

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), ULEN THOMAS (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CACLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

SOMMARIO

ALDO ANGELO DOLMETTA, Profili emergenti nelle azioni di classe	289
STEFANO LOMBARDO, Regulatory competition in European company law. Where do we stand twenty years after <i>Centros</i> ?	297
CARLO ALBERTO GIUSTI, L'errata indicazione del TAEG nei contratti di credito ai consumatori e le fonti del diritto comunitario	321
FRANCESCO QUARTA, Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento dell'impresa alla prova di <i>blockchain</i> e criptovalute.....	341
PIERRE DE GIOIA CARABELLESE, Il Principio Di Separatezza Patrimoniale Fra <i>Common Law</i> E <i>Civil Law</i> : Da <i>Salomon V Salomon</i> Al <i>Companies Act 2006</i> , Passando Per La Società Italiana <i>Nummo Uno</i>	373

SOMMARIO

LUCA SERAFINO LENTINI, «Tipicità speciale» delle *claims made* e prospettive rimediali: certezze acquisite e rinnovate criticità. Commento a Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437 (Pres. Mammone, Est. Vincenti) 33

VINCENZA CINZIA MECCOLA - CARMELA ROBUSTELLA , Fideiussore persona fisica e attribuzione dello status di consumatore..... 51

Profili emergenti nelle azioni di classe

SOMMARIO*: 1. Diritto scritto e diritto vivente. – 2. Sulla clausola generale di «omogeneità» dei diritti individuali. – 3. Poteri istruttori del giudice e vicinanza della prova. – 4. Sezioni specializzate in materia di impresa e professionalità specifica. – 5. Sulla compiuta ristrutturazione dell'azione di classe. – 6. Predominanza dell'azione risarcitoria. Critica. – 7. L'azione inibitoria come strumento di regolazione del mercato (dal «danno collettivo» alla «prassi deviante d'impresa»). – 8. Profili problematici della regolamentazione dell'azione inibitoria.

1. *Diritto scritto e diritto vivente*

Tra i meriti principali della legge 12 aprile 2019, n. 31, «disposizioni in materia di azioni di classe», va senz'altro annoverato quello di avere tolto quest'istituto dalla costrizione consegnatagli dalla precedente collocazione nel codice del consumo e da una frequentabilità limitata ai soli «consumatori» (e alla relativa classe di «utenti»). L'indiscriminata utilizzabilità per la tutela dei «diritti individuali omogenei» e la collocazione della relativa disciplina nell'ambito del codice di procedura civile, così raggiunta, porta senz'altro lo strumento – non già nuovo, ma dalla legge nuova ristrutturato (per certi versi, pure come impianto: v. *infra*, nel n. 5) – al livello delle figure (e dei rimedi) di vocazione generale del sistema. Del resto, la categoria dei «consumatori» – in realtà, più di comodo, che di sostanza (consistendo la stessa in una non giustificata riduzione del genere del «cliente») – è solita svolgere il ruolo di ponte di apertura e passaggio di nuovi istituti, di carattere generale per propria loro natura.

Raggiunta la dignità dommatica che all'idea di azione di classe compete, si tratta adesso di attendere e monitorare la reazione del diritto vivente: se, dunque, nei fatti l'istituto avrà uno sviluppo coerente con le sue potenzialità, comunque compatibile con le stesse, o se invece avrà vita marginale ovvero episodica, sino a ingrossare le fila delle misure giuridiche inutili, perché non utilizzate. Non mancano preoccupazioni al riguardo (anche al di là della constatazione che la

* Il testo riproduce, con gli opportuni adattamenti formali, la relazione tenuta al Convegno «*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*», Roma, 6 luglio 2019.

versione iniziale dell'istituto non sembra avere avuto, a prescindere dalla marginalizzazione disciplinare, riscontri proprio esaltanti). Come mostra, a ben vedere, già lo stesso fatto che l'istituto – una volta chiamato a far parte del codice di procedura – sia stato poi collocato in coda a tutto il resto della normativa (addirittura dopo quella dedicata all'arbitrato): a simbolo, quasi, di una figura ancora in gran parte da decifrare; di un forte senso di disagio, comunque.

Data questa situazione, sembra opportuno dedicare qualche pur breve (sommaria e solo assertiva, com'è naturale vista la sede) osservazione su taluni degli aspetti che possono incidere sulla riuscita pratica dell'istituto (cfr. n. 2 ss., con riferimento all'esigenza di professionalità specifica e forte degli operatori coinvolti nelle azioni, e n. 5 ss., a proposito dell'azione inibitoria).

2. Sulla clausola generale di «omogeneità» dei diritti individuali

La materia richiede – è importante per prima cosa rilevare – una professionalità assai elevata, a tutti i livelli degli operatori giuridici che vi sono implicati. Professionalità che, sotto diversi profili, si pone più come un obiettivo da raggiungere, che come un valore da conservare. Cerco di spiegarmi meglio, facendo sponda su dei punti cruciali della normativa (il secondo dei quali è esposto nel prossimo n. 3).

La tutela, accordata dall'azione di classe, si fissa sui «diritti individuali omogenei». La formula non è di quelle che mostrino immediato il loro perimetro; essa arieggia, piuttosto, la categoria delle clausole generali (ovvero dei concetti giuridici c.d. indeterminati). Nulla di male in questo (anzi).

Il fatto è, tuttavia, che la cultura giuridica italiana nutre una storica avversione per le clausole generali, quando non le rifiuta proprio (come evidentemente è da parte di chi tende ad assegnare loro una dimensione extra-giuridica). Di ciò non si può non tenere conto (anche in prospettiva): un simile atteggiamento rischia di frustrare assai la base dell'operatività dello strumento (in punto di ammissibilità della domanda *ex art. 840 bis c.p.c.*).

Tanto più che, sotto il profilo tecnico, questa clausola generale presenta l'obiettivo difficoltà di coniugare – nell'«omogeneità» dei diritti individuali – la derivazione da un unico ceppo con le specificità che il diritto di ciascun singolo non manca di possedere: di fissare in

modo opportuno, insomma, il livello di «genere» da assumere a protezione di classe.

3. Poteri istruttori del giudice e vicinanza della prova

Il comma 2 dell'art. 840 *quinquies* c.p.c. dispone che il «tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio». La formula ripete il testo dell'art. 702 *ter* c.p.c., per l'ambito del procedimento sommario di cognizione: ove peraltro la regola vale solo nel caso in cui occorra, al più, un'istruzione sommaria, non sempre, come nella presente ipotesi (cfr. sulla sostanziale indipendenza della norma in questione dal modello del procedimento sommario, v. CONSOLO, *La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciare cadere*, in *questa Rivista*, 2018, I, 633 ss.).

In sé, la norma sembra suscettibile di più interpretazioni, sulla misura dei poteri istruttori affidati al giudice e pure sulla «qualità» degli stessi. Ci si potrebbe anche chiedere se non si tratti, in fondo, di una forte apertura nei confronti della regola della vicinanza della prova (nel limite dell'«istanza motivata del ricorrente», il giudice «può ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti, che rientrano nella sua disponibilità»).

Il che pure sarebbe, a mio avviso, cosa commendevole, nonché auspicabile. Anche a questo proposito, tuttavia, è appena il caso di segnalare la grande distanza che separa una simile struttura dalla quotidianità dei processi comuni (si pensi anche solo alle discussioni, spesso davvero stucchevoli, sull'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. o all'uso distorto che parte della giurisprudenza di merito fa dello strumento di vicinanza fornito al cliente dall'art. 119, comma 4, t.u.b.).

Il bisogno di questa peculiare normativa istruttoria dell'apprestamento – per non restare lettera morta – di una specifica (e «nuova» viene anzi da dire) professionalità degli operatori si manifesta, in definitiva evidente.

4. *Sezioni specializzate in materia di impresa e professionalità specifica*

La competenza a decidere delle azioni di classe è stata per intero affidata alla sezione specializzata in materia di imprese (cfr. artt. 840 *ter* e 840 *sexiesdecies* c.p.c.). La scelta è senz'altro da condividere: si tratta di materie comunque delicate e di procedimenti per nulla agevoli da gestire. Si tratta soprattutto di strutture e rimedi, che nel loro complesso, stanno a parte da quelli di uso comune, si pongono come lontani dalla normalità della corrente esperienza giudiziaria.

In realtà, la scelta della professionalità specifica del giudice chiamato alla decisione risulta sostanzialmente obbligata, nel nostro sistema non ha alternative. Il punto è, piuttosto, che una simile scelta va alimentata e coltivata di continuo. Al fondo, il problema è, se così si può dire, di mentalità: per quanto valida e preparata, una classe di operatori formata sulla base di testi espressi dalla tradizionale cultura giuridica continentale e adusa a schemi operativi non meno ripetitivi di quella medesima cultura, non riesce a cambiare registro per un mero colpo di bacchetta (del direttore di orchestra o magica che sia).

5. *Sulla compiuta ristrutturazione dell'azione di classe*

Nel passare all'altro dei macro temi preannunciati sopra (n. 1, in fine), conviene ricordare che la versione iniziale dello strumento in discorso dettava una tutela articolata (ed equilibrata) su due linee di fondo: quella dell'inibitoria dei comportamenti lesivi e quella della «correzione» e/o «eliminazione» degli «effetti dannosi» di tali comportamenti (art. 140 comma 1 cod. cons.). Su quest'impianto iniziale venne aggiunto, poco tempo dopo, un'art. 140 *bis* cod. cons., denominato «azione di classe», di impronta senz'altro risarcitoria (per equivalente) e pure «restitutoria», secondo la lettera della legge (la prima versione dell'art. 140 *bis* risale al 2007, legge n. 244, art. 2, comma 446). Rimaneggiata più volte, l'azione così aggiunta – è constatazione comune – nella pratica non ha funzionato (FLORIO, *La nuova azione di classe, passi avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?* in *Il Caso*, 23/2019: «ha fallito i propri obiettivi di *redress* e *deterrence*»).

Nell'abrogare sia la norma dell'art. 140, che quella dell'art. 140 *bis* cod. cons. (art. 5 legge n. 31/2019), la riforma ha preso come modello di fondo lo strumento disegnato nell'art. 140 *bis* cod. cons., così conformando ampiamente un'azione di classe risarcitoria. Per il resto, ha eliminato la tutela correttiva/eliminativa che era prevista nell'art. 140 cod. cons., con conseguente cancellazione della *vis* potenzialmente anche demolitoria di tale previsione (salvo poi un parziale, e non del tutto limpido, recupero della stessa, come eventuale momento interno dell'azione collettiva di tipo inibitorio: la consistenza e permanenza nel tempo degli effetti lesivi di un comportamento ben possono prescindere dall'attuale continuazione dello stesso).

Ha conservato invece la tutela inibitoria.

