenza è spesso impossibile fintanto che non sono state svolte indagini tecniche e, pertanto, spesso è stato fatto decorrere il termine annuale da tale momento. In questo senso si vedano; Cass. 18 aprile 1975 n.1472, consultabile sul sito www.italgiure.giustizia.it; Cass. 9 marzo 1999 n.1993 consultabile sul sito www.utetgiuridica.it; Cass. 29 marzo 2002 n.4622, in *Mass. giust. civ.*, 2002, 550; in *Giust. civ.*, 2003, I 1337; in

fetto e il diritto del committente si prescriverebbe in un anno dalla denuncia, inoltre la tutela verrebbe estesa anche gli aventi causa del committente⁷.

Sul punto, sia in dottrina che in giurisprudenza, si era creato un contrasto di cui i precedenti della Cassazione⁸ immediatamente antecedenti alla pronuncia delle S.U. sono la cartina tornasole.

Un primo orientamento⁹, più risalente nel tempo, propende per l'inapplicabilità dell'art 1669 c.c. nell'ipotesi di interventi manutentivi-modificativi di costruzioni già esistenti. Questo filone giunge a tali conclusioni sulla scorta della considerazione che il 1669 c.c.

Contratti, 2002, 1006 con nota di F. BRAVO; in *Foro It.*, 2002, I, 1685; in *Giur. It.* con nota di CARRINI; Cass. 1 agosto 2003 n. 1174, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 7-8, in *Dir. e giust.*, 2003, 34, 102; Cass. 22 agosto 2003 n.12386, in *Mass. giust. civ.*, 2003, 7-8; Cass. 13 gennaio 2015 n.567, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 1; Cass. 23 gennaio 2008 n. 1463, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 1, 78; e da ultima Cass. 5 luglio 2013 n. 16879 in *Guida dir.*, 2013, p. 36.

⁷ Il codice del 1942 ha introdotto tale novità rispetto al suo predecessore che non prevedeva tale forma di tutela per gli aventi causa del committente. Come acutamente osservato in dottrina, con il termine "avente causa" l'art. 1669 c.c. intende riferirsi agli acquirenti della proprietà, ovvero coloro che divengono proprietari, a seguito di acquisto a titolo derivativo, di un immobile inizialmente edificato sulla base di un contratto di appalto. Vi rientrano pertanto tutti coloro che siano diventati proprietari tramite atti *inter vivos*, in seguito a legato o anche in seguito ad una procedura esecutiva (si pensi ad un'esecuzione forzata o ad una espropriazione per ragioni di pubblica utilità). Vengono invece esclusi dal novero degli aventi causa coloro che abbiano acquistato un diritto reale minore sull'immobile. Si vedano in tal senso le considerazioni di L. DE RENZIS, *Rovina-perimento dell'opera. Garanzie per opere di lunga durata*, in AA. VV., *L'appalto privato*, a cura di M. Costanza, Torino, 2000, p. 176. In tal proposito si veda anche D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'Appalto. Art. 1655-1677*, cit.

⁸ Nel 2015 infatti la Corte di Cassazione emise due pronunce diametralmente opposte sull'argomento in questione. Inizialmente Cass. 22 maggio 2015 n. 10658, consultabile sul sito www.iusexplorer.it, sostenne che l'art. 1669 c.c. non trova applicazione alle modificazioni ed alle riparazioni intervenute su edifici o altre cose immobili già preesistenti, di fatto confermando il principio già affermato da Cass. 20 novembre 2007 n. 24143, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 11; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 680 e ss., con nota di S. MARINUCCI, *Opere di riparazione del terrazzo condominiale ed esclusione della garanzia decennale dovuta dall'appaltatore ex art. 1669 c.c.*; in *Contratti*, 2008, pag. 673 e ss., con nota di A. LAMANUZZI, *Art. 1669 c.c. ed opere di riparazione o modificazione*; in *Guida dir.*, 2008, 6, 38; in *Resp. Civ.*, 2008, p. 516 e ss., con nota di A. RIZZIELI, *Opere di rifacimento di un immobile e natura della responsabilità dell'appaltatore*. Fra le pronunce di merito conformi a questa lettura restrittiva si segnala: Trib. Milano, 15 novembre 2011 n. 13620, consultabile su www.iusexplorer.it. In un secondo momento Cass. 04 novembre 2015 n. 22553, in *Imm. e propr.*, 2016, 1, p. 51 e in *Rep. Foro it.*, 2016, voce appalto, n. 32; ha invece affermato il principio opposto secondo cui anche coloro che hanno realizzato opere su immobili preesistenti rispondono ex art. 1669 c.c. laddove tali opere incidano su elementi essenziali dell'immobile o su elementi secondari ma tuttavia necessari alla funzionalità e fruibilità dello stesso.

⁹ In dottrina si schierano per una lettura restrittiva dell'art. 1669 c.c., escludendone l'operatività nei casi di ristrutturazioni e operazioni di manutenzione su immobile già esistente, C. GIANATTANASIO, *L'Appalto*, II edizione, Milano, 1977, p. 230 e ss., il quale ritiene che la norma sancita dall'art. 1669 c.c. non sia soggetta ad applicazione analogica e pertanto non applicabile alle ipotesi in cui non ci sia costruzione *ex novo* di un fabbricato o di un immobile per sua natura destinato a lunga durata; M. RINALDI, *Rovina e difetti di cose immobili*, in *Vizi e difformità delle opere. Responsabilità dell'appaltatore, del direttore dei lavori e del progettista nell'appalto privato e di opere pubbliche*, a cura di M. De Giorgi, Milano 2013, p. 145, il quale sottolinea come le aspettative del committente relativamente alla durata e alla perfezione dell'opera siano maggiormente tutelate nel caso in cui questi abbia ordinato all'appaltatore la costruzione di un intero edificio, non già quando, invece, sia stata richiesta la realizzazione solamente di un impianto, o di una porzione di edificio o la manutenzione di questo.

delimiterebbe il suo ambito di applicazione a quelle opere aventi ad oggetto la costruzione *ex novo* di edifici ed altri immobili destinati a lunga durata, ivi inclusa la sopraelevazione di un fabbricato già esistente, nella quale si potrebbe ravvisare comunque una costruzione nuova ed autonoma. La norma non sarebbe però applicabile alle modificazioni o alle riparazioni apportate ad un edificio o ad altre cose immobili già preesistenti. Secondo i sostenitori di questa teoria, infatti, la costruzione *ex novo* di un edificio o di altra cosa immobile costituirebbe il presupposto ed al contempo il limite di applicazione della responsabilità prevista per l'appaltatore dall'art. 1669 c.c. Per questo orientamento la norma raccorderebbe il termine "opera" a quello di "edifici o altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata". Seguendo quest'impostazione, dunque, nel caso di specie sarebbero semmai applicabili, laddove ne ricorressero le condizioni, le garanzie previste dall'art. 1667 c.c., ma non quelle del 1669 c.c.

Un secondo orientamento¹⁰ è addivenuto a conclusioni opposte, affermando l'operatività dell'art. 1669 c.c. anche nel caso di vizi o difetti di opere realizzate su un edificio preesistente, qualora tali opere incidano sugli elementi essenziali dell'immobile o su elementi secondari ma rilevanti per la funzionalità globale del medesimo. Tale diversa impostazione ermeneutica si basa sulla considerazione che il fatto che la lettera dell'art. 1669 c.c. differenzi fra "edificio o altra cosa immobile destinata a lunga durata" ed "opera" non sia casuale, bensì espressivo della volontà del legislatore di tenere ben distinte le due cose. Pertanto "l'opera" a cui si riferisce la norma non andrebbe necessariamente identificata e sovrapposta con "l'edificio o la cosa immobile destinata a lunga durata"; al contrario, il concetto di "opera" dovrebbe invece estendersi a qualsiasi intervento, modificativo o riparativo, eseguito anche successivamente all'originaria costruzione dell'edificio. Da ciò conse-

¹⁰ In dottrina si sono schierati per una lettura ampia della norma in esame, estendendo la responsabilità dell'appaltatore *ex art.* 1669 c.c. anche alle ipotesi di modificazioni o di riparazioni effettuate su immobile già esistente: O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Digesto*, IV ed., disc. priv., Sez. comm., I, Torino, 1987, p. 165 e ss.; ID., voce *Appalto* in *Contratti commerciali*, in *Tratt. dir. comm. e di dir. pub. econ.*, F. Galgano XVI, 1991, p. 771; M.C. CERVALE, *Struttura dell'Appalto*, cit., p. 161; M. DELLACASA, *Tratt. contr.*, V. Roppo, cit., p. 445 e ss.; A. LAMANUZZI, *Art. 1669 c.c. ed opere di riparazione o modificazione*, cit., p. 677 e ss.; S. MARINUCCI, *Opere di riparazione del terrazzo condominiale*, cit., p. 683 e ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 335 e ss.; D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 457 e ss.; D. RUBINO, *L'Appalto*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, IV Edizione, Torino, 1980, p. 587 e ss.; M. SORBILLI, *Il contratto di appalto e l'ambito di applicazione della responsabilità per rovina e difetti di cose immobili ai sensi del 1669 c.c.*, in *Riv. trim. app.*, 2015, 1, p. 195 e ss.; D. TESSERA, *Opere su immobili preesistenti*, cit., p. 1428 e ss.; C. VIGNALI, *L'appalto immobiliare*, Rimini, 1991, p. 167.

guirebbe che anche il termine “compimento”, fondamentale per la delimitazione temporale decennale della responsabilità, si riferisca all’opera -eventualmente consistente anche in opere di manutenzione o ristrutturazione realizzate dopo l’originaria costruzione dell’edificio- e non già all’edificio in se considerato, come sosteneva la tesi opposta.

3. *La pronuncia delle Sezioni Unite in favore di un’applicazione estensiva dell’art. 1669 c.c.*

La sentenza in commento individua numerosi indici all’interno del sistema che parrebbero avvalorare la soluzione che propende per l’operatività dell’art. 1669 c.c. anche alle opere realizzate su immobile preesistente, ritenendola preferibile rispetto alla tesi contraria sia in ragione di una interpretazione storico-evolutiva, sia in considerazione di criteri letterali e teleologici¹¹.

Innanzitutto, la sentenza in commento evidenzia come, in favore dell’applicabilità del 1669 c.c. anche al caso di specie, propenda il mutamento di prospettiva effettuato nell’art. 1669 c.c. dal legislatore del 1942 rispetto agli equivalenti normativi del *Code Napoleon* originario (articolo 1792)¹² e del codice civile italiano del 1865 (articolo 1639). In particolare, mentre nel testo del codice italiano abrogato il soggetto della seconda proposizione subordinata era “l’edificio o altra opera notevole”, nella configurazione attuale della norma il soggetto è “l’opera”, termine che rimanda al risultato a cui è tenuto l’appaltatore: opera che

¹¹ Sul tema dell’interpretazione, ed in particolare sulla necessità di una interpretazione sistematico-assiologica pare essenziale un rinvio almeno a: E. BETTI, *Teoria Generale dell’Interpretazione*, I e II, Milano, 1955; ID., *interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, II Ed., a cura di G. Crifò, Milano, 1971; ID., *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva* (1959) in ID., *Diritto Metodo ed Ermenutica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991; G.GORLA, *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giurisprudenziale in Italia*, in Quad. Foro it., 1966, p. 5 e ss.; P. PERLINGIERI, *L’interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel c.c. e la nuova scuola dell’esegesi*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi di diritto civile*, Napoli, 1989, p. 283 e ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, (1983), III ed., Napoli, 2006, p. 578 e ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica, l’interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012.

¹² La Sentenza sottolinea come il testo di tale art., nella sua versione originaria, recitasse: «*Si l’edifice construit a prix fait, perit en tout ou en partie par le vice de la construction, meme par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont roonsables pendant dix ans*» ovvero, in buona sostanza che “Se l’edificio costruito a prezzo fatto perisce in tutto o in parte a causa di un vizio di costruzione o per un vizio del suolo, gli architetti ed i gli imprenditori ne sono responsabili per dieci anni”.

può dunque consistere in *qualsiasi* intervento su un immobile destinato a lunga durata, indipendentemente dal fatto che ci sia stato o no una nuova costruzione¹³.