6. *Predominanza dell'azione risarcitoria. Critica*

La disciplina della quale tutela inibitoria è stata peraltro compressa – o abbozzata, si potrebbe forse anche dire – in un'unica disposizione normativa (art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.), l'ultima dell'attuale codice di procedura (e per ciò pure confinaria). Nel contempo venendo pure a fornire, nella sostanza delle cose, la rappresentazione – meglio (a volere essere meno imprecisi sotto il profilo tecnico), a suscitare l'impressione – di un aspetto se non proprio estraneo al cuore del fenomeno dell'azione di classe, comunque marginale rispetto allo stesso, defilato dal contesto. In effetti, il testo normativo nega – senza ragione oggettiva, peraltro – all'inibitoria perfino l'etichetta di azione di classe (cfr., in particolare, il penultimo comma dell'art. 840 *sexiedecies* c.p.c.).

Non a caso, oggi si parla correntemente di azione di classe al singolare, con immediato ed esclusivo riferimento alla tutela risarcitoria. Laddove, per contro, le forme di tutela di cui alla figura dell'azione di classe risultano, allo stato del diritto vigente, di due distinti ordini (in luogo delle tre originarie, posto il destinato che è stato assegnato a quella demolitoria). Né, in via correlata, può dirsi un caso che l'azione di classe sia vista e apprezzata come strumento in via istituzionale destinato alla tutela delle classi più povere, quasi dei reietti della società. E che, sotto il profilo strutturale, si segnali come schema guida della nozione di diritto individuale omogenee quella del diritto «piccolo e simile» (così CONSOLO, *op. cit.*): ciò che può facilmente

valere per il caso della tutela risarcitoria, invero, non necessariamente si attaglia alla vicenda propria di quella inibitoria.

7. L'azione inibitoria come strumento di regolazione del mercato (dal «danno collettivo» alla «prassi deviante d'impresa»)

L'impostazione che assegna peso preponderante – nel quadro delle azioni di classe – a quella risarcitoria, con correlato soffocamento di quella inibitoria, suscita, a mio avviso, le più forti perplessità.

Non solo per il generico rilievo che prevenire è – come principio guida – decisamente meglio che curare. E neppure solo perché la tutela per equivalente, per sua propria definizione, lascia lì per intero il fatto dannoso (come pure potenzialmente idoneo a produrre, pur senza ripetizione dell'azione, ulteriori lesioni). Il rilievo va anche al di là, dunque, della constatazione che, per sé, la tutela reale (qui, l'impedimento del fatto di violazione) è più efficiente della tutela risarcitoria.

Il punto davvero di fondo è, in effetti, che l'azione inibitoria di classe esprime, in sé, uno strumento che appare idoneo – nella sua linea di apertura potenziale – a porsi come fattore di controllo e di regolamentazione del mercato; potendo concorrere a orientarne l'azione, l'inibitoria si pone lungo una prospettiva funzionale all'efficienza del mercato [per qualche approfondimento ulteriore, che qui non è possibile svolgere, rinvio a «*Exceptio veritatis*» e *informazione al mercato. Un caso bancario*, in *Banca borsa*, 2018, II, 210, nonché a *Prassi d'impresa e sopravvenienze (legislative o giurisprudenziali)*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 513, ove, in particolare, il riferimento all'azione inibitoria di classe come strumento per più versi idonea a «superare» le strutturali «costrizioni» dei comuni interventi giudiziali nei confronti delle prassi devianti d'impresa].

A differenza dell'azione risarcitoria che, per l'appunto, interviene a cose fatte. Per dare immediata visibilità al concetto e al confronto così espressi, è sufficiente pensare al caso recente delle banche venete in relazione alla prassi operativa di «baciare» i prestiti con la sottoscrizione di nuove azioni (ma, in verità, gli esempi potrebbero facilmente moltiplicarsi): se la azione risarcitoria tende a dirigersi (tra

l'altro) verso la Consob, quella inibitoria a sostituirsi all'inerzia (tra gli altri) della Consob.

In realtà, l'azione di classe è figura che nell'intrinseco possiede una duplicità di prospettiva: di potersi dirigere tanto contro l'effetto, quanto, e direttamente, contro l'azione. Ora, una simile duplicità risulta mantenuta anche nel sistema seguente alla riforma, visto se non altro il disposto della richiamata norma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. (per la norma dell'art. 37 cod. cons., v. il cenno *infra*, nel n. 8).

Lungi dal mortificare la versione inibitoria, occorre piuttosto registrare la diversità di prospettiva che segue all'uno e all'altro tipo di intervento e coerentemente sistemare lessico, concetti e regolazione normativa. Così, per fare degli esempi proprio a portata di mano, nella prospettiva dell'azione inibitoria non ha luogo far perno su un'idea di diffusione o di collettivizzazione del danno: il riferimento è, qui, diretto e immediato alla violazione massiva di legge e, cioè, alle prassi devianti delle imprese. Così come, nella medesima prospettiva, la nozione di diritto individuale (e, poi, anche omogeneo) – in punto di presupposti e di legittimazione all'azione – sembra naturalmente tendere (muovendosi nel quadro di un ragionamento «a maglie larghe») a trascolorare verso la più sfumata nozione di interesse legittimo.

8. *Profili problematici della regolamentazione dell'azione inibitoria*

Forse pure a causa della minore, e in sé modesta, importanza che il legislatore della riforma ha ritenuto di assegnare all'azione inibitoria, la scarsa disciplina di regolamentazione di quest'ultima non manca di suscitare problemi. Problemi che, per un verso o per altro, potrebbero anche finire per deprimere il ricorso, nell'operatività, allo strumento (in via ulteriore, naturalmente, rispetto a quanto già derivante dalla «secondarietà» segnata dal legislatore). Mi limito, qui, a qualche rapido cenno.

L'idea schematizzata nei commi 4 e 5 dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. sembrerebbe quella di un procedimento composito: con partenza in chiave camerale e prosecuzione sulla falsariga del procedimento dettato per la azione risarcitoria. Per entrambi gli aspetti viene richiamato – distintamente - il limite della compatibilità. Non ne esce, a me pare, un procedimento dalla struttura chiarissima (senz'altro da approvare, però, è la prevista partecipazione del P.M.): il doppio

richiamo al limite di compatibilità (del resto inevitabile, viste le scelte fatte) viene a rendere ogni cosa evanescente. Tanto più che il muro divisorio tra il camerale e il procedimento sommario «modificato» ex art. 840 *quinquies* c.p.c. non pare del tutto saldo (il comma 4 richiamando, così pare almeno, l'intera normativa del camerale). Per quanto poi l'inibitoria di classe non abbia per sé una funzione cautelare, non sarebbe stato certo inopportuno predisporre uno strumento per il caso di urgenza in concreto (nei fatti, si può ipotizzare il ricorso alle disposizioni degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., secondo quanto del resto previsto dall'art. 37 cod. cons.).

Per il caso di esercizio «congiunto» di azione inibitoria e azione risarcitoria, il comma 9 dell'articolo in esame stabilisce che il «giudice dispone la separazione delle cause». Per quanto si intende, si tratta di una separazione necessaria. La disposizione lascia perplessi (e non solo perché si risolve, nella linea dei fatti, in un disincentivo all'uso dell'inibitoria). Parte sostanziale degli accertamenti inerenti alle due ipotesi è comune, non diversa, quella risarcitoria ponendo piuttosto profili ulteriori. Non sarebbe stata, forse, la strada della pronuncia parziale (e comunque la via della separazione avrebbe dovuto essere rimessa alla discrezionalità del giudice).

Da ultimo, va segnalato che la riforma, se ha abrogato espressamente le norme degli artt. 139, 140 e 140 *bis* cod. cons., non ha toccato l'inibitoria relativa alle «condizioni contrattuali abusive» di cui all'art. 37 cod. cons. Ora, il comma 3 di questa norma stabilisce l'applicazione «per quanto non previsto» della disposizione dell'art. 140 cod. cons. Ne segue dunque il problema se – per tale specifica inibitoria – sia rimasto in vigore il regime anteriore o se, per contro, la relativa fattispecie sia stata per ogni aspetto «inglobata» (salvo quello del riferimento esclusivo ai contratti con i consumatori) all'ambito della norma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

Regulatory competition in European company law. Where do we stand twenty years after *Centros*?

SUMMARY*: 1. Introduction. – 2. Freedom of establishment of companies in the EEC Treaty between incorporation theory and real seat theory. – 3. The American market for corporate charters. – 4. The case law of the European Court of Justice. – 5. The European market for company law in the last 20 years. – 5.1. The demand side. – 5.2. The supply side. – 6. Conclusions.

1. Introduction

The twentieth anniversary of the important judgment of the European Court of Justice (ECJ) in the *Centros* case of 9 March 1999 is an opportunity to reassess this decision² and, more importantly, its impact on developments of freedom of establishment in the European Union.³

This article has an overview character, presenting the issue of freedom of establishment and mobility of companies from the beginning of the European “adventure” and the development of regulatory arbitrage and regulatory competition in company law in the

* I thank Peter Agstner and Federico M. Mucciarelli for helpful comments on a previous version of this article. I remain responsible for all possible mistakes. Research project (*The law of close corporations in the broader European regulatory competition: A View from the Euregio*) financed by EGTC European Region Tyrol-South Tyrol-Trentino, Science Fund: IPN 3-G16.

¹ Case C-212/97, of 9 March 1999. The Author started his Ph.D. in *Economic Analysis of Law* at the DFG Graduate College in *Law and Economics* of the University of Hamburg in October 1998 and decided from the outset to focus his dissertation on the topic of regulatory competition in company law in the European Community, presenting the dissertation topic in November 1998. The topic, ambitious but probably not so relevant, gained momentum precisely with the important decision of *Centros* of March 1999; see S. LOMBARDO, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community: Prerequisites and Limits*, Frankfurt am Main, 2002.

² In this article the terms company and company law and corporation and corporate law are used with the same meaning.

EU in the last twenty years.⁴ It then provides a short assessment of the actual market for company law with a specific consideration of close corporations, taking ownership costs vs contracting costs as a paradigm of analysis.⁵ Indeed, contrary to the US benchmark model, in Europe the phenomenon of mobility of companies has involved almost exclusively close corporations and in particular private limited liability companies, with some sporadic exemptions related to listed companies.⁶ Given this pattern, the analysis will show that, twenty years after *Centros*, the situation in the EU differs considerably from the United States. A US style market for corporate charters for listed corporations with dispersed ownership will probably not develop in Europe in the future.⁷

The conclusion is that *Centros* had the positive effect of reconsidering the philosophy of harmonization of company law in

³ The topic of freedom of establishment of companies in a context of possible regulatory arbitrage and regulatory competition has proved to be extensively studied in Europe with a burgeoning literature over the last twenty years. Limiting the overview to the literature in English and without any claims of exhaustiveness see e.g., E.-M. KIENINGER, *The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility: EU and US Compared*, in *German Law Journal*, 2004, p. 741 ff.; J. ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, in ECGI Law WP 54/2005; M. GELTER, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, p. 247 ff.; W. SCHÖN, *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, p. 122 ff.; M. VENTORUZZO, *Cost-Based and Rules-Based Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U.*, in *New York University Journal of Law and Business*, 2006, p. 91 ff.; L. ENRIQUES, M. GELTER, *How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law*, in *Tulane Law Review*, 2007, p. 577 ff.; F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the E.U.*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 421 ff.