Le Sezioni Unite sottolineano come al susseguirsi di queste disposizioni nel corso del tempo abbia fatto da *pendant* una progressiva e costante estensione dell'ambito di applicazione della normativa in questione. Si è arrivati dunque ad inserire la nozione di “gravi difetti”¹⁴ tra i presupposti essenziali della norma, al fianco della “rovina in tutto o in parte” e dell’“evidente pericolo di rovina”, con la conseguenza di giungere ad un’ampia applicazione della norma¹⁵. Peraltro, l’art. 1669 c.c. già di per sé stesso si presta a molteplici interpretazioni del significato delle sue parole. Infatti, nel testo dell’articolo vengono adoperati numerose locuzioni e termini che per loro stessa natura hanno un significato semantico particolarmente sfumato e permettono pertanto una applicabilità particolarmente ampia, tanto che pare quasi che attribuiscono al giurista una specie di “mandato in bianco”¹⁶. A questo proposito, si ricorda che fra i primi commentatori della sentenza in oggetto c’è stato chi¹⁷ recentemente ha definito il 1669 c.c. come “*emblematico della tecnica normativa dei concetti elastici o*

¹³ In dottrina già nel primo dopoguerra era stato effettuato un primo confronto fra l’art. 1669 c.c. del codice vigente e l’art. 1639 del codice del 1865 si veda A. VITALE in *Comm. D’Amelio e Finzi*, Libro delle Obbl., II, 1, Barbera, 1947, *sub* artt. 1669-1670 c. c. p. 400 e ss.

¹⁴ Sul concetto di gravi difetti si vedano le considerazioni di D. TESSERA, *Opere su immobili preesistenti*, cit., p. 1428 e ss e R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016 p. 311 e ss; S. POLIDORI, *La Responsabilità dell’appaltatore*, cit., p. 107 e ss.

¹⁵ Sul punto D. TESSERA, *Opere su immobili preesistenti*, cit. p. 1429 e ss. e S. POLIDORI, *La Responsabilità dell’appaltatore*, cit., p. 107 e ss; i quali analizzando la locuzione “gravi difetti” hanno infatti sottolineato come questi ultimi possano derivare anche da interventi che abbiano portata limitata e non incidano su elementi essenziali o sulla funzionalità complessiva dell’immobile, potendo ciononostante impedire il godimento del bene in modo molto significativo. Per Polidori «*si considera grave anche il difetto che, pur attingendo elementi accessori dell’edificio ne compromette l’impiego duraturo e incide considerevolmente sulle possibilità di godimento utile*». Secondo Tessera per poter stabilire l’applicabilità o meno dell’art. 1669 c.c. sarebbe opportuno prendere in considerazione non già l’importanza dell’opera in relazione all’immobile, quanto piuttosto la gravità del difetto che si sia eventualmente verificato in seguito all’intervento. Infatti, mentre la norma non si esprime relativamente all’importanza dell’opera, richiede invece esplicitamente che i difetti siano gravi. Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza, si veda ad esempio quanto affermato da Cass. 16 luglio 2001 n. 9636 in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1963.

¹⁶ Metafora utilizzata nei suoi scritti sulle clausole generali da A. GUARNIERI, *Clausole Generali*, in *Scritti scelti*, 2017, p. 43 e ripreso poi, nell’analisi della norma specificatamente in questione da M. MATTIONI, *Una pronuncia esemplare sull’ambito di applicazione (e sulla natura) della responsabilità ex art. 1669 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2017, p. 1195.

¹⁷ M. MATTIONI, *Una pronuncia esemplare*, cit., p. 1195.

indeterminat?”, tecnica con la quale il legislatore fa sì che sia l’interprete a colorare di significato concreto il dato normativo¹⁸.

Secondo l’interpretazione offerta dalle Sezioni Unite, anche il significato letterale del termine costruire parrebbe far propendere per una applicabilità del 1669 c.c. anche ai casi di manutenzione e ristrutturazione. In questo senso la Corte fa riferimento all’etimologia stessa del vocabolo che deriva dal latino *cum struere*, ovvero ammassare insieme, e che pertanto non dovrebbe riferirsi solo all’edificare originariamente, per la prima volta, ma anche a tutte quelle attività che prevedano un assemblaggio fra loro di più parti, convenientemente disposte. Ecco dunque che il significato del sostantivo “costruzione” presente nel testo dell’art. 1669 c.c. andrebbe considerato un *nomen actionis* col quale si fa riferimento non già all’edificio in se, bensì all’attività costruttiva.

Inoltre, la sentenza in esame rileva correttamente come, in numerosi precedenti giurisprudenziali, la Cassazione, pur non esaminando la questione in maniera diretta, abbia presupposto l’applicazione dell’art. 1669 c.c. anche con riferimento ad opere limitate, affermando l’applicazione di tale norma a prescindere da una nuova edificazione o costruzione. Così sono stati ritenuti gravi difetti dell’opera, rilevanti ai sensi del 1669 c.c. quelli riguardanti: opere di pavimentazione; infiltrazioni d’acqua, inefficienza dell’impianto di riscaldamento o di quello idrico; crollo o disfacimento degli intonaci etc.¹⁹. Da questi esempi si ricava in-

¹⁸ Sull’importanza di legiferare per clausole generali si vedano le lucide considerazioni di P.PERLINGIERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, (1983), cit., p. 223 e ss. In cui l’A. sottolinea come l’utilizzazione di questa tecnica permetta di lasciare al Giudice e all’interprete una maggiore autonomia nell’adattare la norma a situazioni di fatto concrete, calate nella realtà storica ed ambientale del periodo, come accade con le nozioni di “ordine pubblico”, “buon costume”, “solidarietà” etc.

¹⁹ Si vedano: Cass. n. 2238/2012 che ha considerato gravi difetti inquadrabili nell’ambito dell’art. 1669 c.c. quelli riguardanti la pavimentazione interna ed esterna di una rampa di scale; Cass. 1608/2000, che vi ha incluso le opere di pavimentazione ed impiantistica; Cass. n. 84/2013, Cass. n. 21351/2005, Cass. n. 117/200, Cass. n. 4692/1999, Cass. n. 2260/1998, Cass. n. 2775/199, Cass. n. 3301/1996, Cass. n.10218/1994, Cass. n.13112/1992, Cass. n. 9082/1991, Cass. n. 2431/1986, Cass. n. 1427/1984, Cass. n.6741/1983, Cass. n. 2858/1983, Cass. n. 3971/1981, Cass. n. 3482/1981, Cass. n. 6298/1980, Cass. n. 4356/1980, Cass. n. 206/1979, Cass. n. 2321/1977, Cass. n. 1606/1976, Cass. n. 1622/1972, tutti precedenti nei quali sono stati considerati gravi difetti *ex art.* 1669 c.c. le infiltrazioni d’acqua, l’umidità nelle murature ed i rilevanti problemi di impermeabilizzazione; Cass. n. 20307/2011 relativa ad un ascensore panoramico esterno ad un edificio; Cass. n. 13106/1995 che ha considerato grave difetto *ex art.* 1669 c.c. l’inadeguatezza recettiva di una fossa biologica; Cass. n. 5002/1994, Cass. n. 7924/1992, Cass. n. 5252/1996, Cass. n. 2763/1984 relative a difetti dell’impianto centralizzato di riscaldamento, anche questo considerato grave difetto *ex art.* 1669 c.c.; Cass. n. 6585/1986, Cass. n. 4369/1982, Cass. n. 3002/1981, Cass. n. 1426/1976 relative a crolli e disfacimenti di intonaci qualificati come gravi difetti *ex art.* 1669 c.c.; anche difetti riguardanti il collegamento degli scarichi di acque bianche e dei pluviali discendenti con la condotta fognaria sono stati considerati gravi ai sensi dell’art.

confutabilmente un dato di fatto: è del tutto irrilevante, nell'economia del ragionamento giuridico, che i gravi difetti o i vizi riguardino una costruzione interamente nuova. La Cassazione ha sempre più spesso preso in considerazione gli elementi secondari, non strutturali, andando a verificare l'aspetto funzionale del prodotto conseguito ed affermando che ben potrebbero elementi non strutturali, anche accessori, incidere sul complessivo godimento del bene. Si è così verificato nel corso del tempo un mutamento dell'originaria visione dell'art. 1669, inteso come norma di protezione dell'incolumità pubblica, valorizzando l'esigenza che l'immobile possa essere goduto ed utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione. Secondo le Sezioni Unite, insomma, la *ratio* della norma in questione è mutata nel corso del tempo, e gli interpreti più accorti se ne sono resi conto, utilizzando tale diversa e più ampia *ratio* a fini ermeneutici.

Oltretutto, come è già stato sottolineato in dottrina nei primi commenti a questa pronuncia²⁰, interpretare in modo estensivo la norma, è l'unico modo per riuscire a salvaguardare la scelta effettuata dal codificatore del 1942 di ricondurre il contratto d'appalto ad un tipo contrattuale autonomo ed unitario²¹. Infatti, uno dei capisaldi su cui si basa la legislazione per tipi contrattuali è senza dubbio l'organicità della fattispecie presa come modello, ragion per cui il tipo contrattuale non viene determinato solamente dalla presenza di determinati elementi o dalle loro relazioni, ma altresì “*dal loro contesto unitario, dal loro insieme che ne permette una individuazione come realtà a sé stante*”²². Questo fenomeno accade poiché utilizzando la tecnica normativa per tipi contrattuali, nel processo di elaborazione si riuniscono i singoli dati tipizzanti, che accomunano gli appartenenti a quel tipo contrattuale, in ragione della loro correlazione: questi elementi non vengono però semplicemente sommati, ma ricondotti ad una struttura unitaria²³. Pertanto la scelta effettuata dal codificatore del 1942 implica necessariamente che il giurista debba applicare le disposizioni in tema di appalto a qualsiasi appalto, garantendo per quanto possibile una applicazione omogenea e rifuggendo

1669 c.c. da Cass. n. 5147/1987; Cass. n. 2070/1978 ha infine fatto rientrare nella categoria dei gravi difetti *ex art. 1669 c.c.* le infiltrazioni di acque luride.

²⁰ M. MATTIONI, *Una pronuncia esemplare*, cit., p. 1195.

²¹ Su tale specifico argomento si vedano le considerazioni di F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, p. 4 e ss.; D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, cit., *sub art. 1655 c. c.*, p. 1 e ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Tratt. contr.*, V. Roppo, II, 2006, p. 191 e ss.; A. VITALE, *Comm. D'Amelio e Finzi*, cit., *sub artt. 1669-1670 c. c.* p. 400 e ss.

²² Così si è espresso F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, cit., p. 4 e ss.

²³ Sul punto si vedano le considerazioni di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Pavia, 1974, p. 128.

da limitazioni arbitrarie della responsabilità *ex art. 1669 c.c.*, come è stato correttamente sottolineato da parte della dottrina²⁴. Diversamente ragionando, il tipo contrattuale dell'appalto diverrebbe una categoria meramente astratta, priva di qualsiasi efficacia normativa. Peraltro, proprio la normativa²⁵ che alcuni hanno ipotizzato potesse giustificare una limitazione della responsabilità *ex art. 1669*, depone invece per l'applicazione di questa responsabilità anche agli interventi di ristrutturazione e manutenzione, se si pensa che la disciplina del d.lgs 122/2005 è stata ritenuta applicabile, in via interpretativa, anche agli interventi di ristrutturazione²⁶.

Inoltre, non può che sottolinearsi come la tesi che esclude l'operatività del 1669 c.c. presti il fianco a dubbi di legittimità costituzionale. Gli articoli 1667 e 1668 c.c., del pari riguardanti la responsabilità dell'appaltatore, si applicano infatti anche alle opere consistenti in mere modificazioni o riparazioni. Pertanto interpretare restrittivamente l'applicabilità del 1669 c.c. porterebbe irrazionalmente e in violazione dell'art. 3 Cost. ad applicare l'art. 1667 c.c. ancorché l'opera consista, previa demolizione, in una ricostruzione totale o parziale, del tutto sovrapponibile ad una costruzione *ex novo*. Così argomentando la Corte si rifà alle argomentazioni propugate da quella parte di dottrina²⁷ che aveva correttamente sottolineato

²⁴M. MATTIONI, *Una pronuncia esemplare*, cit., p. 1196. Fra l'altro l'A. sottolinea in una interessante nota come l'art. 4 del d.lgs 20/6/2005 n. 122 (disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire) non possa essere certamente considerato come una valida giustificazione per limitare la responsabilità *ex art. 1669 c.c.*, nonostante stabilisca l'obbligo per il costruttore di stipulare e consegnare all'acquirente dell'immobile da costruirsi una polizza decennale a copertura dei danni *ex art. 1669 c.c.* Una lettura della norma che limitasse l'applicazione dell'art. 1669 c.c. al solo costruttore sulla base di tale articolo sarebbe da rifuggire secondo l'A. L'art. 4 del d.lgs. 20/6/2005 n. 122 riguarda esclusivamente il costruttore non certo perché il legislatore lo ritenga come unico soggetto in grado di rispondere *ex art. 1669 c.c.*, ma per il semplice fatto che il decreto in questione contiene una normativa che non riguarda gli interventi di ristrutturazione o manutenzione.

²⁵ Ci si riferisce all'art. 4 del d.lgs 20/6/2005 n. 122, vedi nota precedente. Per una panoramica sulla normativa del d. lgs n.122/2005 si vedano: F. ALCARO, *Il sistema delle garanzie nella nuova disciplina a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 487 e ss.; A. LUMINOSO, voce "Immobili da costruire" (tutela degli acquirenti di) in *Enc. giur. Treccani*, XV, 2006; L. MEZZASOMA, *Il "consumatore" acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, 2008, p. 191 e ss.; ID., *Il sistema delle garanzie nella vendita di immobili da costruire e, in particolare, l'obbligo di rilascio della polizza assicurativa per vizi e difetti del bene*, in AA. VV., *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, 2008, p. 413 e ss.;

²⁶ Si vedano ad esempio le considerazioni di G. VETTORI, *La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetto, oggetto, atti*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 105 e ss.

²⁷ Si veda quanto sostenuto in proposito da M. DELLACASA, *Tratt. contr.*, V. Roppo, cit., p. 456 e ss., che sottolinea l'incongruenza che si verificherebbe nel caso in cui si interpretasse restrittivamente la responsabilità *ex art. 1669 c.c.* attraverso un esempio calzante: i gravi difetti riscontrati nella costruzione *ex novo* di una scala sarebbero risarciti, mentre la richiesta di risarcimento per i medesimi gravi difetti potrebbe essere facilmente paralizzata da un'eccezione di prescrizione se questi fossero incorsi durante la ristrutturazione della scala,

come un'interpretazione restrittiva della responsabilità *ex art. 1669 c.c.* porterebbe erroneamente ad applicare la disciplina degli articoli 1667 e 1668 c.c., che fornisce una tutela molto più debole per il committente, ad una serie di interventi, quelli di manutenzione e di ristrutturazione, nei quali si rinviene un'esigenza di proteggere il committente con una tutela prolungata nel tempo, esigenza che sicuramente non è né meno necessaria né meno importante della necessità che si manifesta in presenza di costruzioni *ex novo*. È un dato di fatto oggettivo, infatti, che anche in caso di ristrutturazioni o interventi manutentivi gli eventuali difetti frequentemente si manifestano in un periodo di tempo parecchio posteriore all'intervento eseguito, dato che spesso se ne può percepire la portata solo in seguito all'azione degli agenti atmosferici e ai processi di assestamento, il che comporta periodi di latenza abbastanza lunghi. In ragione di ciò non vi sarebbe motivo di trattare tali situazioni in maniera diversa (e deteriore) rispetto alle costruzioni *ex novo*, verificandosi in entrambi i casi la necessità di una tutela prolungata nel tempo, che garantisca il committente per il manifestarsi di questi vizi a distanza di tempo.

Ad ulteriore detrimento della teoria che ritiene inapplicabile il 1669 c.c. ai casi di ristrutturazioni e manutenzioni, le Sezioni Unite evidenziano anche il *vulnus* determinato dal fatto che, sostenendo l'ipotesi dell'inapplicabilità alle ristrutturazioni, sarebbe stato molto più logico formulare diversamente l'*incipit* del 1669 c.c. (per esempio con una formulazione del genere: "Quando si tratta *della costruzione* di edifici...").

Inoltre sposando questa tesi, il termine "costruzione" presente nel 1669 c.c. non sarebbe riferibile agli altri immobili destinati a lunga durata, che pure sono contemplati dalla norma. Per questi immobili la norma sarebbe applicabile, del tutto paradossalmente, solo se la rovina, l'evidente pericolo di rovina o i gravi difetti dipendessero dal suolo, ovvero da una sola delle due cause individuate dalla norma.

Infine, secondo le Sezioni Unite, interpretando il termine "costruzione" del 1669 c.c. come "nuova edificazione" sarebbe logico il rinvio al concetto normativo di costruzione elaborato dalla giurisprudenza in tema di distanza. Tuttavia tale rimando sortirebbe effetti

nonostante in entrambi i casi i difetti siano tali da non permettere un corretto godimento dell'immobile e una sua utilizzazione in maniera conforme alla sua destinazione. Interpretare in maniera restrittiva la responsabilità *ex art. 1669 c.c.* secondo l'A. porterebbe pertanto ad esiti iniqui e ad una notevole instabilità in sede applicativa.

inaccettabili e contraddittori: si pensi, per esempio, al fatto che questa giurisprudenza considera “costruzione” un balcone, ma non invece la fedele ed integrale ricostruzione, senza variazione volumetriche, di un edificio già esistente.

Attraverso gli argomenti sopra richiamati le Sezioni Unite hanno escluso dunque la soluzione che nega l’operatività del 1669 c.c. nei casi di ristrutturazioni e modificazioni di opere preesistenti ed hanno composto il summenzionato contrasto, affermando che «l’art. 1669 è applicabile, ricorrendone tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia, e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata su immobili preesistenti, che (rovinino o) presentino (evidente pericolo di rovina o) gravi difetti incidenti sul godimento e sulla normale utilizzazione del bene, secondo la destinazione propria di quest’ultimo».

4. *L’obiter dictum sulla natura della responsabilità ex art. 1669 c.c.*

Le Sezioni Unite non si limitano però ad individuare il mutamento di prospettiva rispetto all’iniziale visione dell’art. 1669 c.c., ovvero quella valorizzazione dell’esigenza che l’immobile possa essere goduto e utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione -più volte sottolineata nella sentenza in oggetto- che ha portato le S.U. a parlare di evoluzione dell’art. 1669 c.c. da norma di esclusiva protezione dell’incolumità pubblica a norma che tutela anche e soprattutto il privato cittadino.

La Suprema Corte trae spunto da questo mutamento evolutivo della *ratio* della normativa per emettere un *obiter dictum* dal peso specifico potenzialmente enorme. Infatti, prendendo posizione relativamente all’annosa questione della natura della responsabilità dell’appaltatore, la Cassazione propugna un superamento dell’orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che la ritiene di natura extracontrattuale. Le Sezioni Unite infatti ritengono che ciò che cerca di tutelare l’art. 1669 c.c. si sia spostato «dall’incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene» e che pertanto questa evoluzione imponga ai giuristi un passaggio «da un’ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale».

Come è noto sul tema della natura della responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c. si rinvencono due orientamenti²⁸ contrapposti²⁹.

Il primo, maggiormente seguito in dottrina³⁰, ritiene che tale responsabilità abbia natura contrattuale, basandosi innanzitutto sulla collocazione sistematica della norma, inserita

²⁸ Per la verità G. CHIAPPETTA, in *Tratt. resp. contr.*, G. Visintini, cit., p. 301 e ss. e dapprima B. PAGLIARA, *La responsabilità per rovina e difetti di cose immobili*, in *Dir. prat. ass.*, 1980, I, p. 222 hanno proposto una terza soluzione, di mezzo, sostenendo che la responsabilità ex art. 1669 c.c. sia di natura "mista" potendo assurgere a responsabilità contrattuale nei confronti del committente, ed a responsabilità extracontrattuale nei confronti degli aventi causa e dei terzi, in ragione dei differenti interessi che la norma si prefigge di proteggere, che a seconda dei soggetti danneggiati nelle specifiche fattispecie concrete può essere qualificato come privato o di ordine pubblico. Anche S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 129 e ss. pare manifestare apertura verso questa soluzione, affermando che "L'intuizione alla stregua della quale, mentre la tutela dell'appaltante impone l'applicazione delle regole della responsabilità per inadempimento, quella dei terzi postula il regime dell'illecito aquiliano, merita di essere sviluppata...".

²⁹ Secondo un recente contributo di M.C. CERVALE, *Struttura dell'appalto*, cit., p. 269 e ss. un tratto distintivo della responsabilità dell'appaltatore in generale, ed ex 1669 c.c. in particolare, potrebbe essere rinvenuto nella responsabilità oggettiva. L'A. sottolinea come, anche quando la natura della responsabilità ex 1669 c.c. viene qualificata come contrattuale, si rinvenga «una tendenza a configurare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, insistendo su talune caratteristiche insite nella figura e nel ruolo dell'appaltatore». Sarebbe la qualità di imprenditore, rivestita dall'appaltatore, a portare a tale conclusione: poiché l'appaltatore svolge in maniera professionale un'attività economica con organizzazione dei mezzi e gestione a proprio rischio, dovrebbe essere tenuto responsabile per qualsiasi avvenimento che dipenda dal funzionamento della sua organizzazione. L'Autrice avvalorava questa tesi anche con riferimento ad una lettura coordinata dell'art. 1669 c.c. con l'art. 2050 c.c., richiamando la pericolosità insita all'attività edilizia che determina un onere di diligenza superiore a quello ordinario, implicando, dal punto di vista della responsabilità contrattuale, «l'imposizione di una garanzia relativa proprio a quei fatti che creano un pericolo di danno per il committente ed i suoi aventi causa». In questo senso si veda anche M. COSTANZA, *Perimento e deterioramento dell'opera*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 70.

³⁰ La tesi che qualifica la Responsabilità ex art. 1669 c.c. come contrattuale fu sostenuta già dagli anni '50: lucidissime in proposito le argomentazioni di Domenico Rubino «Anche ad una superficiale lettura del 1669 appare chiaro che quella ivi prevista è una responsabilità che deriva dal contratto d'appalto. La legge stessa dice esplicitamente che essa vale di fronte al committente; e per estenderla nei riguardi degli aventi causa del committente ha dovuto dirlo, pure esplicitamente, mostrando con tutta chiarezza che questa estensione è un'eccezione, e che come regola tale responsabilità sussiste solo di fronte al committente», D. RUBINO, *L'Appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, II Ed., Torino, 1951, p. 319. Per la dottrina favorevole a questa interpretazione si vedano anche i contributi di G. ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985; ID., *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 959 e ss.; C.M. BIANCA *Diritto civile*, 5, la responsabilità, Milano, 1994, p. 45 e ss.; M. C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999; A. CINANFLONE, *Difficoltà e vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Acque bonif. costr.*, 1950, p. 93 e ss.; ID., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, p. 953 e ss.; M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, sub art. 2053 c.c., in *Comm. Schlesinger*, 2009, p. 408 e ss.; M. COSTANZA, *Perimento e deterioramento dell'opera*, cit., p. 68 e ss.; S. DELLA BELLA, *La Cassazione sulla responsabilità ex art. 1669 c.c.: la legittimazione passiva del fornitore di materiali edilizi difettosi*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 399 e ss.; G.B. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1993, p. 873 e ss.; C. GIANATTANASIO, *L'Appalto*, cit., p. 226 e ss.; A. GRAZIANI, G. MINERVINI e U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, p. 315 e ss.; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 301 e ss.; R. MICCIO, *La responsabilità dell'appaltatore per la rovina dell'immobile*, in *Foro it.*, 1952, c. 975 e ss.; G. MUSOLINO, *La responsabilità extracontrattuale nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 1998, p. 707 e ss.; ID., *Responsabilità contrattuale e garanzia per i vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, p. 49 e ss.; ID., *La responsabilità dell'appaltatore*, cit.; ID., *Il contratto di appalto*, cit.; ID., *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2001; ID., *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, cit.; D. RUBINO, *L'Appalto*, cit., p. 587 e ss.; D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, cit, p. 450 e ss.

nella disciplina contrattuale dell'appalto e non in quella dei fatti illeciti, dopo l'art. 2043 c.c.³¹. I sostenitori di questa teoria sottolineano anche come la giurisprudenza, pur sposando la tesi extracontrattuale, quando ha analizzato singolarmente la responsabilità *ex* articolo 1669 c.c., ha tuttavia, invece, sempre qualificato le disposizioni dettate dal legislatore negli articoli 1667, 1668 e 1669 c.c, quando si è trovata a considerarle complessivamente, in maniera unitaria³², come un insieme di norme che regolano fattispecie peculiari di inadempimenti contrattuali. Un'altra considerazione, spesso utilizzata da coloro che optano per qualificare come contrattuale la responsabilità *ex* art. 1669 c.c., è quella riguardante l'espressa previsione normativa di cui ha avuto bisogno il legislatore per estendere tale responsabilità nei confronti degli aventi causa del committente: con ciò dimostrando, secondo questo filone dottrinale, che tale estensione è un'eccezione e che normalmente la regola generale è che questa responsabilità sussista solo nei confronti del committente, ulteriore indice della sua natura contrattuale³³.

Il secondo orientamento, minoritariamente seguito in dottrina³⁴, ma fatto proprio dalla giurisprudenza³⁵ in maniera pressoché granitica³⁶, sostiene che la responsabilità in questione abbia natura extracontrattuale.

³¹ In questa prospettiva, si vedano in particolare le lucide argomentazioni di D. RUBINO, *L'Appalto*, cit., p. 580 e ss. In cui l'A. sottolinea come il legislatore, se avesse realmente voluto qualificare come extracontrattuale la responsabilità *ex* art. 1669 c.c., avrebbe senza dubbio collocato la norma nel titolo dei fatti illeciti, e più precisamente all'art. 2053 c.c., ampliando la sua operatività anche al costruttore dell'edificio.