⁴ See already S. LOMBARDO, *op. cit.* and Section 3.

⁵ They refer to the cases of FIAT-Chrysler, FCA (and Ferrari), which became Dutch companies, see F. PERNAZZA, *Fiat Chrysler Automobiles and the New Face of Corporate Mobility in Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 2017, p. 37 ff.

⁶ A useful and complete overview of the legal situation in Europe and for the single Member States is provided by C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER, M. SIEMS, *The Private International Law of Companies in Europe*, München, 2019.

Europe and making all the actors more aware of the *pro* and *contra* of such a device to reach the goal of an integrated internal market (Article 3.3 EU Treaty).⁸ More importantly, *Centros* served as a very simple but at the same time very incisive device, decided by the ECJ as “motor of European integration”,⁹ (i) to eradicate the very deep fears anchored on and defended by the real seat theory followed by some Member States against “(EU)-foreign” companies, and as result (ii) to affirm the relevance of the country of origin principle and the mutual recognition principle, already applied in other areas of law, also in the field of company law.¹⁰ The mentioned fears were exaggerated both with respect to the protection of shareholders and the protection of creditors and no longer justified in the European internal market context of Article 3.3 EU Treaty.¹¹ At the same time, more recently the issue of creditors’ protection has gained new momentum with the *Kornhaas* case of the ECJ.¹² This case has reconsidered the relationship between company law and insolvency law, making the regulatory picture at the same time easier but more difficult to evaluate.¹³ In this context, also the extent to which Brexit will impact on freedom of establishment (and

⁷ See L. ENRIQUES, M. GATTI, *The Uneasy Case for Top-Down Corporate Law Harmonization in the European Union*, in *U. Pa. Journal of International Economic Law*, 2006, p. 939 ff.; L. ENRIQUES, *EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are?* in *U. Pa. Journal of International Economic Law*, 2006, p. 1 ff.; more recently, L. ENRIQUES, *A Harmonized European Company Law: Are We There Already?* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 763 ff.

⁸ T. HORSLEY, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the “Motor” of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 931 ff.

⁹ See C. BEHME, *The Principle of Mutual Recognition in the European Internal Market With Special Regard to the Cross-Border Mobility of Companies*, in *European Company and Financial Law Review*, 2016, p. 31 ff.; K.E. SØRENSEN, *The Country-of-Origin Principle and Balancing Jurisdiction between Home Member States and Host Member States*, in *European Business Law Review*, 2019, p. 38 ff.

¹⁰ But see K.E. SØRENSEN, *The Fight against Letterbox Companies in the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 85 ff., for an attempt to distinguish between compatible and incompatible letterbox companies in the context of freedom of establishment.

¹¹ Case C-594/14 of 10 December 2015.

¹² *Kornhass* concerned a UK limited liability company operating in Germany.

on insolvency proceedings) is dependent on the way the exit will materialize.¹⁴

The liberal case law of the ECJ in the recent past accompanied by the economic and financial crisis after 2008 has led the European Commission to reconsider its action policy in the field of company law, which includes listed companies and close companies.¹⁵ Probably for this reason, the recent “mobility package” of the European Commission is a minimal attempt to try to regulate only the issue of freedom of establishment in terms of reincorporations of private limited companies.¹⁶

The article is structured as follows. After providing in Section 2 a short overview of the relevant issues at stake in the case of freedom of establishment of companies in the European Community (Union), Section 3 briefly analyses the market for corporate charters for the United States for comparative purposes. Section 4 provides an overview of the development of the jurisprudence of the ECJ in the field of freedom of establishment and mobility of companies among Member States. Section 5 concentrates on a short assessment of the evolution of the European market for company law from the demand and supply side perspective. Section 6 concludes.

¹³ The Brexit decision and its possible effects on freedom of establishment are discussed by J. ARMOUR, H. FLEISCHER, V. KNAPP, M. WINNER, *Brexit and Corporate Citizenship*, in ECGI Law WP 340/2017.

¹⁴ J. ARMOUR, W.-G. RINGE, *European Company Law 1999-2010: Renaissance and Crisis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 125 ff.

¹⁵ The recent Commission proposal for a Directive amending Directive 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Com(2018) 241 final of 25.4.2018) in the context of the so-called Company Law Package (together with the Commission’s proposal for a Directive amending Directive 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law (Com(2018) 239 final of 25.4.2018)) also includes the possibility to transfer the registered office with change of applicable law and retention of legal personality. Nevertheless, the proposal applies only to limited liability companies. For a first assessment of the proposal, see J. SCHMIDT, *The Mobility Aspect of the EU Commission’s Company Law Package: Or – ‘The Good, the Bad and the Ugly’*, in *European Company Law*, 2019, p. 13 ff. See also C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER, M. SIEMS, *Cross-border reincorporations in the European Union: the case for comprehensive harmonization*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 2018, p. 1 ff.

2. Freedom of establishment of companies in the EEC Treaty between incorporation theory and real seat theory

At the beginning of the European adventure, the relevant Articles in the area of freedom of establishment and mobility of companies were articles 52 and 58 of the EEC Treaty, Article 54(3)(g) EEC Treaty on harmonization of company law as well as Article 293(3) EEC Treaty on mutual recognition of companies, retention of legal personality and mergers between European companies.¹⁷ While Article 52 EEC Treaty provided for freedom of establishment for individuals, Article 58 EEC Treaty extended freedom of establishment also to companies (in terms of for-profit entities).¹⁸

Article 58 EEC Treaty, extending freedom of establishment also to companies that have their registered office, central administration or principal place of business within the Community, was interpreted according to national rules. In the field of private international law for companies, Member States have traditionally followed either the real seat theory or the incorporation theory. The real seat theory requires the (Member) State of the registered office and of the real seat (central administration or principal place of business) for formation and recognition purposes to coincide, while the incorporation theory allows for the registered office and real seat to be in two different (Member) States.¹⁹

¹⁶ Article 293 EEC Treaty (Article 220 EC Treaty) is no longer present in the EU Treaties. For the early literature on the relevant Treaty Articles, see Y. SCHOLTEN, *Company Law in Europe*, in *Common Market Law Review*, 1967, p. 377 ff.; M. LUTTER, *Die Angleichung des Gesellschaftsrechts nach dem EWG-Vertrag*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1966, p. 277 ff.; C. W.A. TIMMERMANS, *Die europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht. Eine integrations- und rechtspolitische Analyse*, in *Rabels Zeitschrift für ausländ. und internat. Privatrecht*, 1984, p. 1 ff.. More recently, see W. SCHÖN, *Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1996, p. 221 ff.; J. WOUTERS, *European Company Law: Quo Vadis?*, in *Common Market Law Journal*, 2000, p. 257 ff.

¹⁷ See S. LOMBARDO, *Some Reflections on Freedom of Establishment of Non-profit Entities in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, p. 225 ff.

¹⁸ G. BEITZKE, *Anerkennung und Sitzverlegung von Gesellschaften und Juristischen Personen im EWG-Bereich*, in *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 1964, p. 1 ff.

In its essential terms, there was a compatibility problem between the real seat theory and Articles 52 and 58 EEC Treaty. Real seat Member States did not recognize a company with its registered office in a Member State that adopted the incorporation theory but which then moved its real seat to their territory. These real seat Member States for recognition purposes required that the real seat and registered office of the Member State of formation coincide, so neglecting the issue of initial valid formation in the Member State of origin/formation (i.e. the one of incorporation).²⁰

The problem of freedom of establishment and mobility of companies according to the relevant EEC Treaty Articles was furthermore complicated by the importance legal scholars were giving to Article 54(3)(g). This Article provides for coordination of the national company law provisions of Member States.²¹ Under Article 54(3)(g), harmonization of company law was long considered functional and instrumental to the complete realization of freedom of establishment and mobility of companies needed to reach the goal of a single market. Indeed, as in other areas of law, *ex ante* harmonization was commonly considered to be a prerequisite to allow and realize the exercise of the rights established by the Treaty. Only after some decades, were doubts raised by some legal scholars about the paradigm of harmonization of company law as a mechanism to reach integration of the internal market and mobility of companies.²²

3. *The American market for corporate charters*

The legal situation in Europe was for a long time different from the one in the United States, where the incorporation theory developed as

¹⁹ P. BEHRENS, *Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften in der EWG*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1989, p. 354 ff.

²⁰ See M. LUTTER, *op. cit.*

²¹ See H. KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, in *Rabels Zeitschrift für ausländ. und internat. Privatrecht*, 1986, p. 1 ff.; P. BEHRENS, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländ. und internat. Privatrecht*, 1986, p. 19 ff.; P. BEHRENS, *Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtangleichung*, in *FS Mästmäcker*, U. IMMENGA, W. MÖSCHEL, D. REUTER (Hrsg.), Baden Baden, 1986, p. 831 ff.; K.J. HOPT, *Company Law in the European Union: Harmonization or Subsidiarity?* Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1998.

the conflict of law rule for corporations applied by almost all States and where the predominance of Delaware as the State of (re)incorporation emerged quite early in time.²³ Delaware's predominance, possibly historically threatened by federal law,²⁴ was actually strongly criticized by some legal scholars in terms of "race to laxity" or "race to the bottom", but it was never the object of intervention by federal legislation that covered the entire spectrum of corporate law.²⁵ More recently, the predominance of Delaware was positively reassessed, after the findings of empirical studies on the possible positive effects of reincorporation of companies to Delaware.²⁶

To understand the major points of the more recent positive (re)evaluation of the Delaware predominance, it is useful to briefly describe the terms of the law and economics debate that developed in the United States.^{27,28} Starting point for the analysis of the market for

²² See E.R. LATTY, *Pseudo-Foreign Corporations*, in *Yale Law Journal*, 1955, p. 137 ff.; P.J. KOZYRIS, *Corporate Wars and Choice of Law*, in *Duke Law Journal*, 1985, p. 1 ff.; R.M. BUXBAUM, *The Origins of the American >>Internal Affairs<< Rule in the Corporate Conflict of Laws*, in *FS Kegel*, H.-J. MUSIELAK, K. SCHURIG (Hrsg.), Stuttgart, 1987, p. 55 ff. From a comparative perspective, see also R.M. BUXBAUM, K.J. HOPT, *Legal Harmonization and the Business Enterprise. Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the U.S.A.*, Berlin, 1988.

²³ M.J. ROE, *Delaware's Competition*, in *Harvard Law Review*, 2003, p. 588 ff.

²⁴ See H.L.F. WILGUS, *Need of a National Incorporation Law*, in *Michigan Law Review*, 1904, p. 358 ff.; W.L. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, in *Yale Law Journal*, 1974, p. 663 ff.; NOTE, *Federal Chartering of Corporations. A Proposal*, in *Georgetown Law Journal*, 1972, p. 89 ff. and NOTE, *Federal Chartering of Corporations. Constitutional Challenges*, in *Georgetown Law Journal*, 1972, p. 123 ff.

²⁵ See R. ROMANO, *Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle*, in *J. of Law, Econ., & Organization*, 1985, p. 225 ff. and R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, Washington, 1993; see also R.K. WINTER JR., *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, in *Journal of Legal Studies*, 1977, p. 251 ff.