³² In tal senso si vedano le considerazioni di M. C. CERVALE, *Struttura dell'appalto*, cit. p. 148; G. MUSOLINO, *La responsabilità extracontrattuale nel contratto di appalto*, cit., p. 707 e ss; ID., *Responsabilità contrattuale e garanzia per i vizi dell'opera nel contratto di appalto*, cit. p. 49 e ss.; ID., *La responsabilità dell'appaltatore*, cit.; ID., *Il contratto di appalto*, cit.; ID., *La responsabilità civile nell'appalto*, cit.; ID., *Appalto e contratto d'opera. La responsabilità*, cit.

³³ Ancora una volta l'osservazione è di D. RUBINO, *L'Appalto*, cit., p. 580 e ss.

³⁴ In dottrina tale tesi minoritaria è stata sostenuta da R. BARBANERA, *La responsabilità del costruttore per rovina o difetti di cose immobili nel quadro dei rapporti tra la disciplina speciale *ex* art. 1669 c.c. e la norma generale dell'art. 2043 c.c.*, nota a Cass. 7 aprile 1999, n. 3338, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 138 e ss.; U CARNEVALI, *Sui rapporti tra l'art. 1669 c.c. e l'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. prev.* 1978, p. 432 e ss; ID., *Ancora sui rapporti tra l'art. 1669 c.c. e l'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 1054 e ss; E. FAVARA, *Natura ed estensione della responsabilità dell'appaltatore per rovina o difetti di cose immobili*, in *Acque bon. e costr.*, 1963, p. 283 e ss.; F. GALGANO, da ultimo in *Tratt. dir. civ.*, II, 2015 p. 749, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 1088; F. LAPERTOSA, *Responsabilità e garanzia nell'appalto privato*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di G. Iudica, Padova, 1997; F. VOLTAGGIO LUCCHESI, *Responsabilità decennale dell'appaltatore, vizi del progetto fornito dal committente e gravi difetti *ex* art. 1669 Codice civile*, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 1778 c.c. Anche L.V. MOSCARINI, ha sostenuto che la responsabilità *ex* art. 1669 c.c. non fosse fondata su un vincolo contrattuale, quanto piuttosto sulla iniziale attività materiale di costruzione in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 1984 p. 742 e ss.

³⁵ Si vedano, *ex multis*, Cass. 4 marzo 2016 n. 4319 in *Rep. Foro it.*, 2016, voce "Appalto" n. 34, Cass. 18 giugno 2014, n. 13882 in *Riv. giur. edil.*, 2014, I, p. 781 e ss.; Cass. 5 giugno 2014, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 312 e ss; Cass. S.U. 3 febbraio 2014 n. 2284 in *Foro it.*, 2014, I, c. 2178 e ss.; Cass. 31 marzo 2006, n. 7634 in *Mass. giust.*

I sostenitori di tale teoria basano il proprio ragionamento sulle finalità della norma in questione, individuando la *ratio* della responsabilità prevista dal 1669 c.c. nella protezione di interessi connessi all'ordine pubblico, all'incolumità dei cittadini ed alla sicurezza collettiva, facendone discendere pertanto una responsabilità extracontrattuale³⁷. Chi opta per una responsabilità extracontrattuale porta come argomento a sostegno della propria tesi anche il fatto che la responsabilità *ex art. 1669 c.c.* si estenda anche a persone estranee al contratto di appalto, ad esempio gli aventi causa del committente³⁸.

Anche se buona parte delle differenze relative al regime giuridico astrattamente applicabile all'azione con cui si faccia valere una responsabilità contrattuale o, viceversa, una responsabilità extracontrattuale sono superate dalla disciplina esplicitamente prevista dal legislatore in materia di appalto³⁹, purtuttavia dalla scelta per l'una o l'altra impostazione sulla

civ., 2006, p. 3; Cass. 28 gennaio 2005 n. 1748 in *Foro it.*, 2005, I, c. 2385 e ss.; Cass. 29 marzo 2002 n. 4622 in *Contratti*, con nota di F. BRAVO; Cass. 7 gennaio 2000 n. 81 in *Giust. civ.*, 2001, p. 2511; Cass. 27 agosto 1997 n. 8109 in *Rep. giust. civ.*, 1997; Cass. 14 agosto 1997 n. 7619, in *Rep. giust. civ.*, 1997; Cass. 27 agosto 1994, n. 7550, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 375; Cass. 11 novembre 1986 n. 6585, in *Rep. Foro it.*, 1986; Cass. 7 maggio 1984 n. 2763 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 232; Cass. 20 novembre 1970 n. 2452 in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 24.

³⁶ Per la verità alcune risalenti ed isolate pronunce avevano qualificato come contrattuale la responsabilità prevista dall'art. 1669 c.c., dando rilievo alla collocazione sistematica della disposizione. Si vedano in tal senso: Cass. 26 aprile 1951 n. 538, in *Resp. civ. prev.*, 1951, I, p. 493 e ss.; Cass. 15 maggio 1959, n. 1431, in *Arch. resp. civ.*, 1961, p. 353 e ss.; Trib. Firenze, 25 giugno 1965, in *Giur. tosc.*, 1965, p. 682; Cass. 7 gennaio 2000, n. 81, in *Giur. it.*, 2000, p. 977.

³⁷ Queste argomentazioni sono state puntualmente criticate da D. RUBINO, *L'Appalto*, op. cit., pag. 580 e ss. In particolare l'A. non ritiene condivisibile l'argomento relativo alla pretesa tutela dell'interesse all'incolumità pubblica, sottolineando che questo ragionamento avrebbe senso solo se, in caso di danni derivanti da rovina o gravi difetti dell'immobile, i terzi non avessero alcuna possibilità di pretendere un risarcimento all'infuori dei casi previsti dall'art. 1669 c.c. Posto tuttavia che la responsabilità extracontrattuale dell'appaltatore - non in quanto tale ma in quanto semplice costruttore - per la rovina dell'immobile è perfettamente ammissibile in base ai principi generali senza dover utilizzare la disciplina dell'art. 1669 c.c., non può ritenersi che la responsabilità espressa dal 1669 c.c. vada qualificata come extracontrattuale in quanto volta all'esclusiva tutela dell'interesse all'incolumità pubblica, che può essere raggiunto tramite altre norme.

³⁸ In particolare, R. BARBANERA, *La responsabilità del costruttore per rovina o difetti di cose immobili*, cit., p. 138 e ss, ritiene che non possa sostenersi una natura contrattuale della responsabilità *ex art. 1669 c.c.* perché altrimenti non sarebbe spiegabile l'estensione della legittimazione attiva anche agli aventi causa del committente, i quali non hanno alcun rapporto contrattuale con l'appaltatore. In questo senso si è espressa Cass. 7 giugno 1994, n. 5514, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2526. In senso opposto invece D. RUBINO, *L'Appalto*, cit., p. 580 il quale ritiene che l'espressa previsione normativa di cui ha avuto bisogno il legislatore per estendere la responsabilità *ex art. 1669 c.c.* nei confronti degli aventi causa del committente dimostri come normalmente la regola generale sia nel senso che tale responsabilità sussista solo nei confronti del committente, indicando chiaramente la sua natura contrattuale.

³⁹ Per un approfondimento sul punto si veda G. ALPA, *Responsabilità decennale del costruttore e garanzia assicurativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 413 e ss. il quale ha evidenziato come relativamente alle questioni riguardanti l'onere della prova, la prescrizione, il danno risarcibile ed i criteri di imputazione, la dettagliata disciplina dell'art. 1669 c.c. renda inutile il dibattito sulla qualificazione giuridica di tale responsabilità. Anche F. BRAVO, *Nota a Cass. n.4622/2002*, in *Contratti*, 11/2002, p. 1011 e ss. afferma che «con riferimento alla "fonte", l'art.

natura della responsabilità *ex art.* 1669 c.c. discendono conseguenze di non poco rilievo dal punto di vista della legittimazione processuale.

Dal punto di vista della legittimazione attiva, se si opta per qualificare come responsabilità aquiliana quella derivante dall'art. 1669 c.c., ogni soggetto che ha subito un danno sarà legittimato a citare in giudizio il costruttore; se, invece si propende per qualificare questa responsabilità come contrattuale, ad agire processualmente potranno essere solo il committente (in quanto parte contrattuale) ed i suoi aventi causa (per esplicita previsione normativa), mentre saranno esclusi tutti quei soggetti che non sono espressamente richiamati nel 1669 c.c.⁴⁰.

Anche dal punto di vista della legittimazione passiva la qualificazione come contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in esame comporta notevoli conseguenze. Nel primo caso, infatti, l'azione sarebbe proponibile solo contro l'appaltatore e non anche con-

1669 c.c. contempla una obbligazione *ex lege* che, seppur innestandosi in un contratto, non è *naturale negotii*, operando anche qualora le parti non l'abbiano prevista nel regolamento contrattuale. Con riguardo alla "costituzione in mora", è proprio la fonte legislativa dell'obbligazione risarcitoria ad escluderne la rilevanza, giacché l'appaltatore è chiamato a rispondere per il solo fatto che si sia manifestata la rovina, il pericolo della medesima o il grave difetto. In ordine alla "prescrizione" dell'azione, invece, il termine, tradizionalmente diverso per la responsabilità contrattuale e per quella extracontrattuale viene inequivocabilmente fissato in un anno proprio dalla norma codicistica di cui si discute» M. LUZZA, *Specialità dell'illecito: rovina di scaldabagno e responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 746 e ss., ritiene superfluo il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità *ex art.* 1669 c.c., anche alla luce di una tendenza a smussare la netta distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Su tale ultimo argomento si veda, per un approfondimento, si veda F. D. BUSNELLI, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 748 e ss.

⁴⁰ La tutela dei terzi danneggiati naturalmente non sarà esclusa, ma attuata tramite l'art. 2053 c.c. In dottrina tuttavia -il riferimento è a S. POLIDORI, *La Responsabilità dell'appaltatore.*, cit. p. 132- c'è chi ha criticato questo corollario della tesi che afferma la natura contrattuale della responsabilità *ex art.* 1669 c.c., affermando che si darebbe così minore tutela ai terzi "semplici" rispetto a quei terzi che sono aventi causa del committente. Infatti i soggetti terzi che non siano aventi causa del committente potrebbero utilizzare la norma prevista dal 2053 c.c. solo nei confronti del proprietario, mentre per poter convenire in giudizio l'impresa appaltatrice (di solito dotata di un patrimonio più capiente rispetto al proprietario e quindi maggiormente in grado di ristorare integralmente il pregiudizio subito dal danneggiato, soprattutto se consistente in danni alla persona particolarmente ingenti) dovrebbero utilizzare l'art. 2043 c.c. senza alcun beneficio probatorio. Si manifesterebbe pertanto una situazione d'iniustizia dato che gli aventi causa del committente, anche se parimenti estranei al contratto d'appalto, beneficerebbero di un'inversione dell'onere probatorio che li faciliterebbe nel citare l'impresa appaltatrice, con maggiori possibilità di essere risarciti in maniera integrale. La situazione stonerebbe ancor di più in quelle situazioni -che spesso sono la maggioranza- in cui l'avente causa lamenta un pregiudizio semplicemente patrimoniale, mentre il terzo "semplice" abbia subito un danno all'incolumità fisica a seguito della rovina dell'edificio. In questi casi secondo l'A. -che richiama anche quanto condivisibilmente sostenuto da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 178 e ss.- si creerebbero paradossalmente situazioni in cui l'Ordinamento garantirebbe maggiore protezione a situazioni giuridiche patrimoniali rispetto a situazioni di carattere non economico, cosa assolutamente non possibile nel nostro sistema, ispirato alla tutela della persona ed alla primazia delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali.

tro tutti quegli altri soggetti che pur avendo concorso a cagionare la rovina, il pericolo di rovina o i gravi difetti dell'edificio non siano parti del contratto d'appalto. Nel secondo caso invece, dalla qualificazione della responsabilità *ex art. 1669* come extracontrattuale, discende il corollario di dover consentire la pretesa al risarcimento del danno anche nei confronti di coloro che, pur non essendo parti contrattuali, abbiano concorso a cagionare il danno.

La pronuncia delle Sezioni Unite in commento, dopo aver affermato il superamento della originaria impostazione dell'art. 1669 c.c. -passato nel corso degli anni da norma a tutela dell'incolumità pubblica a norma che garantisce che l'immobile possa essere goduto e sfruttato secondo la sua destinazione- trae spunto da questa evoluzione della *ratio legis* per proporre una revisione della qualificazione della responsabilità *ex art. 1669* c.c. operata dalla giurisprudenza.