²⁶ A complete analysis of the debate on regulatory competition in the US is outside the scope of this article, see M. KAHN, *The State of State Competition for Incorporation*, in ECGI Law WP 263/2014.

²⁷ Law and economics has characterized the development of US corporate scholarship in the last 40 years while in Europe this paradigm is comparatively less developed. For some considerations for the US, see R. ROMANO, *The Making of Contemporary Corporate Law Scholarship*, in *FS Baums*, H. SIEKMANN (Hrsg.), Tübingen, 2017, p. 991 ff.

corporate charters is that the firm is an alternative mechanism for allocating resources than the market, owing to the different patterns of transaction costs that exist between the two mechanisms.²⁹ The corporation is considered to be a nexus of contracts between several parties (patrons) generating agency problems and agency costs.³⁰ In particular, according to a taxonomy of the different types of firms,³¹ the transaction costs arising from the interaction of the different patrons (shareholders, creditors, employees, customers) using the firm are of two types: the costs of contracting and the costs of ownership.³² More in particular, contracting costs include several types (due to classical market failures such as monopoly power, opportunistic behavior and asymmetric information) while ownership costs (meaning the residual right of control and the residual right of earning) include the costs of controlling managers, the costs of collective decision making and the costs of risk bearing.³³

Ownership of the firm is efficiently assigned to a particular group of patrons in a way that “minimizes the total costs of transactions between the firm and all of its patrons”.³⁴ The business corporation is characterized by the efficient assignment of ownership to shareholders because this reduces the total transaction costs of the entire nexus.³⁵

In such a context, where the allocation of ownership to shareholders is justified in terms of better management control and common objective of shareholder value, the US market for corporate charters apparently reduces the costs of ownership and for this reason is

²⁸ R.H. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, p. 386 ff.

²⁹ A. ALCHIAN, H. DEMSTETZ, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American Economic Review*, 1972, p. 777 ff. and M. JENSEN, W. H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, p. 305 ff.

³⁰ H. HANSMANN, *The Ownership of the Firm*, in *J. of Law, Econ. & Organization*, 1988, p. 267 ff.; see also H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, Harvard, 1996, 11.

³¹ H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., 18.

³² H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit. 24 and 35, and 53 for the investor-owned firm. The relationship between the different agency costs a corporation creates and the possible legal instruments to deal with them is analysed in R. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, 2009.

³³ H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., 21.

³⁴ H. HANSMANN, *The Ownership of Enterprise*, cit., 21.

efficient.³⁶ Indeed, the implicit logic of the US market for corporate charters is that a (re)incorporation to Delaware increases the value of the corporation, meaning that ownership costs are comparatively reduced.³⁷ At the same time, a (re)incorporation to Delaware does not increase the costs of credit, i.e. the second most important costs a corporation, as a firm, faces. This is the economic core of the American market for corporate charters in terms of ownership costs vs credit costs. Delaware law, by reducing the costs of ownership (particularly significant in large corporations with disperse ownership where the shareholders-managers agency problem dominates) and by not increasing the costs of credit, produces apparently a surplus in terms of share value that shareholders/investors are willing to pay.³⁸

The reconstruction of the Delaware predominance in the market for corporate charters requires some qualifications for the limited purposes of this article; some of them belong to the realm of corporate law, while others are outside it and cover securities regulation and bankruptcy law. All these qualifications are essential for comparative purposes with the European market for corporate charters.

There are three points related to the nature of corporate law worth mentioning. The first is the central element that, given the theoretical model of reference, in the USA, corporate law is (considered to be only) the relationship between shareholders and managers.³⁹ There is no

³⁵ The extent to which regulatory competition is able or not to reach the *optimal* regulatory result is debated and doubted in a famous article by L.A. BEBCHUCK, *Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in *Harvard Law Review*, 1992, p. 105 ff.

³⁶ A complete overview of the empirical findings is provided by M. KAHN, *op. cit.*, 19.

³⁷ The following example is useful. Imagine a corporation is incorporated in the State of Arizona with the total costs of \$100: cost of ownership \$80 and costs of credit \$20. A reincorporation to Delaware means an increase in the stock value, because the costs of ownership become \$76 (because of the better corporate law) while the costs of credit remains constant. The total costs of the Delaware incorporated firm are now \$96 with an efficiency gain of \$4.

³⁸ R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, cit., 1, starts her book by simply stating “Corporate Law which is the relationship between shareholders and managers ...”. American corporate legal doctrine seems to be predominantly convinced that corporate law covers shareholders and managers and pursues an aim of shareholder value. For a comparative analysis of the two regulatory philosophies, see e.g. F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the E.U.*, cit.; M. GELTER, *Taming or Protecting the*

space, as in Europe, for the consideration of other interests to be dealt with by corporate law. The second is that, given the concentration of corporate law on this single relationship, there is evidence that the surplus Delaware law provides predominantly comes from the quality of its judicial system.⁴⁰ The third point is that since the advantages of the Delaware corporate law are comparatively more useful in large corporations with dispersed ownership, closed corporations with a lower level of ownership costs are less interested in Delaware corporate law because the saving in ownership costs are less important. A consequence of this statement is that closed corporations (and limited liability companies) are less prone to (re)incorporate in Delaware.⁴¹ On the same logic, concentrated ownership through institutional investors, as a self-enforcing mechanism to reduce ownership costs, as in closed corporations, has been qualified as a cause for the declaration of death of (Delaware) corporate law.⁴²

There are two elements of this market for corporate law that have to be further considered for comparative purposes: bankruptcy law and securities regulation. Both areas of law are of federal competence in the United States and both areas of law are important in terms of transaction costs. This means that Delaware law reduces ownership costs for corporations with dispersed ownership (and does not increase credit costs) and that the market for corporate charters is (presumably) efficient inside this context of federal bankruptcy law and securities regulation. We do not know the extent to which the market for corporate charters would be efficient, were the two areas of law not of federal competence. Even though legal scholars have argued for competition

Modern Corporation – Shareholder-Stakeholder Debates in a Comparative Light, in *New York University Journal of Law and Business*, 2011, p. 641 ff. See also G.H. ROTH, PETER KINDLER, *The Spirit of Corporate Law. Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, München, 2013.

³⁹ See W. SAVITT, *The Genius of the Modern Chancery System*, in *Columbia Business Law Review*, 2012, p. 570 ff.; H. FLEISCHER, *Gerichtsspezialisierung im Gesellschaftsrecht*, in *FS Baums*, H. SIEKMANN (Hrsg.), Tübingen, 2017, p. 417 ff.

⁴⁰ See J. DAMMANN, M. SCHÜNDELN, *The Incorporation Choice of Privately Held Corporations*, in *J. of Law, Econ., & Organization*, 2011, p. 79 ff. and J. DAMMANN, M. SCHÜNDELN, *Where Are Limited Liability Companies Formed? An Empirical Analysis*, in *Journal of Law and Economics*, 2012, p. 741 ff.

⁴¹ See Z. GOSHEN, S. HANNES, *The Death of Corporate Law*, in *ECGI Law WP*, 402/2018.

also in these two areas, as yet we do not know the final word on this issue.⁴³

4. *The case law of the European Court of Justice*

The relevant cases dealing with freedom of establishment and mobility of companies in the European Community/Union have focused mainly on private limited liability companies or partnerships. The ECJ in the last twenty years has developed a liberal jurisprudence towards both free choice of law for first incorporations and a general principle of permissibility for reincorporations of existing companies with retention of legal personality.

Given the general rule of permissibility, the Court has applied the so-called *Gebhard*-test,⁴⁴ according to which a possible limitation to freedom of establishment and mobility of companies has to be: (i) nondiscriminatory, (ii) justified by imperative requirements in the general interest, (iii) must be suitable for securing the attainment of the objective, (iv) must not go beyond what is necessary in order to attain it. This test is applied in any case, in very restrictive terms to avoid possible limitations of the granted freedom of establishment/mobility.

The first relevant case in the jurisprudence of the ECJ was *Daily Mail* decided on September 1988.⁴⁵ *Daily Mail* was an English public limited liability company incorporated in the United Kingdom that wanted to transfer its central administration and control to the Netherlands in order to save taxes. The essential point of the four questions asked to the ECJ was whether Articles 52 and 58 EEC Treaty permit a company to transfer the central administration and control to another Member State by maintaining the registered office in the Member State of incorporation without the prior consent of tax authorities. The Court referred *Daily Mail* to a case of primary establishment and argued that “unlike natural persons, companies are creatures of the law and, in the present state of Community law,

⁴² D.A. SKEEL, *Rethinking the Line Between Corporate Law and Bankruptcy*, in *Texas Law Review*, 1994, p. 471 ff.; R. ROMANO, *Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation*, in *Yale Law Journal*, 1998, p. 2359 ff.

⁴³ Case C-55/94, of 30 November 1995.

⁴⁴ Case C-81/87, of 27 September 1988. On *Daily Mail*, see e.g. J. LEVER, *Note*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 327 ff.

creatures of national law. They exist only by virtue of the varying national legislation which determines their incorporation and functioning”.⁴⁶ The Court first described the diversity in the connecting factors required by the different Member States for the creation and recognition of companies and the absence of European legislation on mobility and recognition of companies. It then argued that, to date under existing Community law, Articles 52 and 58 EECT Treaty could not be interpreted as conferring to companies a right to transfer their central administration to another Member State while maintaining their status as companies of the original Member State. *Daily Mail* had significant reverberations in the field of European company law and was mainly interpreted as a barrier to freedom of establishment and mobility of companies in the European Union.

The predominant influence of *Daily Mail*, as interpreted by the majority of legal scholars in terms of limitation to freedom of establishment, rendered the *Centros* decision of March 1999 a “revolution” in the European Union.⁴⁷ *Centros* was a mail-box private limited company incorporated in England and Wales by two Danish citizens that wished to register a branch in Denmark. The Danish authorities argued that the branch would have carried on the business activity and that *Centros* was established in the United Kingdom solely in order to circumvent mainly Danish rules on minimum capital requirements. The preliminary question referred to the ECJ by the Danish authority explicitly referred to the possibility to choose another Member State in order to register a company to do business in another Member State by way of a branch. The ECJ decided the case by covering the branch under the specific characteristics of freedom of establishment under the Treaty. Furthermore, the Court denied any importance to approximation of company law as instrumental to freedom of establishment and more importantly applied the proportionality *Gebhard*-test to the possible reasons that could limit the freedom of choosing a different Member State for incorporating a

⁴⁵ *Daily Mail*, point 19.

⁴⁶ On *Centros* see e.g., P. BEHRENS, *International Company Law in View of the Centros Decision of the ECJ*, in *European Business Organization Law Review*, 2000, p. 125 ff.; W.-H. ROTH, *Note*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 143 ff.

company in order to do business in another one.⁴⁸ The eco of *Centros* has been extremely significant for European company law and has opened the door to the possibility to choose a company of a Member State following the incorporation theory in order to do business in another Member State. *Centros* did in fact open up the way to regulatory competition and regulatory arbitrage in European company law and legal doctrine began to analyze this phenomenon, which in fact changed the paradigm for European company law.