Secondo la Corte è infatti necessario che i giuristi, lungi dal perseverare nelle proprie impostazioni pubblicistiche -che comportano la qualificazione come extracontrattuale della responsabilità *ex art. 1669* c.c., tanto cara alla giurisprudenza- qualifichino tale responsabilità in un'ottica privatistica e contrattuale dato che ormai il fulcro della norma si è spostato dalla tutela dell'incolumità dei terzi alla protezione per il mancato godimento del bene da parte del privato.

La Sentenza individua due ulteriori argomenti a supporto della propria tesi. Innanzitutto secondo i giudici la motivazione che storicamente ha determinato l'adesione alla teoria della responsabilità extracontrattuale⁴¹ -ovvero la necessità di ampliare la legittimazione ad agire anche ai terzi aventi causa dal committente, permettendo di esperire l'azione risarcitoria anche agli acquirenti del costruttore-venditore- non è più stringente, dato che il codice del 1942 ha espressamente previsto tale legittimazione anche per gli aventi causa. In secondo luogo la Corte richiama esplicitamente i più recenti studi della dottrina in tema di efficacia *ultra partes* del contratto⁴², sottolineando come in queste opere si rinvergono spunti tali

⁴¹ La qualificazione come responsabilità aquiliana per questa responsabilità ha iniziato ad essere effettuata dalla giurisprudenza degli anni '20 quando era ancora in vigore il vecchio codice del 1865.

⁴² Sono note le considerazioni sugli "effetti protettivi" del contratto, utilizzate soprattutto in ambito di responsabilità medico-ospedaliera, per affermare che il debitore *ex contractu* debba risarcire, secondo le regole della responsabilità contrattuale, anche i terzi che siano stati danneggiati per dare esecuzione al contratto. Sostanzialmente si afferma che rientrano nella responsabilità contrattuale quei casi in cui, pur non essendosi

da ritenere che, anche qualificando come contrattuale la responsabilità *ex art. 1669 c.c.*, i terzi non resterebbero privi di tutela, ulteriore ragione in base alla quale la qualificazione come aquiliana della responsabilità *ex art. 1669 c.c.* parrebbe ormai superata.

5. Osservazioni conclusive

La sentenza in esame pare apprezzabile sotto due punti di vista, corrispondenti alle linee direttrici espresse in motivazione e nell'*obiter dictum* segnalato.

Innanzitutto, risulta corretta e condivisibile l'interpretazione in senso ampio dell'*art. 1669 c.c.* che effettua la Corte, ritenendo applicabile questa norma anche alle opere realizzate su immobile preesistente. Così facendo la Cassazione raggiunge due diversi obiettivi. Da un lato, permette di raggiungere il vero scopo della norma, che al giorno d'oggi, come correttamente segnalato dalla Corte, deve essere rinvenuto nella necessità di tutelare il privato e di risarcire la compromissione del godimento dell'immobile rispetto alla sua destinazione. Dall'altro lato, la Corte dimostra ancora una volta in maniera inequivocabile la necessità di effettuare sempre una interpretazione sistematico-assiologica delle norme, andando a ricercare la *ratio* della normativa e a saggiarne la correttezza e validità alla luce dell'intero sistema e dei suoi valori, senza dimenticare però di tenere in considerazione la fattispecie concreta in esame. Se, come è vero, la finalità perseguita nel caso concreto è quella di garantire un corretto godimento dell'immobile, evitando che questo possa essere compromesso in presenza di gravi difetti, la forma di tutela apprestata deve essere del tutto indifferente al fatto che questi difetti si siano verificati durante un edificazione *ex novo* o nel corso di una ristrutturazione su edificio già esistente. Non si vedrebbe ragione logica per limitare l'applicazione del 1669 c.c. ai soli casi di nuova costruzione, dato che l'esigenza di fornire al committente una tutela prolungata nel tempo è altrettanto stringente e giustificata anche nei casi di ristrutturazione, manutenzione o intervento su immobile preesistente.

verificata una violazione di obblighi di prestazione discendenti dal contratto, tuttavia si è in presenza di una violazione di obblighi di protezione che discendono da un "contatto sociale" che l'ordinamento assimila ad un vero e proprio contratto sia per l'intensità degli obblighi che per la gravità delle sanzioni. Si vedano in dottrina: G. ALPA e A. FUSARO (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1 e ss.; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 39 e ss.; E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Studi in onore di Pietro Schlesinger*, 2004; L. VACCA, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001. In giurisprudenza si vedano *ex multis*, Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n.577 e Cass. S.U. 11 gennaio 2008 n.581.

In secondo luogo, appare estremamente apprezzabile il tentativo della Corte di superare finalmente l'assunto giurisprudenziale secondo cui la responsabilità *ex art. 1669 c.c.* andrebbe considerata come extracontrattuale. Tale qualificazione andrebbe senza dubbio rivista, soprattutto alla luce delle pregnanti considerazioni espresse dalle Sezioni Unite che a parere di chi scrive appaiono inoppugnabili e condivisibili. Restare ancorati alla concezione extracontrattuale della responsabilità dell'appaltatore denota come in questo settore la giurisprudenza abbia una predilezione per mantenere inalterate quelle che sono concezioni ormai radicate nel tempo, per così dire "storiche", manifestazione di un errato attaccamento a concetti considerati corretti non tanto per la loro effettiva validità giuridica, quanto piuttosto sulla base della loro tradizionale diffusione ed accettazione nella prassi giudiziaria. Tale ottica tuttavia mette in luce una scarsa attenzione sia alla collocazione della norma dal punto di vista sistematico (come già sottolineato diversa sarebbe stata la collocazione se il legislatore avesse voluto qualificare tale responsabilità come extracontrattuale) sia all'evoluzione storica verificatasi nel settore: l'espressa previsione della legittimazione anche per gli aventi causa, inserita nel codice del '42, ha infatti portato ad essere non più necessario, ed anzi inopportuno, lo stratagemma che permetteva di ampliare la legittimazione ad agire anche ai terzi aventi causa del committente tramite una qualificazione della responsabilità come extracontrattuale.

Va tuttavia segnalato, come la giurisprudenza successiva alla pronuncia in commento sia rimasta insensibile all'appello delle S.U, perdendo l'occasione di effettuare un vero e proprio *revirement* sul punto, che avrebbe finalmente risanato la frattura che nel corso degli anni è andata accrescendosi, determinando un profondo scollamento fra la dottrina maggioritaria e le decisioni concretamente prese nei Tribunali. Le pronunce della Cassazione⁴³ susseguitesì ad appena pochi mesi dall'*obiter dictum* delle Sezioni Unite, hanno infatti riaffermato con forza la natura aquiliana della responsabilità in oggetto, così dimostrando che non c'è peggior sordo di chi non vuol sentire. Ecco perché sul punto parrebbe forse opportuno interpellare nuovamente il Supremo Collegio, in modo che la Cassazione possa nuovamen-

⁴³ Si vedano Cass. 28 luglio 2017 n. 18891 con nota di A. MUSIO, *La natura della responsabilità dell'appaltatore tra esigenze di coerenza dogmatica e di effettiva tutela del compratore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1/2018, p. 44 e ss.; Cass. 27 novembre 2017 n. 28233, consultabile online in Bollettino di Legislazione Tecnica, www.legislazionetecnica.it; Cass. Ord. n. 4055/2018.

te esporre -stavolta in maniera approfondita ed organica, e non solamente in forma di stringato *obiter dictum*- le ragioni che fanno propendere per una qualificazione come contrattuale della responsabilità dell'appaltatore, mettendo a nudo la fallacia della teoria opposta, in modo da non lasciare più margine ai sostenitori di tale anacronistica soluzione.

Abstract

The Joint Sections of the Supreme Court (“Corte di Cassazione”) apply what prescribed for contractor’s responsibilities in the article 1669 c.c to instances of renovation and maintenance that do not require the construction of new premises. The Joint sections rulings are guided by historical, literal and teleological interpretation of such article.

Furthemore, the Joint Sections provide interesting ideas about the contractual nature of the contractor’s responsibility.

Camerino, novembre 2018.

Appendice

Corte di Cassazione S.U. 27 marzo 2017 n. 7756; Pres. Di Palma; Est. Manna; P.M. Iacoviello - Lizzul e altri contro Soc. Patrignani e altri

Appalto - Rovina e difetti di immobili - Responsabilità dell'appaltatore - Opere di ristrutturazione - Applicabilità 1669 c.c.

“Qualora ricorrano tutte le altre condizioni previste dall’art. 1669 c.c., la responsabilità dell’appaltatore prevista da tale norma è applicabile anche alle opere di ristrutturazione edilizia e a tutti quegli interventi di manutenzione su immobili destinati a lunga durata che abbiano comportato rovina, pericolo di rovina o difetti tali da incidere sul normale godimento del bene e sulla sua utilizzazione.”

Omissis. – Motivi della decisione

1. – Con l'unico motivo di ricorso parte ricorrente deduce la “*violazione e falsa applicazione dell'art. 1669 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5*”. Espone che la sentenza impugnata avrebbe erroneamente ritenuto che la ristrutturazione edilizia di un fabbricato non possa rientrare nella previsione dell'art. 1669 c.c. (*omissis*).

2. – Sotto quest'ultimo profilo, quello dell'ambito oggettivo coperto dall'art. 1669 c.c., l'ordinanza interlocutoria della terza sezione rileva un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte (precisamente all'interno della seconda sezione). E senza mostrare di voler prendere partito per l'una o l'altra tesi, quella che esclude o quella che afferma l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., anche alle ristrutturazioni immobiliari, ritiene che emerga ad ogni modo un contrasto sui principi di diritto affermati, al di là delle possibili peculiarità “fattuali” delle singole situazioni esaminate.

2.1. – Sulla peculiare questione in oggetto anche la dottrina mostra di dividersi. (*omissis*).

3. – La giurisprudenza di questa Corte ha affrontato in maniera esplicita e diretta il tema di cui si discute solo in tre occasioni. O meglio in due, per le ragioni che seguono. (*omissis*).

4. – Queste Sezioni unite aderiscono all'orientamento meno restrittivo, ritenendolo sostenibile sulla base di ragioni d'interpretazione storico-evolutiva, letterale e teleologica.

4.1. – In primo luogo vale premettere e chiarire che anche opere più limitate, aventi ad oggetto riparazioni straordinarie, ristrutturazioni, restauri o altri interventi di natura immobiliare, possono rovinare o presentare evidente pericolo di rovina del manufatto, tanto nella porzione riparata o modificata, quanto in quella diversa e preesistente che ne risulti altrimenti coinvolta per ragioni di statica. L'attenzione va, però, soffermata principalmente sull'ipotesi dei “gravi difetti”, sia perché confinaria rispetto al regime ordinario degli artt. 1667 e 1668 c.c., sia per il rilievo specifico che i “gravi difetti” assumono nel caso in oggetto, sia per le ragioni di carattere generale che emergeranno più chiaramente di seguito.

4.2. – Innumerevoli altre volte la giurisprudenza di questa Corte, pur non esaminando in maniera immediata e consapevole la questione in esame, si è occupata dell'art. 1669 c.c., presupponendone (per difetto di contrasto fra le parti o per altre ragioni) l'applicabilità anche in riferimento ad opere

limitate. Ed é pervenuta a soluzioni applicative di detta norma che appaiono poter prescindere dalla necessit  logica di un'edificazione *ab imo* o di una costruzione *ex novo*.
(*omissis*)

Se ne ricava, inconfutabile nella sua oggettivit  , un dato di fatto. Nell'economia del ragionamento giuridico sotteso ai casi sopra menzionati, che fa leva sulla compromissione del godimento dell'immobile secondo la sua propria destinazione, é del tutto indifferente che i gravi difetti riguardino una costruzione interamente nuova. La circostanza che le singole fattispecie siano derivate o non dall'edificazione primigenia di un fabbricato non muta i termini logico-giuridici dell'operazione ermeneutica compiuta in ormai quasi mezzo secolo di giurisprudenza, perch  non preordinata al (ne' dipendente dal) rispetto dell'una o dell'altra opzione esegetica in esame. Spostando l'attenzione sulle componenti non strutturali del risultato costruttivo e sull'incidenza che queste possono avere sul complessivo godimento del bene, la giurisprudenza ha mostrato di porsi dall'angolo visuale degli elementi secondari ed accessori. Questo non implica di necessit  propria che si tratti della prima realizzazione dell'immobile, essendo ben possibile che l'*opus* oggetto dell'appalto consista e si esaurisca in questi stessi e soli elementi. Ferma tale angolazione, *a fortiori* deve ritenersi che ove l'opera appaltata consista in un intervento di pi  ampio respiro edilizio (come, appunto, una ristrutturazione), quantunque non in una nuova costruzione, l'art. 1669 c.c., sia ugualmente applicabile.