The third case was *Überseering* of November 2002 and was the first referring to a real seat Member State receiving a company from an incorporation theory Member State.⁴⁹ *Überseering* was a Dutch private limited liability company that shifted its central administration and principal place of business to Germany. The German BGH asked the ECJ the extent to which the recognition of the legal capacity of *Überseering* had to be granted by German authorities. The ECJ decided that *Überseering*'s legal capacity be recognized as a Dutch company by German authorities. The Court referred to the *Daily Mail* decision for arguing the difference between the two cases. While *Daily Mail* concerned a case of permissibility of transfer from the Member State of departure, i.e. the extent to which the United Kingdom allowed its own companies to transfer the seat abroad, *Überseering* concerned the permissibility of the Member State of arrival to recognize a company validly incorporated in another Member State. Germany is not allowed under the freedom of establishment granted by the Treaty to deny recognition to a company validly incorporated in another Member State.

⁴⁷ Indeed, "national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it", point 34 of *Centros*.

⁴⁸ Case C-208/00, of 5 November 2002. On *Überseering*, see e.g. S. LOMBARDO, *Conflict of Law Rules in Company Law after Überseering: An Economic and Comparative Analysis of the Allocation of Policy Competence in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2003, p. 301 ff.; E. WYMEERSCH, *The Transfer of the company seat in European company law*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 661 ff.

The fourth case was *Inspire Art* of September 2003,⁴⁹ a private limited liability company incorporated in the register of England and Wales; the case referred to the regularity and compatibility of Dutch provisions for the registration of branches according to European provisions and in particular with the Eleventh Directive. The ECJ was asked to assess the compatibility of those provisions, including the temporary joint and several liability of directors with European rules on freedom of establishment, checking in particular their proportionality in order to protect internal economic activity. The Court maintained the exhaustive nature of the Eleventh directive provisions and argued for the non-compatibility of the Dutch provision, integrating them by applying the proportionality test to assess their validity with respect to the protection of internal economic activity.

The fifth case, *Sevic* of December 2005,⁵⁰ regarded a merger between Sevic, a German public limited company and a Luxemburg limited company. The German authorities had refused to recognize the merger, because according to German law a merger was possible only between legal entities established in Germany. The ECJ was asked to assess to what extent mergers between companies of different Member States are included in the freedom of establishment. The Court recognized that mergers between companies are an essential instrument for the creation of the single market and that freedom of establishment includes also the possibility of merger.

The sixth case was *Cartesio* of 16 December 2008.⁵¹ *Cartesio* was a Hungarian limited partnership that wanted to transfer its seat to Italy while maintaining Hungarian legal status. The ECJ was asked to assess whether freedom of establishment includes the obligation for Hungary to permit such a transfer. The Court, mainly on the basis of *Daily Mail*,

⁴⁹ Case C-167/01, of 30 September 2003. See e.g. W.F. EBKE, *The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolutions: Überseering, Inspire Art and Beyond*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 9 ff.; D. ZIMMER, *Note*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 1127 ff.

⁵⁰ Case C-411/03, of 13 December 2005. See e.g. P. BEHRENS, *Note*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 1669 ff.; M.M. SIEMS, *SEVIC: Beyond Cross Border Mergers*, in *European Business Organization Law Review*, 2007, p. 307 ff.

⁵¹ Case C-210/06, of 16 December 2008. See e.g. S. LOMBARDO, *Regulatory Competition in Company Law in the European Union after Cartesio*, in *European Business Organization Law Review*, 2009, p. 627 ff.; M. SZYDŁO, *Note*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 703 ff.

recognized that the Treaty does not regulate the connecting factor Member States use to register/form their companies and that *Cartesio* was not permitted to move its seat to Italy while retaining Hungarian legal status. Furthermore, in *Cartesio* the Court with an *obiter dictum* opened the door to reincorporation with change of applicable law (conversion) as a possibility included in freedom of establishment.

The seventh case, of July 2012 is *Vale*,⁵³ which was an Italian limited liability company that wanted to convert into a Hungarian company. The ECJ was asked to assess whether conversion, like merger in the *SEVIC* case, is included in the freedom of establishment. The Court again recognized conversion between companies of different Member States as an important instrument for the realization of the internal market. The provisions of the Member State of arrival regulating the cross-border conversion can be applied, but the principles of equivalence and of effectiveness have to be respected in order to avoid discrimination between national and cross-border conversions.

The last case is *Polbud*, a Polish limited liability company that wanted to convert into a Luxemburg company of the same type.⁵⁴ The Court was asked to assess the compatibility of the liquidation procedure under Polish law required to cancel the company from the Polish register in order to register the company in Luxemburg. *Polbud* concerns the compatibility of material company law rules that require the liquidation of the company necessary for cancellation from the national register in turn needed to acquire the new legal status in the Member State of arrival. The ECJ ruled that liquidation is not proportional and reasonable to protect internal interests and that freedom of establishment covers the cross-border transformation with maintenance of legal personality.

⁵² Case C-378/10, of 12 July 2012. See for example S. RAMMELOO, *Freedom of Establishment: Cross-Border Transfer of Company Seat – The Last Piece of the Puzzle*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2012, p. 563 ff.; T. BIERMEYER, *Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE Építési Kft*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 571 ff.

⁵³ Case C-106/16, of 25 October 2017. See M. SZYDŁO, *Cross-border conversion of companies under freedom of establishment: Polbud and beyond*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1549 ff.

5. *The European market for company law in the last 20 years*

When considering a market it is useful to differentiate firstly between the demand and supply sides. With respect to (company) law it is possible to differentiate between: (i) a possible regulatory arbitrage (demand side), where parties to a contractual agreement are free to choose the applicable law (of the Member State) of their (company) contract and (ii) a possible regulatory competition (supply side), where jurisdictions (Member States) possibly compete to attract contracts/companies.⁵⁵ Secondly, in the particular market for corporate charters, another difference has typically been made, in order to properly differentiate the various problems involved. It is the one between (i) first incorporation of a company (i.e. the formation of a new company in a Member State) and (ii) reincorporation of an existing company from one Member State to another one with change of applicable law, maintenance of legal personality and avoidance of a winding up of the company entity.⁵⁶

Section 4 has shown that the legal conditions for the demand side have been progressively realized over the last twenty years by ECJ case law and are now open/ready to realize regulatory arbitrage, both in terms of first incorporations and re-incorporations. Essentially, the case law of the ECJ has extended also to company law an important principle typical of contract law, i.e. the one of freedom of choice of law.⁵⁷ The

⁵⁴ For an extreme of this paradigm and for the deconstruction of the different regulatory regimes a company could be subject to, see S. LOMBARDO, P. PASOTTI, *Disintegrating the Regulation of the Business Corporation as a Nexus of Contracts: Regulatory Competition vs Unification of Law*, in *European Business Organization Law Review*, 2009, p. 35 ff.

⁵⁵ See e.g. S. LOMBARDO, *Regulatory Competition in Company Law in the European Community: Prerequisites and Limits*, cit., 145, 170; W. SCHÖN, *The Mobility of Companies in Europe and the Organizational Freedom of Company Founders*, cit., 134, 137.

⁵⁶ See *Centros*, point 27. The dimension of the free choice of the most important contractual parties of the nexus, i.e. the shareholders who form the company has *de facto* equalized the company to those other types of contracts for whom freedom of choice of law was already granted. Abuse of law has been considered as absent in this free choice: on the point see W.-G. RINGE, *Sparkling Regulatory Competition in European Company Law: The Impact of the Centros Line of Case Law and its Concept of 'Abuse of Law'*, in *Prohibition of Abuse of Law: A New Principle of EU Law?*, R. DE LA FEIRA, S. VOGENAUER (eds.), Oxford, 2011, p. 107 ff.

only limitation is the *Gebhard*-test, which is applied in very restrictive terms to avoid possible limitations to the granted freedom of establishment/mobility. Freedom of choice of law has been evaluated, from a law and economics perspective, as generally efficient in terms of giving contractual parties the possibility to gain from the choice of different substantive laws.⁵⁸

This Section examines the equilibrium of the European market for corporate charters that has developed in the last twenty years. It takes into consideration the demand side in terms of first incorporation (i.e. formation of a new company) and of reincorporation (i.e. change of applicable law of an existing company with retention of the legal personality), and the supply side.

5.1. *The demand side*

The demand side of the European market for corporate charters has mainly concerned in the last twenty years, first incorporations of private limited companies (or of closed corporations).⁵⁹ To analyze the possible efficiency gains of the European market for corporate charters, it is possible to scrutinize this result using the ownership costs vs contracting costs paradigm presented in Section 3.⁶⁰

⁵⁷ F. PARISI, L.E. RIBSTEIN, *Choice of Law*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. NEWMAN (ed.), New York, 1998, p. 236 ff.

⁵⁸ There are several empirical studies on the topic of first incorporation and reincorporation of existing companies. See e.g. M. BECHT, C. MAYER, H.F. WAGNER, *Where do firms incorporate? Deregulation and the cost of entry*, in *Journal of Corporate Finance*, 2008, p. 241 ff.; W.W. BRATTON, J. A. MCCAUREY, E.P.M. VERMUELEN, *How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking?*, in *American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 347 ff.; R. BRAUN, H. EIDENMÜLLER, A. ENGERT, L. HORNUF, *Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reforms*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, p. 399 ff.; W.-G. RINGE, *Corporate Mobility in the European Union – a Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition*, in *European Company and Financial Law Review*, 2013, p. 230 ff.; C. GERNER-BEUERLE, F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER, M. SIEMS, *Why do business incorporate in other Member States? An empirical analysis of the role of conflict of law rules*, in *International Review of Law and Economics*, 2018, p. 14 ff.

⁵⁹ I do not take into consideration the operative costs of a first incorporation and a reincorporation in a Member State different from the hosting one. On this issue, see

a) *Ownership costs*

It is a peculiar characteristic of private limited companies that their ownership costs are low in comparison to companies with dispersed ownership, being their ownership structure also usually extremely simple in terms of limited number of involved shareholders. From this perspective, we can also argue that private limited companies generally are companies where the level of trust/knowledge is comparatively higher and transaction costs relatively lower than listed companies with dispersed ownership.⁶¹

In exploiting the possibility of regulatory arbitrage, it can be presumed, as the *Centros* case law implicitly assumes and following the general principle of freedom of choice in contract law, that shareholders, having to decide where to incorporate a new company or to re-incorporate an existing company, can legitimately consider the company law of Member State A better (i.e. reducing ownership costs) than the company law of (their) hosting Member State B. This assumption can be argued both with reference to first incorporations and to re-incorporations with a change of applicable law and retention of legal personality.

This leads to the simple result that the company law of A is efficient in comparison to the company law of B, as regards solely ownership costs. By summing the (presumed) reduction in the ownership costs in the thousands of first incorporations (and some re-incorporations) carried out to exploit regulatory arbitrage of private limited companies that the EU has experienced in these twenty years,⁶² it can be presumably assumed that the European Union has gained in efficiency

M. BECHT, L. ENRIQUES, V. KOROM, *Centros and the Cost of Branching*, in *Journal of Corporate Studies*, 2009, p. 171 ff. Furthermore, I do not consider the costs of incorporation as analyzed by M. VENTORUZZO, *Cost-Based and Rules-Based Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U.*, cit.