In conclusione, considerare anche gli elementi "secondari" ha significato distogliere il *focus* dal momento "fondativo" dell'opera per direzionarlo sui "gravi difetti" di essa; per desumere i quali é stato necessario indagare altro, vale a dire l'aspetto funzionale del prodotto conseguito.

5. – Come la previsione dei "gravi difetti" dell'opera sia il risultato d'un progressivo allontanamento del precetto dal suo nucleo originario, lo dimostra la storia della norma. Derivata dall'art. 1792 del codice napoleonico... (*omissis*).

Un ulteriore e consapevole passo in avanti é stato operato dal codice civile del 1942... (*omissis*).

5.1. – Il mutamento di prospettiva nel codice del 1942 é evidente per due ragioni. La prima, d'ordine logico, é che la nozione di "gravi difetti" per la sua ampiezza é omogenea a

qualunque opera, edilizia e non, per cui meglio si presta al riferimento, del pari generico, alle altre cose immobili. In secondo luogo, e l'argomento è di indole letterale, mentre nel testo del 1865 il soggetto della seconda proposizione subordinata era l'edificio o altra opera notevole ("l'uno o l'altra"), nella frase che vi corrisponde nell'art. 1669 c.c., il soggetto diviene "l'opera", nozione che rimanda al risultato cui è tenuto l'appaltatore (art. 1655 c.c.). E dunque qualsiasi opera su di un immobile destinato a lunga durata, a prescindere dal fatto che, ove di natura edilizia, essa consista o non in una nuova fabbrica. Ben si comprende, allora, che nell'ampliare il catalogo dei casi di danno rilevante ai sensi dell'art. 1669 c.c., l'aggiunta dei "gravi difetti" ha comportato per trascinamento

l'estensione dell'area normativa della disposizione, includendovi qualsiasi opera immobiliare che (per traslato) sia di lunga durata e risulti viziata in grado severo per l'inadeguatezza del suolo o della costruzione. Ne è seguita, coerente nel suo impianto complessivo, l'interpretazione teleologica fornita dalla giurisprudenza, che è andata oltre l'originaria visione dell'art. 1669 c.c., come norma di protezione dell'incolumità pubblica, valorizzando la non meno avvertita esigenza che l'immobile possa essere goduto ed utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione. Completano e confermano la validità di tale esito ermeneutico, l'irrazionalità (non conforme ad un'interpretazione

costituzionalmente orientata) di un trattamento diverso tra fabbricazione iniziale e ristrutturazione edilizia, questa non diversamente da quella potendo essere foriera dei medesimi gravi pregiudizi; e la pertinente osservazione (v. la richiamata sentenza n. 22553/15) per cui costruire, nel suo significato corrente (oltre che etimologico) implica non l'edificare per la prima volta e dalle fondamenta, ma l'assemblare tra loro parti convenientemente disposte (*cum struere*, cioè ammassare insieme).

6. – Così ricomposta (la storia e) l'esegesi della norma, il vincolo letterale su cui l'interpretazione restrittiva dell'art. 1669 c.c. pretende di fondarsi perde la propria base logico-giuridica.

Infatti, riferire l'opera alla "costruzione" e questa a un nuovo fabbricato, inteso quale presupposto e limite della responsabilità aggravata dell'appaltatore (come ritiene Cass. n. 24143/07), non sembra possibile proprio dal punto di vista letterale. Si noti che nel testo della norma il sostantivo "costruzione" rappresenta un *nomen actionis*, nel senso che sta per

“attività costruttiva”; e non potrebbe essere altrimenti, visto che se esso valesse (come mostra d’intendere la sentenza appena citata) quale specificazione riduttiva del soggetto (l’opera) della (terza, nel testo vigente) proposizione subordinata, si avrebbe una duplicazione di concetti ad un tempo inutile e fuorviante. Inoltre, il supposto impiego sinonimico di “costruzione” quale nuovo edificio, porterebbe a intendere la norma come se affermasse che l’opera può rovinare per difetto suo proprio. Lettura criptica, questa, che restituirebbe inalterato all’interprete il problema ermeneutico, dovendosi stabilire cosa sia il vizio proprio di un’opera; salvo convenire che esso é quello che deriva (da un vizio del suolo o) dal difetto di costruzione, così confermandosi che quest’ultimo sostantivo allude, appunto, all’attività dell’appaltatore. Non senza aggiungere che supponendo la tesi qui non condivisa, a) sarebbe stato ben più logico un diverso *incipit* della norma (e cioè, “*Quando si tratta (della costruzione) di edifici...*”); e b) il termine “costruzione” risulterebbe irriferribile agli altri immobili di lunga durata, pure contemplati dall’art. 1669 c.c., per i quali, paradossalmente, questa sarebbe applicabile solo se rovina, evidente pericolo di rovina o gravi difetti dipendessero da vizio del suolo, cioè da una soltanto delle due cause ivi indicate (e, per soprappiù, proprio quella che *naturaliter* fa pensare alle opere murarie). Ancora. Incentrando l’interpretazione dell’art. 1669 c.c., sul concetto di “costruzione” quale nuova edificazione, diverrebbe (se non automatico, almeno) spontaneo il rinvio al concetto normativo di costruzione così come elaborato dalla

giurisprudenza di questa Corte in materia di distanze. E, in effetti, Cass. n. 24143/07 sembra presupporlo lì dove afferma (cosa in sé condivisibile) che la norma in commento ricomprende la sopraelevazione, la quale é costruzione nuova ed autonoma rispetto all’edificio sopraelevato. Ma é

una tematica del tutto estranea, quella dell’art. 873 c.c. e ss., il rimando alla quale sortirebbe effetti contraddittori e inaccettabili anche per la tesi seguita dal citato precedente, sol che si consideri che ai fini delle distanze é costruzione un balcone (v. sentenza n. 18282/16), ma non la ricostruzione fedele, integrale e senza variazioni plano-volumetriche di un edificio preesistente (v. ordinanza S.U. n. 21578/ 11 e sentenza n. 3391/09).

6.1. – Non meno controvertibile l'altro argomento – la specialità o l'eccezionalità della norma – utilizzato dall'interpretazione restrittiva dell'art. 1669 c.c., per escluderne l'applicazione analogica.

In disparte il fatto che [i] solo di specialità potrebbe trattarsi, nel senso che la responsabilità aggravata prevista da detta disposizione è speciale rispetto al regime ordinario del risarcimento del danno per colpa ai sensi dell'art. 1668 c.c., comma 1; che [ii] tale specialità si è già attenuata fortemente allorché la giurisprudenza di questa Corte ha ammesso, oltre all'azione risarcitoria, quella di riduzione del prezzo, di condanna specifica all'eliminazione dei difetti dell'opera e di risoluzione, che costituiscono il contenuto della garanzia ordinaria cui è tenuto l'appaltatore (per l'affermativa, che sembra ormai consolidata, cfr. nn. 815/16, 8140/04, 8294/99, 10624/96, 1406/89 e 2763/84; contra, le più risalenti sentenze nn. 2954/83, 2561/80 e 1662/68); e che [iii] l'analogia serve a disciplinare ciò che non è positivamente, non a riposizionare i termini di una regolamentazione data; tutto ciò a parte, quanto fin qui considerato dimostra come l'art. 1669 c.c., includa a pieno titolo gli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata, la cui potenziale incidenza tanto sulla rovina o sul pericolo di rovina quanto sul normale godimento del bene non opera in modo dissimile dalle ipotesi di edificazione *ex novo*. Pertanto, la pur indubbia specialità della protezione di lunga durata accordata al committente (protezione che resiste anche al collaudo: cfr. Cass. nn. 7914/14, 1290/00 e 4026/74), non interferisce con la questione in oggetto.

7. – Poco o punto rilevante, e dunque non decisiva ai fini in esame, la natura extracontrattuale della responsabilità *ex art.* 1669 c.c. – con carattere di specialità rispetto alla previsione generale dell'art. 2043 c.c. – costantemente affermata dalla giurisprudenza (tanto che Cass. nn. 4035/17 e 1674/12 hanno escluso che la relativa controversia possa rientrare nell'ambito della clausola che si limiti a compromettere in arbitri le liti nascenti da un contratto d'appalto). Tutt'altro che monolitica, invece, è al riguardo la dottrina. Ammessa anche dalle sentenze nn. 24143/07 e 10658/15, che come detto escludono l'applicazione dell'art. 1669 c.c., alle ipotesi di riparazioni o modificazioni, la tesi della natura extracontrattuale di detta responsabilità; qualificata come *ex lege* (cfr. Cass. n. 261/70 e il brano della relazione al c.c. del 1942 riportato *supra* al paragrafo 5) e prevista per ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'incolumità personale dei cittadini, quindi, inderogabile e irrinunciabile

(v. Cass. n. 81/00), ha anch'essa origini remote, essendo stata altrettanto costantemente affermata dalla giurisprudenza sotto l'impero del c.c. del 1865 a partire dagli anni venti del XX secolo. Ciò allo scopo di riconoscere l'azione risarcitoria anche agli acquirenti del costruttore-venditore, essendo invalsa già in allora, con lo sviluppo delle attività edilizie, l'unificazione delle due figure.

7.1. – Ai limitati fini che qui rilevano può solo osservarsi che, come sopra detto, la categoria dei gravi difetti tende a spostare il baricentro dell'art. 1669 c.c., dall'incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene, e dunque da un'ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale. Oltre a ciò, va considerata la maggior importanza che sul tema della tutela dei terzi ha assunto, invece, l'esperienza dell'appalto pubblico; l'esplicito riconoscimento dell'azione anche agli aventi causa del committente (i quali possono agire anche contro il costruttore-venditore: fra le tante, v. Cass. nn. 467/14, 9370/13 e 2238/12 e 4622/02), il che ha privato del suo principale oggetto la teoria della responsabilità extracontrattuale ex art. 1669 c.c.; i più recenti approdi della dottrina sull'efficacia *ultra partes* del contratto; e – da ultima, ma non ultima – la possibilità che tale efficacia operi in favore dei terzi nei casi previsti dalla legge

(art. 1372 cpv. c.c.). Tutto ciò rende ormai meno attuale il tema della natura extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 1669 c.c., che se non ha esaurito la propria funzione storica (per difetto di rilevanza non è questa la sede per appurarla), di sicuro ha perso l'originaria centralità che aveva nell'interpretazione della norma.

8. – Per le considerazioni svolte l'unico motivo di ricorso deve ritenersi fondato. –

Omissis.

FRANCESCO RIZZO *

*Il preliminare e il preliminare di preliminare***

Sommario: 1. “Preliminare di preliminare” e “preliminare ad effetti anticipati”: formule linguistiche o figure contrattuali? - 2. La funzione del contratto preliminare e l'unitarietà della figura: dal preliminare ai preliminari. - 3. Il c.d. “preliminare di preliminare”. - 4. Le punteggiature. - 5. Il preliminare di preliminare “completo”; validità ed esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. di tale contratto. - 6. L'inadempimento del preliminare di preliminare “completo” e il risarcimento del danno. 7 - Il preliminare di preliminare “incompleto”; validità di tale contratto e analisi delle tutele invocabili: esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c. e risarcimento del danno a seguito di inadempimento.

1. “Preliminare di preliminare” e “preliminare ad effetti anticipati”: formule linguistiche o figure contrattuali?

In questi anni abbiamo assistito al “successo” di alcune formule che hanno efficacemente definito fattispecie emerse dalla prassi e ignote alla nomenclatura positiva.

La formula “preliminare a effetti anticipati”¹ descrive la fattispecie del preliminare che non si limita a sancire l'impegno a concludere il successivo contratto definitivo ma, con un oggetto e una funzione più ampi rispetto a un preliminare puro e semplice, anticipa² al-

* Professore Associato di Diritto Privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ ALESSI, *Il c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1972, II, 41 ss.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e a favore di terzo*, Padova, 1991; GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 170, nt. 38; DELFINI, *Contrattazione immobiliare abitativa e sequenza preliminare-definitivo di compravendita: recenti orientamenti giurisprudenziali e temi di interesse notarile*, in *Riv. notar.*, 1991, I, p. 623; CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1108; CORRIAS, *La nuova disciplina del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 1019.

² A. LENER, *Contratto «preliminare», esecuzione anticipata del «definitivo» e rapporto intermedio*, in *Foro it.*, 1977, I, c. 669; BERNARDINI, *Il preliminare di vendita immobiliare e la sua «circolazione»*, in *Contr. e impr.*, 1991, 720; G. LENER,

cuni effetti che, di regola, sono prodotti dal contratto definitivo, come ed esempio il pagamento del prezzo, l'immissione nel possesso del bene ed eventuali altri.

La formula «preliminare di preliminare»³ descrive invece la fattispecie di preliminare che non impegna le parti alla conclusione del successivo definitivo; il c.d. preliminare di preliminare⁴ impegna alla conclusione di un secondo e successivo preliminare da cui conseguono, ancora una volta, soltanto effetti obbligatori e che suppone una sequenza più lunga rispetto a quella tipicamente connessa al preliminare puro e semplice, essendo necessario che dopo il primo contratto, che racchiude un preliminare di preliminare, venga perfezionato il preliminare vero e proprio (quello che obbliga alla conclusione del definitivo) e poi, con un'atipica terza fase del procedimento che porta alla conclusione del definitivo, il perfezionamento di quest'ultimo, in grado di dare finalmente attuazione all'operazione contrattuale con la produzione di effetti che vanno oltre il solo impegno di porre in essere altri contratti⁵.

Immissioni «intollerabili» e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'actio negatoria. La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. «ad effetti anticipati», in Foro it., 1994, I, c. 206; CORTUCCI, Preliminare di vendita ad effetti anticipati: la consegna della cosa tra possesso e detenzione, in Rass. dir. civ., 1994, p. 627; PETRONE, Dalla vendita del possesso al preliminare ad esecuzione anticipata, in Riv. notar., 2001, p. 1059; TOSCHI VESPASIANI, La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati», in Contratti, 2008, p. 189 ss. CAMARDI, Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale, in Contratti, 1998, p. 572 ss.

³ D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in Riv. dir. civ., 2016, p. 40 ss.; DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in Guir. it., 2015, I, p. 1069 ss.; CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in Corr. giur., 2015, p. 614 ss.; FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in Guir. it., 2015, p. 626 ss.; PLAIA, *Da «includente superfezzione» a quasi contratto: la parabola ascendente del «preliminare di preliminare»*, in Dir. civ. contemp., 2015; BENEDETTI, *Autonomia dei procedimenti formativi? La vicenda del «preliminare di preliminare»*, in Dir. civ. contemp., 2015; STEFINI, *Il preliminare di preliminare» e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in Riv. dir. civ., 2015, p. 1230 ss.; PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in Guir. it., 2015, p. 1071 ss.; PLAIA, *Da «includente superfezzione» a quasi contratto: la parabola ascendente del «preliminare di preliminare»*, in Dir. civ. contemp., 2015.

⁴ Sul punto prima della sentenza di Cass. sez. un. 6 marzo 2015 n. 4628 si vedano G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in Riv. not., 1994, p. 23 ss.; CHIANALE, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in Giur. it., 1987, I, 1, p. 673 ss.; SPECIALE, *Contratti preliminari e intese pre-contrattuali*, Milano, 1990, p. 2 ss.; GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in Tratt. di dir. priv., dir. da Bessone, Torino, 1998, p. 1 s; VILLA, *«Mera puntazione» e «puntazione vincolante»?*, in Giust. civ., 2015, pp. 297 ss., 298, V. CAPECCHI, *Riflessi operativi della sentenza delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare*, in Nuova giur. civ. comm., 2015, II, pp. 397-398, e 404.

⁵ Da tempo il tema del preliminare di preliminare particolare interesse ha suscitato nella dottrina notarile; da ricordare il Convegno di Bologna del 24 aprile 1993, *Dalle proposte di acquisto al preliminare notarile. Analisi di una prassi immobiliare*, Convegno di Roma del 8 giugno 2007, *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*.

2. *La funzione del contratto preliminare e l'unitarietà della figura: dal preliminare ai preliminari*

Queste due formule se, da un lato, definiscono in modo efficace da far intuire immediatamente i fenomeni di riferimento, dall'altro, nascondono un'*insidia dogmatica*.

Entrambe le formule scontano il *pregiudizio* secondo cui il preliminare può avere un'unica e immancabile funzione: impegnare le parti alla conclusione di un successivo e determinato contratto, il definitivo il quale ha la funzione di dare attuazione al programma contrattuale senza limitarsi a sancire, a differenza del preliminare, un semplice impegno preparatorio.

Se al preliminare non segue un definitivo così inteso, non abbiamo un contratto preliminare vero e proprio.

In realtà, il rapporto tra preliminare e definitivo come appena descritto rappresenta una funzione essenziale del preliminare; la funzione del preliminare è, infatti, diversa da quella appena descritta di impegnare le parti alla conclusione di un definitivo, inteso come contratto conclusivo che non abbia funzione preparatoria. Un preliminare rimane tale anche qualora abbia come scopo quello di impegnare le parti alla conclusione di un successivo contratto, *quale esso sia*, anch'esso con funzione preparatoria. L'impostazione che ravvisa questo secondo contratto unicamente nel contratto definitivo comunemente inteso come contratto che diverge dal preliminare perché dà effettiva attuazione all'operazione programmata con il preliminare, non limitandosi a obbligare alla prestazione di un ulteriore consenso, è figlia di un dogma da cui sarebbe necessario prendere le opportune distanze.

Aderendo a questa diversa opinione, il secondo contratto, quello che segue il preliminare, può avere anche un diverso contenuto rispetto all'*ordinario* contratto definitivo; a tal proposito, invero, va rilevato che non esiste alcun dato positivo che esclude il potere dei privati di perfezionare contratti preliminari che impegnino a concludere un successivo contratto con effetti di natura preparatoria.

Avendo le parti questa libertà in ordine alla determinazione del contenuto del preliminare si possono concepire preliminari che non abbiano come scopo quello di concludere in un secondo momento un vero e proprio definitivo. Le parti possono, infatti, assegnare al preliminare un contenuto e una funzione ridotta, impegnandosi, non alla conclusione di un successivo definitivo, ma alla conclusione di un altro contratto preparatorio che deve pre-

cedere l'eventuale conclusione del definitivo, quale contratto conclusivo dell'operazione contrattuale.

Pertanto, siccome non esiste una regola o un principio che imponga ai privati di *utilizzare* il preliminare nella sola prospettiva della rigida sequenza bifasica preliminare-definitivo, tutto ciò che si discosta da questo schema non può essere qualificato come qualcosa di diverso da un preliminare, trattandosi pur sempre di un preliminare che impegna le parti a prestare il loro consenso per la conclusione di un altro contratto.

La funzione del preliminare è, dunque, ravvisabile unicamente in questo scopo: impegnare le parti alla conclusione di un successivo contratto, quale esso sia in termini di contenuto ed effetti che da esso discendono, potendo questi ultimi essere, ancora una volta, di natura soltanto obbligatoria.

L'uso della formula preliminare di preliminare sarà dunque utile per descrivere l'operazione concreta, senza tuttavia far pensare a contratti diversi dal preliminare: avremo sempre e comunque un contratto preliminare con ogni conseguenza che da ciò consegue in termini di tutele.

3. *Il c.d. "preliminare di preliminare"*

Delineato in tal modo il quadro di riferimento, non si ravvisano ostacoli per la validità del contratto che impegna le parti alla conclusione di un secondo e ulteriore contratto che obbliga le parti unicamente a prestare, ancora una volta, il loro consenso.

Nessun ostacolo, pertanto, per la validità della figura che viene definita come preliminare di preliminare, senza tuttavia dimenticare che, sino a poca fa, sia la dottrina, sia la giurisprudenza ne affermavano, per diversi motivi, l'invalidità.

In ossequio al principio del *ne bis in idem* si diceva che l'impegno di concludere, per una seconda volta, un contratto preliminare dava vita a un contratto privo di utilità, non avendo alcun senso rinviare ad un secondo momento la conclusione del vero e proprio preliminare fonte dell'impegno per la stipula definitiva. Posto che le parti avrebbero potuto vincolarsi a tanto sin da subito, veniva da ciò fatta conseguire la mancanza di utilità di quel contratto e dell'intento delle parti di vincolarsi realmente e postulata la nullità di quel patto per mancanza di causa e/o della volontà di assumere davvero un impegno.

Parte della dottrina negava, invece, cittadinanza al preliminare di preliminare perché non ravvisava tra i poteri dell'autonomia contrattuale quello di dar vita ad accordi con contenuto di natura soltanto regolamentare e procedimentale.

Quanto alla giurisprudenza, si deve prendere atto del nuovo indirizzo⁶ secondo cui il preliminare di preliminare è valido tutte le volte in cui abbia un contenuto diverso e meno ampio di quello del successivo (e secondo) preliminare.

La giurisprudenza ravvisa in questo rapporto di continenza l'utilità (e con essa la validità) del primo contratto: se il preliminare di preliminare ha un perimetro meno esteso, perché le parti non sono ancora in grado di regolare ogni aspetto dell'operazione e perciò si impegnano a *contrattare e a contrarre* un successivo e ulteriore preliminare che avrà un perimetro più ampio del precedente, allora la sequenza sarà da considerare meritevole di tutela e il preliminare di preliminare valido. Viceversa se il preliminare di preliminare non divergerà dal successivo preliminare, allora la sequenza non avrà alcuna utilità, tuttavia il primo contratto non sarà *da buttare*, perché dovrà essergli riconosciuta utilità come impegno già vincolante per la conclusione del definitivo. Il preliminare di preliminare sarà dunque valido in quanto idoneo a vincolare esso stesso le parti alla conclusione del definitivo, mentre inutile sarebbe il secondo preliminare, poiché già il primo preliminare esplica la funzione di obbligare le parti a prestare il consenso per la conclusione del definitivo. In sostanza qualora il primo preliminare contenga tutti gli elementi del definitivo non va qualificato come preliminare di preliminare ma come preliminare vero e proprio.

4. Le punteggiature

La giurisprudenza non si limita a formulare questo condivisibile principio ma cerca di delineare diverse figure di accordi volti a regolare le modalità di contrattazione e l'impegno a concludere successivi contratti tra cui un vero e proprio preliminare di preliminare, utile (e quindi valido) qualora le parti debbano ancora trovare l'accordo su alcuni elementi dell'operazione, e un preliminare vero e proprio, qualora le parti, sebbene abbiano stabilito di concludere un secondo preliminare abbiano già nel primo fissato tutti gli elementi del de-

⁶ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628.

finitivo, alla cui conclusione le parti sono da considerarsi già vincolate in forza del primo preliminare.

Oltre a queste due figure (preliminare di preliminare e preliminare vero e proprio sotto le spoglie di un apparante preliminare di preliminare) sono analizzate anche altre figure, diverse e, al contempo, contigue al preliminare e al preliminare di preliminare, come ad esempio la figura della puntazione non vincolante, e quella della puntazione o minuta vincolante. Quest'ultima ricorrente qualora le parti abbiano voluto stabilire con effetto vincolante i punti su cui l'accordo si è già formato e non più modificabili in caso di prosecuzione della trattativa; si avrà invece una minuta non vincolante qualora le parti abbiano voluto semplicemente documentare, senza alcun impegno per entrambi, i profili esaminati e concordati. In ipotesi di puntazione vincolante la giurisprudenza ravvisa un impegno (non a *contrarre* ma comunque) a *contrattare* secondo buona fede in forza del quale le parti debbono procedere nelle trattative senza porre in discussione i punti condivisi e stabiliti per iscritto al fine di bloccare l'affare. Nel caso di violazione di tale impegno a contrattare, la giurisprudenza individua un'ipotesi di responsabilità, non precontrattuale, ma contrattuale; l'impegno a contrattare inadempito deriva, invero, dal contatto sociale qualificato intervenuto tra le parti e culminato nella redazione della puntazione vincolante. La violazione di tale impegno non è conseguenza del mancato rispetto del generico dovere del *neminem laedere* ma della specifica obbligazione avente titolo nella legge (art. 1173 c.c.) quale atto (sorto dal contatto sociale qualificato) idoneo a produrla. In questa prospettiva si dovrà indagare (non in questa sede) se questa forma di responsabilità contrattuale giustifica il ristoro dell'interesse positivo ovvero di quello negativo, ovvero ancora di un interesse di diversa natura.

5. *Il preliminare di preliminare "completo"; validità ed esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. di tale contratto*

A questo punto va esaminata la fattispecie del preliminare di preliminare già completo di tutti gli elementi per la conclusione del definitivo.

Esistono, come prima rilevato, una serie di motivi per ritenerlo valido e vincolante per la conclusione del successivo preliminare e poi del definitivo.

Quando le parti danno seguito sia al primo che al secondo preliminare, arrivando alla conclusione del definitivo, l'unico problema che si potrebbe porre è quello della validità del secondo contratto preliminare che, siccome identico al primo e non dotato di alcun effetto ulteriore, si potrebbe considerare nullo per mancanza di causa. Tenendo conto del rapporto tra il secondo preliminare e il contratto definitivo, si potrebbe anche porre il problema della validità di quest'ultimo.

Anche ipotizzando che il secondo preliminare fosse nullo per mancanza di causa, il definitivo va considerato valido perché in ogni caso il primo preliminare non è nullo e si pone come contratto che ha giustificato la conclusione del definitivo.