⁶⁰ For the typical agency problems of a close corporation like the private limited liability company, see P. AGSTNER, *Shareholder conflicts in close corporations: Between theory and practice. Evidence from Italian private limited liability companies*, forthcoming in *European Business Organization Law Review*.

⁶¹ According to C. GERNER-BEUERLE ET AL., *Why do business incorporate in other Member States? An empirical analysis of the role of conflict of law rules*, cit., 18 about 420.000 companies are incorporated in other Member States.

terms. This simply assumption is based on the elementary argument that the micro structure of the demand side of the ownership costs of (re)-incorporations has signaled this natural development.

A counter argument, rejecting this conclusion, should place the burden of proof of demonstrating, when choosing an alternative company law for (re)incorporations, shareholders of private limited companies would *intentionally* increase their ownership costs, so reducing the efficiency of their contractual agreement. Such an argument is of course difficult to sustain and would bring to the paternalistic policy conclusion that the hosting Member State B should impede the free choice of law of shareholders for Member State A.

Given this picture, we can reach a first, major comparative conclusion for differences in the structure of ownership costs between the US and the EU. In the US market for corporate charters, the predominance of Delaware is particularly relevant for hundreds of listed companies with dispersed ownership,⁶³ where the ownerships costs are much higher in comparison to private companies, and the Delaware predominance signals a (presumed) efficiency gain (because of the reduction of those ownership costs).⁶⁴ In Europe on the contrary, it is the sum of thousands of cases of presumed savings in ownership costs of incorporations of new private limited companies (and some reincorporations) that characterizes the market for corporate charters.⁶⁵

b) Contracting costs

The costs of contracting include in particular the costs of contracts between the company and its creditors (or between the shareholders and the creditors taking the agency costs between shareholders and

⁶² According to R. ROMANO, *Law as a Product*, cit., 244, 417 out of 515 companies reincorporated to Delaware.

⁶³ An example helps to understand the argument. Imagine that, for instance, the 1,000 corporations incorporated in Delaware have a single average ownership cost saving of \$1,000: 1,000 corporations times \$1,000 makes a total saving of \$1,000,000, with the results that the product “Delaware corporate law” grants ownership cost savings for \$1,000,000 to the US system.

⁶⁴ In this case, for instance, the 20,000 private limited companies incorporated in a different Member State from the hosting one grants a single average ownership saving of €50: 20,000 companies times €50 makes a European savings in ownerships costs of € 1,000,000.

creditors)⁶⁶ and the costs of contracts between the company and its employees (or between the shareholders/creditors and the employees).⁶⁷ With respect to the second kind of costs, I will not treat the problem here because of the highly controversial nature of workers' codetermination.⁶⁸

With respect to regulatory competition in company law and creditors, legal scholars have also typically distinguished between first incorporation and reincorporation with change of applicable law,⁶⁹ and have analyzed the pros and cons of the market for corporate charters also by distinguishing between so-called adjusting creditors, i.e. those sophisticated creditors able to adjust the contractual conditions to a first incorporation or a reincorporation, and non-adjusting creditors.⁷⁰⁻⁷¹

With regards to creditors, current ECJ case law is such that an efficient result is presumed in the case of both first incorporation and reincorporation. Adopting the paradigm of analysis used in this article, taking into account also contracting costs, implies adding to the presumed average decrease of the ownership costs, either (i) the possible invariance of the costs of credit (i.e. the costs of credit do not change in case of (re)incorporation in a Member State different from the one where business is carried out) or (ii) their possible increase (i.e. the costs of credit do increase).⁷² Depending on the results of this

⁶⁵ R. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law*, cit., 115.

⁶⁶ R. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law*, cit., 100.

⁶⁷ See M. GELTER, *Tilting the Balance Between Capital and Labor? The Effect of Regulatory Arbitrage in European Corporate Law on Employees*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, p. 792 ff.. Apparently, there are empirical data suggesting that where possible, German shareholders tend to escape the German codetermination system, see S. SICK, *Der deutschen Mitebestimmung entzogen: Unternehmen mit ausländischer Rechtsform nehmen zu. Umgehung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat durch die Nutzung von ausländischen Rechtsformen*, Report, No. 8, Hans-Böckler Stiftung, 2015.

⁶⁸ As stressed by F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the E.U.*, cit.

⁶⁹ See e.g. J. ARMOUR, *Who Should Make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*, cit., 47.

⁷⁰ For an analysis of regulatory competition and creditors, see e.g. M. VENTORUZZO, *Cost-Based and Rules-Based Regulatory Competition: Markets for Corporate Charters in the U.S. and in the E.U.*, cit., 107; F.M. MUCCIARELLI, *The Function of Corporate Law and the Effects of Reincorporations in the U.S. and the E.U.*, cit., 454.

⁷¹ I exclude the possibility of a decrease in the costs of contracting for credit.

exercise, the total possible benefits or costs for the complex of (re)incorporations in the European internal market should emerge.⁷³

However, a complication in this exercise emerges because the regulatory arbitrage for saving in ownership costs has determined an apparent relaxation of legal capital rules for private limited companies in several Member States.⁷⁴ The extent to which this development has decreased or increased *per se* the costs of credit is nevertheless difficult to assess. The effects of regulatory arbitrage on developments in the minimum legal capital rules of some Member States for private limited companies leads us to another more general consideration with respect to the relation between company law and insolvency law in terms of creditors' protection.⁷⁵ While EU Regulation 2015/848 on insolvency proceedings regulates cross-border insolvencies in a procedural way,⁷⁶ the possible tension between freedom of establishment and resulting applicable company law and insolvency law has been treated by the ECJ in the *Kornhass* case of December 2015.⁷⁷ The Court decided that the substantive insolvency law (rules on directors' liability) of the hosting Member State B (Germany) can be applied to a company incorporated in another Member State A (UK).⁷⁸ More in particular, as regards the

⁷² I stress that I am considering the issue from the perspective of theory without attempting here to provide an answer to the question.

⁷³ See the comparative experiences of some Member States as provided in the contributions in A.J. VIERA GONZÁLEZ, C. TEICHEMANN, (eds.) *Private Company Law reform in Europe: The Race for Flexibility*, Toronto, 2015. See also ARMOUR ET AL., *Brexit and Corporate Citizenship*, cit., Table 1.

⁷⁴ See C. GERNER-BEUERLE, E. SCHUSTER, *The Costs of Separation: Friction Between Company and Insolvency Law in the Single Market*, in *Journal of Corporate Law Studies*, 20014, p. 287 ff.

⁷⁵ See F.M. MUCCIARELLI, *Private International Law Rules in the Insolvency Regulation Recast: A reform or a Restatement of the Status Quo?* In *European Company and Financial Law Review*, 2016, p. 1 ff.

⁷⁶ See G. LINDEMANS, *The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties*, in *European Review of Private Law*, 2016, p. 877 ff.; M. SZYDŁO, *Directors' duties and liability in insolvency and the freedom of establishment of companies after Kornhaas*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 1853 ff.

⁷⁸ The extent to which the liability rule belongs to corporate law or insolvency law is discussed by W.-G. RINGE, *Kornhaas and the Challenge of Applying Keck in Establishment*, in *European Law Review*, 2017, p. 270 ff. who also criticizes the decision.

possible tension arising between company law and insolvency law in the area of creditor protection, the ECJ judged that in the pathological phase of the business the insolvency law of the hosting Member State B should prevail, while in the physiological phase of the business (and the formation of the company) it should be the company law rules of the home Member State A freely chosen by shareholders and contractual creditors. The Court does not clarify all the possible consequences of integrating the company law of home Member State A with the insolvency law of hosting Member State B in terms of the substantive rules concerned, but simply assumes this possible integration as the basis for fruitful future collaboration.⁷⁹

Here it is not possible to assess these consequences particularly in terms of the possible effects such a decision may have for the European market for corporate charters. The central question of *Kornhass* from the perspective of the demand side is whether the *ex ante* incentives of shareholders to choose a particular company law for the physiological phase of the business are modified by a possible *ex post* application of the insolvency rules for the pathological phase of the business to protect creditors of the hosting member State.⁸⁰

5.2 *The supply side*

The supply side of the European market for corporate charters relates to the possible reaction of Member States to the regulatory arbitrage opened up by the case law of the ECJ, or in other words the extent to which regulatory arbitrage from the demand side generates a response from Member States, which having lost companies, decide to win back market position. While the public limited company has traditionally been harmonized more deeply,⁸¹ the private limited company has proved to be more resistant to harmonization efforts probably both for

⁷⁸ For a possible extension of *Kornhass* also to shareholders' liability, see A. KRAWCZYK-GIEHSMANN, *Shareholders' Liability for Ruining a Company in Light of the CCEU's Judgment in Kornhaas*, forthcoming in *European Business Organization Law Review*.

⁷⁹ On the point see also G. LINDEMANS, *The Walls Have Fallen, Run for the Keep: Insolvency Law as the New Company Law for Third Parties*, cit., 888.

⁸⁰ Despite being argued in a trivial way by L. ENRIQUES, *EC Company Law Directives*, cit.

political and practical reasons. Legal scholarship was initially uncertain about how Member States would react to the threat of regulatory arbitrage. After twenty years, it is possible to say that regulatory competition by Member States has been solely defensive as Member States do not appear to be actively competing in making their countries more attractive for companies.⁸² The private limited company has been reformed in several Member States in response to regulatory arbitrage on the demand side by relaxing minimum capital requirements for private limited companies.⁸³ This development, though the object of conflicting evaluations, has characterized the market for corporate charters.⁸⁴ On the other hand, the European Union has created the European Company and the European Cooperative Company, which have proved to be in some way complementary to national companies and have increased the number of entities destined to business activity.⁸⁵

6. Conclusions

This article has provided an overview of the issue of freedom of establishment and the main developments of the European market for corporate charters, following the jurisprudence of the ECJ in the field of freedom of establishment and mobility of companies. Both for first incorporation and reincorporations of existing companies, the case law of the ECJ has proved to be essential in giving the demand side the possibility to freely choose the applicable law. The demand side has indeed reacted positively to the opportunities on offer, which has concerned mainly private limited companies. From the supply side perspective, Member States have responded to the new challenges,

⁸¹ A. ZORZI, *A European Nevada? Bad Enforcement as an Edge in State Competition for Incorporations*, in *European Business Organization Law Review*, 2017, p. 251 ff.

⁸² For the evolution of minimum capital requirements, see J. ARMOUR ET AL., *Brexit and Corporate Citizenship*, cit., Table 1.

⁸³ On the debate on legal capital, see M. MIOLA, *Legal Capital and Limited Liability Companies: The European Perspective*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, p. 413 ff.

⁸⁴ For the new forms (in force and the possible new ones) see H. FLEISCHER, *Supranational Corporate Forms in the European Union: Prolegomena to a Theory on Supranational Forms of Associations*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1617 ff.; R. GHETTI, *Unification, Harmonisation and Competition in European Company Forms*, in *European Business Law Review*, 2018, p. 813 ff.

particularly with respect to the relaxation of minimal capital requirements of private limited liability companies. The *Kornhaas* case of 2015 has however complicated the picture of the European market for corporate charters with a paradoxical result. Indeed, twenty years after *Centros*, the real seat theory, which claimed the need for a single regulatory regime for ownership and contracting costs based in the hosting Member State, appears outdated. Nonetheless, the real seat theory has gained new momentum for the protection of creditors by switching from company law to insolvency law as the source of solutions to possible problems. Only the future will tell whether a frictionless coordination between company law and insolvency law is possible as implicitly assumed by the Court and whether this new regime will modify the incentives for a free choice of company law in a systematic way

L'errata indicazione del TAEG nei contratti di credito ai consumatori e le fonti del diritto comunitario

SOMMARIO: 1. TAEG: nozione ed evoluzione normativa; 2. La direttiva 2008/48/CE ed il relativo recepimento nell'ordinamento italiano; 3. La direttiva 2014/17/UE ed il relativo recepimento nell'ordinamento italiano; 4. Considerazioni conclusive.

1. TAEG: nozione ed evoluzione normativa

La Banca d'Italia definisce il tasso annuo effettivo globale (TAEG) *“un indice armonizzato a livello comunitario che nelle operazioni di credito al consumo rappresenta il costo totale del credito a carico del consumatore, comprensivo degli interessi e di tutti gli altri oneri da sostenere per l'utilizzazione del credito stesso”*¹.

Il TAEG viene espresso in termini percentuali, su base annua, in relazione al credito concesso e rappresenta il principale strumento di trasparenza nei contratti di credito al consumo.

Tale indicatore, infatti, ha la funzione di permettere al consumatore di comprendere agilmente il costo totale ed effettivo dell'operazione creditizia, consentendo una compiuta valutazione della portata dell'impegno economico del contratto e la comparazione delle differenti offerte nel mercato².

¹ <https://www.bancaditalia.it/footer/glossario/index.html?letter=t>;

² C. giust. UE, 21 aprile 2016, n. 377/14, in www.leggiditalia.it: *“Orbene, come indicano in sostanza i considerando 31 e 43 della direttiva 2008/48, l'informazione del consumatore sul costo globale del credito, sotto forma di tasso calcolato secondo una formula matematica unica, riveste un'importanza essenziale. Infatti, da un lato, tale informazione contribuisce alla trasparenza del mercato, in quanto consente al consumatore di comparare le offerte di credito. Dall'altro, essa consente al consumatore di valutare la portata del proprio impegno”*; F. QUARTA, *Assicurazione e costo totale del credito. Rilevanza della payment protection insurance nel computo del TAEG*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2019, I, p. 18: *“La trasparenza non persegue il solo fine di tutela del cliente. [...] La pretesa di rendere comparabili le diverse offerte di mutuo attraverso la corretta rappresentazione, in ciascuno di essi, di un indice sintetico di costo punta, dunque, a elevare la concorrenzialità del mercato. E un mercato del credito autenticamente concorrenziale, specie con*

La manifestazione normativa della generale esigenza di fornire alla clientela una chiara rappresentazione dell'effettiva portata del costo dell'operazione creditizia risale agli anni novanta.

Il Legislatore del 1992 introdusse nel nostro ordinamento delle disposizioni volte ad obbligare gli erogatori del credito a rispettare talune modalità di pubblicità delle condizioni praticate, ispirandosi al criterio dell'effettività³; la riforma del 1992 investì altresì il contenuto dei contratti di credito, introducendo l'obbligo di indicare negli stessi, oltre al tasso di interesse, ogni altra condizione praticata⁴.

La prima disciplina positiva del TAEG nell'ordinamento italiano, tuttavia, si rileva nella L. 19 febbraio 1992 n. 142, di recepimento delle direttive del Consiglio 87/102/CEE e 90/88/CEE, che nel titolo II, capo II, Sezione I, introdusse una normativa *ad hoc* per il credito al consumo⁵.

La L. 1992/142 innestò nell'ordinamento il concetto di TAEG, indicò una formula matematica di calcolo dello stesso, ed incaricò il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR) di individuare specificamente le modalità applicative del conteggio e gli elementi da computare⁶.

riferimento alle fasce di popolazione più vulnerabili, è in grado di incidere sulla qualità della tutela di valori custoditi al massimo livello della gerarchia delle fonti”.

³ L. 17 febbraio 1992 n. 154, *Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*: art. 2, Pubblicità: “Gli enti e i soggetti di cui all’art. 1 devono rendere pubblici in ciascun locale aperto al pubblico: a) i tassi di interesse effettivamente praticati per le operazioni di credito e di raccolta indicate nell’elenco allegato alla presente legge [...] b) le altre condizioni praticate per le operazioni di credito [...]”.

⁴ L. 154/1992, art. 4, Contenuto dei contratti: “I contratti devono indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora [...]”.

⁵ L. 1992/142, art. 18, Credito al consumo: “Ai fini della presente sezione, si definisce credito al consumo la concessione nell’esercizio di una attività commerciale o professionale di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria (finanziamento) a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce, in tale rispetto, per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta [...]”.

⁶ L. 1992/142, art. 19, Tasso annuo effettivo globale: “1. E’ denominato tasso annuo effettivo globale (TAEG) il costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzarlo, calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell’allegato II alla direttiva del Consiglio 90/88/CEE. 2. Nel rispetto degli

Il primo gennaio del 1994 entrò in vigore il “*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*” (t.u. bancario), emanato con il D.lg. 1° settembre 1993, n. 385, nel cui Titolo VI, intitolato “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*”, furono integrate la L. 1992/154 e la L. 1992/142.

Il t.u. bancario, oltre alla disciplina positiva, riporta numerosi rinvii all’emanazione di norme attuative da parte delle autorità di settore, ed in particolare al Ministero dell’Economia e delle Finanze (competente a determinare, con il ruolo consultivo della Banca d’Italia e della CONSOB, i parametri per la determinazione delle commissioni di collocamento e dei rendimenti dei titoli di Stato) ed al CICR (incaricato di deliberare sulle regole di pubblicità delle operazioni e dei servizi, la forma dei contratti, i modi ed i termini dell’esercizio dello *ius variandi*, il contenuto e le modalità delle comunicazioni periodiche alla clientela).

La normativa in esame ha vissuto un complesso e frastagliato percorso evolutivo, composto da numerosi interventi legislativi, provvedimenti e deliberazioni delle autorità⁷.

Tuttavia, l’esigenza di sviluppare un mercato creditizio transfrontaliero più efficiente ed omogeneo condusse ad una produzione legislativa di matrice europea atta all’armonizzazione del quadro normativo negli Stati Membri⁸.

Ai fini della presente trattazione rilevano maggiormente: a) la direttiva 2008/48/CE in merito ai contratti di credito ai consumatori; b) la direttiva 2014/17/UE concernente i contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

indirizzi contenuti nella direttiva di cui al comma 1, il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio stabilisce con propria delibera, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, le modalità da applicarsi nel calcolo del TAEG, individuando in particolare gli elementi da computare in esso”.

⁷ Tra i più rilevanti: D.lg. 2005/206 (c.d. Codice del Consumo); L. 2005/262; D.L. 2006/223; deliberazione del CICR del 04.03.2003; provvedimento del governatore della Banca d’Italia del 25 luglio 2003.

⁸ Direttiva 2008/48/CE; Regolamento UE n. 1093/2010; Direttiva 2013/36/UE.

2. La direttiva 2008/48/CE ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano

La direttiva 2008/48/CE intese stimolare l'adozione da parte degli Stati Membri di normative omogenee relative ai contratti di credito ai consumatori⁹.

La *ratio* della direttiva in esame è l'armonizzazione della disciplina di settore in vista dello sviluppo di un più efficiente mercato del credito transfrontaliero, nonché il posizionamento dei consumatori sotto l'egida della normativa comunitaria, tramite la predisposizione di una regolamentazione uniforme sugli obblighi informativi e le pratiche commerciali, sia in fase di pubblicizzazione e trattativa, sia in sede di conclusione ed esecuzione dei contratti di credito¹⁰.

Seppur l'*animus* e l'oggetto indicato nel corpo normativo paiano volti all'introduzione di una disciplina di tutele correlate ad un criterio c.d. soggettivo, rivolgendosi alla protezione del consumatore in quanto persona fisica che agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale, in realtà l'ambito di applicazione di tale direttiva è definito secondo un criterio c.d. oggetto, in riferimento alla tipologia e le peculiarità di talune operazioni creditizie¹¹.

⁹ Direttiva 2008/48/CE, art. 1, Oggetto: “*La presente direttiva ha per obiettivo l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti di credito ai consumatori*”.

¹⁰ Direttiva 2008/48/CE, considerando n. 9: “*È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno*”; Direttiva 2008/48/CE, considerando n. 8, 18, 19, 22, 26, 43, 45.

¹¹ Direttiva 2008/48/CE, art. 3, Definizioni: “*Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: a)«consumatore»: una persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale [...]*”; Direttiva 2008/48/CE, art. 2, Ambito di applicazione: “*1. La presente direttiva si applica ai contratti di credito. 2. La presente direttiva non si applica ai: a) contratti di credito garantiti da un'ipoteca oppure da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili o da un diritto legato ai beni immobili; b) contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o progettato; c) contratti di credito per un importo totale del credito inferiore a 200 EUR o superiore a 75 000 EUR [...]*”.

Tale impostazione sembrerebbe giustificata dall'esigenza di disciplinare diversamente crediti di diversa natura¹²; tuttavia, al sommo parere dello scrivente, una siffatta impalcatura mal si concilia con il generale corollario della produzione legislativa comunitaria volta alla tutela del consumatore, rendendo difficoltoso il coordinamento della direttiva in esame con i principi generali progressivamente affermati con le altre direttive di protezione che, invece, hanno introdotto dei regimi giuridici speciali, il cui ambito di applicazione è determinato con il criterio c.d. soggettivo¹³.

Nonostante ciò, la coerenza con il quadro normativo europeo si può comunque raggiungere assicurando, seppur con diversi tenori o modalità, un adeguato livello di protezione dei consumatori nelle operazioni creditizie che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva in esame.

Il recepimento della direttiva 2008/48/CE nell'ordinamento italiano è avvenuto con il D.Lg. 13 agosto 2010 n. 141, che ha riformato radicalmente l'intero Titolo VI del t.u. bancario; pertanto, si potrebbe affermare che la direttiva abbia sortito un impatto generale su tutta la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali dei rapporti con i clienti¹⁴.

¹² Direttiva 2008/48/CE, considerando n. 18: “È opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva i contratti di credito aventi per oggetto la concessione di un credito in relazione al quale viene costituita una garanzia immobiliare. Questo tipo di credito è di natura molto specifica. È opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva anche i contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione destinati principalmente all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o da costruirsi [...]”.