6. L'inadempimento del preliminare di preliminare "completo" e il risarcimento del danno

Altro problema ravvisabile in questa fattispecie è quello del mancato adempimento del primo preliminare quando una delle parti rifiuta di concludere il secondo preliminare al fine di verificare se la parte adempiente possa invocare la tutela di cui all'art. 2932 c.c. e quale sia richiesta risarcitoria invocabile.

Posto che in questo caso il primo preliminare ha in sé tutti gli elementi per la conclusione del definitivo, la tutela di cui all'art. 2932 c.c. potrebbe essere chiesta e concessa, ma vi è da chiedersi se la sentenza ex art. 2932 c.c. produca gli effetti del secondo preliminare o direttamente quelli del definitivo.

Il contratto non concluso è il preliminare per cui un'applicazione rigorosa dell'art. 2932 c.c. porterebbe a dire che la relativa sentenza dovrebbe produrre gli effetti del secondo preliminare che poi (e dunque dopo la conclusione del giudizio instaurato ai sensi dell'art. 2932 c.c.) impegnerà le parti alla conclusione del definitivo.

Questa conclusione non tiene conto tuttavia del principio fondamentale dell'economia degli atti⁷ che non lascia completa autonomia alle parti e al giudice dovendo questi tenere conto di quale sia l'atto più funzionale al perseguimento del reale interesse dei privati; atto che in questo caso è sicuramente il contratto definitivo e non il secondo preliminare dal momento che tutti gli elementi del contratto sono stati stabiliti e che, *omettendo il*

⁷ V. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Camerino, 1972, p. 22 ss.; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1971, p. 68.

medio (e cioè il secondo preliminare), sarà maggiormente tutelato l'interesse delle parti e così garantito il risultato-interesse, ultimo e principale, della conclusione del definitivo in modo immediato ed evitando il possibile inadempimento del secondo preliminare.

Qualora invece la parte che ha cercato di dare esecuzione al primo preliminare abbia perso interesse a dare attuazione alla sequenza va verificato quale tipo di responsabilità si possa far valere contro l'inadempiente: responsabilità contrattuale, precontrattuale o extra-contrattuale.

Nel caso in esame le parti hanno concluso un primo contratto da cui sorge l'obbligo alla conclusione di un secondo preliminare, per cui, vista la presenza di un contratto, la parte che non lo esegue sarà responsabile di un illecito contrattuale.

Il punto diventa allora capire quale tipologia di danno possa essere chiesto a ristoro del pregiudizio subito che, nell'ottica tradizionale, si differenzia tra danno all'interesse negativo e danno all'interesse positivo. Nell'ottica della responsabilità contrattuale il danno dovrebbe essere quello inerente l'interesse positivo, tale da ristorare il danno emergente e il lucro cessante, riconoscendosi, in tale prospettiva, alla parte pregiudicata le stesse utilità che avrebbe conseguito se il contratto definitivo fosse stato positivamente eseguito.

Questa così piana conclusione non tiene conto tuttavia della regola secondo cui il pregiudizio deve essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, cosa che, nel nostro caso, potrebbe essere posta in dubbio, dal momento che dall'inadempimento del primo preliminare non discende in via immediata e diretta la mancata realizzazione degli effetti propri del definitivo quanto invece di quelli connessi al secondo preliminare, nel cui programma non sono certe contemplate le prestazioni proprie del definitivo, la cui mancata esecuzione determinerebbe il danno da interesse positivo parametrato alle utilità non ritratte dall'esecuzione di quest'ultimo.

Questa valutazione di *natura geometrica* non tiene tuttavia conto del rapporto che si crea tra tutti i contratti dell'operazione e del prima richiamato principio di economia degli atti, principi e profili in ragione dei quali il secondo preliminare non ha utilità e si rileva superfluo. In questa prospettiva l'inadempimento di uno dei due preliminari (il primo o il secondo) si pone sempre e comunque come causa efficiente degli stessi danni prospettabili per la mancata conclusione e successiva esecuzione del definitivo. Dopo la conclusione del

preliminare completo di tutti gli elementi per la firma del definitivo, la conclusione di quest'ultimo si profila, invero, come inevitabile, per cui le utilità ritraibili dalla conclusione ed esecuzione del definitivo verranno meno a causa dell'inadempimento del preliminare (primo o secondo che sia) e si dovrà rispondere a titolo risarcitorio per la rifusione del mancato guadagno e delle perdite subite tenendo conto del contenuto del programma proprio del definitivo.

7. Il preliminare di preliminare "incompleto"; validità di tale contratto e analisi delle tutele invocabili: esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c. e risarcimento del danno a seguito di inadempimento

Altra fattispecie da analizzare è quella del contratto preliminare di preliminare non completo, e dunque non idoneo di per sé a impegnare le parti alla conclusione del definitivo.

In primo luogo, va verificato se si è in presenza di un contratto che impegna le parti a *contrarre* un ulteriore negozio ovvero se il patto vincola alla sola *contrattazione*.

Sicuramente un patto di questo tipo impegna le parti a contrattare per fissare l'intero contenuto dell'operazione che dovrà essere attuata con il definitivo, prima del quale è tuttavia necessario formalizzare il secondo preliminare nel quale dar conto del raggiungimento dell'accordo su tutta l'area contrattuale.

Quando le parti danno seguito al primo contratto, concludendo il secondo preliminare e poi il definitivo la sequenza sarà stata completata senza alcun problema giuridico.

Qualora invece una delle parti non adempia il primo preliminare emerge con tutta la sua forza la questione se quel contratto impegna alla sola *contrattazione* o anche a *contrarre* con possibilità di invocare, in questo secondo caso, una pronunzia ex art. 2932 c.c.

Un primo argomento per sostenere che la tutela di cui all'art. 2932 c.c. non è invocabile potrebbe essere rappresentato dal fatto che non è possibile pronunziare la sentenza costitutiva in quanto le parti non hanno determinato l'intero contenuto del contratto che quella sentenza dovrebbe sostituire.

Argomento a prima vista fondato e assorbente per sostenere la conclusione che il primo preliminare non eseguito spontaneamente non potrà giustificare una pronunzia ex art. 2932 c.c.

Senonché questa conclusione non andrebbe accolta in senso assoluto e generalizzante perché si potrebbe verificare la situazione nella quale le parti, adempiendo il loro obbligo di contrattare, abbiano nel frattempo regolato l'intero contenuto del contratto ma, dopo di ciò, una delle due si rifiuti di dar seguito all'operazione e quindi di concludere il successivo contratto preliminare e poi il definitivo.

In questo caso il primo preliminare privo di contenuto esaustivo per la conclusione del secondo preliminare ma soprattutto del definitivo è divenuto un preliminare tale da giustificare la conclusione del secondo preliminare ma soprattutto del definitivo, e ciò anche attraverso l'art. 2932 c.c.

Il punto diventa allora capire se questa forma di tutela, in un caso del genere, è operante, considerando che il primo preliminare impegnava alla sola contrattazione e non anche in modo esplicito alla conclusione del secondo preliminare e poi del definitivo.

Ancora una volta sovviene in aiuto il principio dell'economia degli atti e in questo caso anche quello di interpretazione/integrazione del contratto in senso conservativo e in buona fede. Invero, quantunque il primo contratto si fosse soltanto limitato a stabilire l'impegno delle parti a contrarre ma non anche a concludere il secondo preliminare e poi il definitivo, sarebbe comunque possibile invocare la tutela di cui all'art. 2932 c.c. perché l'impegno alla conclusione dei successivi contratti va reputato sia consustanziale al primo preliminare, sia esigibile dopo che le parti abbiano successivamente contrattato e identificato l'oggetto del definitivo. Ancora una volta pertanto, *omettendo il medio* (del secondo preliminare), sarebbe possibile arrivare agli stessi effetti del definitivo non concluso tramite la sentenza di cui all'art. 2932 c.c.

Una prospettiva ancora più particolare è quella di verificare la possibilità di giungere alla medesima conclusione nonostante le parti non abbiano *medio tempore* contrattato e determinato il contenuto dell'operazione da attuare con la conclusione del secondo preliminare.

Sarebbe questa l'ipotesi in cui una delle parti non collabori per la determinazione del contenuto del futuro contratto, e quindi si sottragga anche al semplice impegno di contrattare.

In questo scenario non va dimenticato che questo impegno alla contrattazione non ha titolo nella legge quale conseguenza di contatto sociale qualificato che impegna le parti alla contrattazione; nel caso in esame l'impegno a contrattare nasce da uno specifico accordo che le parti hanno posto in essere.

Accordo che in quanto tale va integrato ed eseguito in buona fede ed equità, il che significa che se quell'accordo imponeva alle parti di determinare alcuni profili dell'oggetto del futuro contratto ciò potrà avvenire (se possibile alla luce delle circostanze del caso concreto) mediante integrazione del primo preliminare.

Questo chiaramente solo a condizione che tale integrazione sia possibile senza dover determinare gli effetti del primo preliminare facendo ricorso a scelte discrezionali ma solo a valutazioni tecniche o da compiersi sulla base di elementi oggettivi. Un esempio di *discrimen* tra quando questa forma di integrazione potrebbe operare e quando no potrebbe essere rappresentato dal caso in cui il prezzo o corrispettivo dell'operazione non viene stabilito dalle parti nel primo preliminare e si rinvii alla seconda contrattazione nell'attesa che si verifichino eventi in base ai quali una prima valutazione economica data dalle parti subirà una modifica alla luce di fatti oggettivi successivi; pensiamo alla contrattazione avente ad oggetto la vendita di una partecipazione societaria il cui valore viene dalle parti indicato in modo specifico ma precisando che questo valore potrebbe mutare alla luce delle risultanze emergenti dall'approvazione del successivo bilancio. In tal caso, se anche una delle parti non collaborasse per la determinazione del prezzo da indicare nel secondo preliminare, si potrebbe pensare all'integrazione del primo preliminare e alla conclusione del definitivo ex art. 2932 c.c., sempre omettendo il medio (del secondo preliminare), previa integrazione contenutistica del primo preliminare.

Quando invece non fosse possibile un'integrazione del primo preliminare sulla base dei canoni della buona fede e dell'equità in quanto le parti non hanno lasciato elementi per precedere in tale senso, dovendo la determinazione del contenuto avvenire sulla base di scelte discrezionali, il primo preliminare non adempiuto da una delle parti che si è sottratta

all'impegno di contrattare e caratterizzato da un contenuto non idoneo alla conclusione del definitivo non potrà consentire la tutela di cui all'art. 2932 c.c. ma potrà porsi solo come titolo per la responsabilità risarcitoria contro la parte inadempiente.

Sarà sicuramente una responsabilità di tipo contrattuale dato che sorge dall'inadempimento del patto in forza del quale le parti si erano impegnate a contrattare. Più difficile stabilire se il danno risarcibile sarà pari al danno emergente e al lucro cessante connesso al contratto definitivo.

Ancora una volta la questione si pone in controllo all'art. 1223 c.c. e a quali danni possono essere la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento di una delle parti; si dovrà cioè valutare se la mancata esecuzione dell'obbligo di contrattare scaturente dal primo preliminare possa avere determinato il venir meno delle utilità conseguibili con l'esecuzione del definitivo.

Se il primo preliminare non adempiuto non fosse integrabile ex art. 1375 il danno non si potrebbe parametrare al contenuto del definitivo non eseguito perché la conclusione di quest'ultimo era rimessa comunque alla discrezione delle parti che dovevano trovare l'accordo su alcuni aspetti. Mentre, quando la determinazione del contenuto del secondo preliminare fosse possibile anche mediante integrazione, allora è già il primo contratto che si pone come causa prima e unica per la conclusione anche del definitivo, sì che la mancata conclusione di quest'ultimo si porrà quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del preliminare con diritto del soggetto danneggiato al risarcimento del danno emergente e lucro cessante relativi al definitivo.

Abstract

This study analyses the contractual practice related to the Italian preliminary contracts.

We focus specifically on: the "agreement on a preliminary contract" (it is a preliminary contract resulting in the conclusion of another preliminary contract), and the anticipation of the preliminary contract's effects.

Therefore, we must find out if the agreement on a preliminary contract constitutes a valid contract. The answer is positive. Then, we must examine the different types of

agreement on a preliminary contract. For each type there is a specific kind of protection of the contract parties.

The parties should be able to enforce specific performance through the court order (article 2932 of Italian civil code), as well as sue for damages based on of both legal liability and compensation eligibility.

Camerino, dicembre 2018.

Il presente numero è stato chiuso nel dicembre 2018

CONTRIBUTI DI:

GIOVANNI VARANESE

Professore Associato di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi del Molise.

TIZIANA CROCE

Professore Aggregato di Informatica giuridica presso l'Università degli Studi di Camerino.

MIRIAM LAROCCA

Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

DANIELE STAZIO

Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

LUIGI GAROFALO

Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

EMANUELE MONTAGNA

Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

FRANCESCO RIZZO

Professore Associato di Diritto Privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.