¹³ A titolo esemplificativo: Direttiva 2001/95/CE; Regolamento (CE) n. 1223/2009; Direttiva 2009/48/CE; Direttiva 2000/31/CE; Direttiva 2011/83/UE; Direttiva 2005/29/CE; Direttiva 2006/114/CE; Direttiva 1999/44/CE; Peraltro, la linea di continuità con le precedenti direttive volte alla tutela dei consumatori è palesata nella direttiva 2008/47/CE stessa, per esempio al considerando n. 18: “I consumatori dovrebbero essere protetti contro le pratiche sleali o ingannevoli, in particolare per quanto riguarda la divulgazione di informazioni da parte del creditore, in linea con la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno [...]”.

¹⁴ Infatti, il D.Lg. 2010/141 ha apportato sostanziali modifiche al Capo I, Titolo VI, t.u. bancario, contenente disposizioni applicabili in via generale a tutte le

Il Legislatore, con il D.Lg. 13 agosto 2010 n. 141, ha sostanzialmente riscritto il Capo II del Titolo VI, concernente il credito al consumo.

Si osserva che l'ambito di applicazione delle novellate disposizioni in merito al credito al consumo, sulla falsariga della direttiva di riferimento, è delimitato secondo il criterio c.d. oggettivo della tipologia e peculiarità delle operazioni creditizie¹⁵.

Pertanto, al di fuori dell'ambito definito dall'art. 122 t.u. bancario, il cliente, pur rivestendo la qualità di consumatore, non godrà delle specifiche tutele accordate per il credito ai consumatori nel Capo II, Titolo VI, t.u. bancario,¹⁶.

L'art. 125-*bis* del t.u. bancario, relativo alla forma dei contratti ed alle comunicazioni nel credito ai consumatori, dispone che nelle ipotesi di omessa oppure errata indicazione del TAEG nel contratto, la relativa clausola è nulla; inoltre, il comma successivo prevede un meccanismo di sostituzione del TAEG omesso o erroneamente riportato con il tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali¹⁷.

operazioni e servizi bancari, tra le quali si evidenzia il fondamentale art. 117 t.u. bancario, riformato con il predetto decreto di recepimento, che disciplina la forma dei contratti bancari.

¹⁵ Art. 122 t.u. bancario, Ambito di applicazione: “1. *Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito comunque denominati, a eccezione dei seguenti casi: [...]*”.

¹⁶ Trib. Cremona, 12 luglio 2018, n. 390.

¹⁷ Art. 125-*bis* t.u. bancario, Contratti e comunicazioni: “[...] 6. *Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'articolo 121, comma 1, lettera e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto. 7. Nei casi di assenza o di nullità delle relative clausole contrattuali: a) il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese; b) la durata del credito è di trentasei mesi. [...]*”. Si rammenta che la sanzione della nullità della clausola e la sostituzione della stessa con il tasso nominale minimo dei buoni del tesoro, non può trovare applicazione ai contratti di credito al consumo stipulati prima dell'entrata in vigore del D.Lg. 13 agosto 2010 n. 14. Trib. Milano, 11 gennaio 2018, n. 202: “non può non evidenziarsi come solo con la normativa vigente a partire dal 2010 sia stata fatta esplicita menzione al sesto comma all'ipotesi di costi inclusi in modo non corretto nel TAEG,

La disposizione *de quo* sembrerebbe contenere una nullità parziale di protezione, tipica della normativa posta a tutela dei consumatori quali parti deboli della relazione contrattuale, volta ad assicurare che il consumatore sia adeguatamente informato del costo effettivo e totale del credito tramite un indicatore sintetico, in assenza del quale probabilmente non sarebbe in grado di valutare compiutamente la portata dell'impegno economico del contratto e di comparare le varie offerte nel mercato, in linea con i criteri contenuti nella direttiva 2008/48/CE¹⁸;

L'esclusione di talune tipologie di operazioni creditizie dall'ambito di applicazione del Capo II, Titolo VI, t.u. bancario, *ex art.* 122 t.u. bancario, ha quale inevitabile conseguenza, salvo forzature interpretative, che la protezione di cui all'art. 125-*bis* t.u. bancario, intervenga soltanto in taluni contratti di credito ai consumatori, risultando in tal altri irrilevante la circostanza della menomata capacità contrattuale del soggetto finanziato ai fini dell'applicabilità di tale sanzione¹⁹.

quale vizio comportante la nullità della clausola relativa e, quindi, secondo alcuni interpreti, l'applicazione del TAEG sostitutivo [...]".

¹⁸ Direttiva 2008/48/CE, considerando n. 18: *"La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, la presente direttiva è tesa a garantire il pieno rispetto delle norme in materia di tutela dei dati a carattere personale, diritto di proprietà, non discriminazione, tutela della vita familiare e professionale e protezione dei consumatori in applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"*. Direttiva 2008/48/CE, considerando, n. 19: *"Affinché i consumatori possano prendere le loro decisioni con piena cognizione di causa, è opportuno che ricevano informazioni adeguate, che il consumatore possa portare con sé ed esaminare, prima della conclusione del contratto di credito, circa le condizioni e il costo del credito e le loro obbligazioni. Per assicurare la maggiore trasparenza possibile e per consentire il raffronto tra le offerte, tali informazioni dovrebbero comprendere, in particolare, il tasso annuo effettivo globale relativo al credito, determinato nello stesso modo in tutta la Comunità"*. Direttiva 2008/48/CE, art. 23, Sanzioni: *"Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive"*.

¹⁹ Trib. Cremona, 12 luglio 2018, n. 390: *"Mentre è pacifico che un contratto bancario di mutuo, di finanziamento o di apertura di credito privo dell'I.S.C. sia nullo ai sensi del comma 8 dell'art. 117 T.U.B., non vi è uniformità di opinioni quanto all'indicazione in contratto di un I.S.C. difforme da quello effettivo, poiché da un lato*

Peraltro, si evidenzia che tra le categorie di crediti escluse dall'ambito applicazione del capo II, Titolo VI, t.u. bancario, vi sono i mutui garantiti da ipoteca, i c.d. crediti immobiliari, la cui peculiare natura giustifica la predisposizione di una disciplina *ad hoc*; tale tipologia di operazione creditizia, tuttavia, è molto diffusa ed assai rilevante per i consumatori che, si evidenzia, non cessano di essere tali in sede di contrattazione di un credito volto ad acquistare una casa residenziale e, pertanto, abbisognano pur sempre di un elevato livello di protezione conformemente a quanto prescritto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁰.

3. La direttiva 2014/17/UE ed il relativo recepimento nell'ordinamento italiano

Il Legislatore europeo successivamente intervenne con la direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, con l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori anche nelle ipotesi di ricorso a tipologie di operazioni creditizie escluse dall'ambito di applicazione della precedente direttiva 2008/48/CE²¹.

si evidenzia che la nullità della clausola nella quale non siano correttamente esposti i costi, è prevista espressamente per i soli contratti al consumo, e, dall'altro, si enfatizza la rilevanza generale del principio di trasparenza. Preso atto delle posizioni assunte dalla giurisprudenza e delle argomentazioni utilizzate, si ritiene condivisibile l'orientamento secondo il quale l'I.S.C. indicato in contratto deve essere veritiero; e ciò per dare piena attuazione al principio di trasparenza, che diversamente, benché stabilito allo scopo di permeare il comportamento degli intermediari creditizi, non avrebbe alcun valore al di fuori dei contratti di credito al consumo, ancorché sottoscritti da consumatori”.

²⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 38, Protezione dei consumatori: “*Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori*”

²¹ Direttiva 2014/17/UE, considerando n. 5: “*Al fine di agevolare la creazione di un mercato interno ben funzionante e caratterizzato da un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi ai beni immobili e al fine di garantire che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile, è necessario definire un quadro giuridico dell'Unione adeguatamente armonizzato in diversi settori, tenendo conto delle differenze nei contratti di credito*

Infatti, lo scenario socio-economico europeo era caratterizzato da un alto livello di indebitamento dei consumatori, specialmente concentrato nei debiti contratti in operazioni di credito immobiliare; cosicché, i cittadini avevano maturato una grande sfiducia nei confronti degli istituti di credito e la disastrosa crisi finanziaria, oltretutto, ne aveva messo in luce l'irresponsabilità²².

Si evince una chiara ed esplicita linea di continuità tra la direttiva 2008/48/CE e quella in esame, specialmente per la medesima finalità di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori nel mercato del credito, disciplinando le modalità di pubblicità e gli obblighi informativi, con particolare attenzione al TAEG²³.

derivanti in particolare da differenze nei mercati nazionali e regionali dei beni immobili”.

²² Direttiva 2014/17/UE, considerando n. 3: “*La crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico. Molti consumatori hanno perso fiducia nel settore finanziario e i mutuatari si sono trovati sempre più in difficoltà nel far fronte ai propri prestiti: ciò ha portato all’aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate. [...] Dati i problemi portati alla luce dalla crisi finanziaria e al fine di garantire un mercato interno efficiente e competitivo che contribuisca alla stabilità finanziaria, la Commissione ha proposto, nella comunicazione del 4 marzo 2009 dal titolo «Guidare la ripresa in Europa», misure in merito ai contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, compreso un quadro di riferimento affidabile sull’intermediazione creditizia, nell’ottica della creazione di mercati responsabili e affidabili per il futuro e del ripristino della fiducia dei consumatori. [...]”.*

²³ Direttiva 2014/17/UE, considerando n. 20: “*Per garantire ai consumatori del settore creditizio un quadro coerente e per ridurre al minimo gli oneri amministrativi per i creditori e gli intermediari del credito, la struttura della presente direttiva dovrebbe seguire, ove possibile, quella della direttiva 2008/48/CE, in particolare i principi che stabiliscono che le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali siano fornite al consumatore con un esempio rappresentativo, che al consumatore siano fornite informazioni precontrattuali dettagliate su un prospetto informativo standardizzato, che il consumatore riceva spiegazioni adeguate prima della conclusione del contratto di credito, una base comune da definire per il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG), spese notarili escluse, e che i creditori valutino il merito di credito del consumatore prima di erogare un credito”.* Direttiva 2014/17/UE, considerando n. 5: “*La presente direttiva dovrebbe pertanto realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito relativi a beni immobili, promuovendo sostenibilità*

Il recepimento della direttiva 2014/17/UE nell'ordinamento italiano è avvenuto con il D.Lg. del 21 aprile 2016, n. 72, che ha inserito nel Titolo VI del t.u. bancario, il Capo I-bis, intitolato "*Credito immobiliare ai consumatori*".

L'ambito di applicazione delle disposizioni del Capo introdotto è definito dall'art. 120-sexies t.u. bancario, che, lungi da attribuire centralità alla qualifica di consumatore del soggetto finanziato, adotta un criterio c.d. oggettivo, dando rilievo ancora una volta alle peculiarità delle operazioni creditizie²⁴.

La legge di recepimento in analisi non ha introdotto alcuna specifica disposizione sulle conseguenze giuridiche dell'errata indicazione del TAEG nei contratti di credito immobiliare²⁵.

Si evidenzia, inoltre, che il Legislatore italiano, nella disciplina degli obblighi pre-contrattuali relativi al credito immobiliare, ha sancito il dovere degli erogatori di rendere un'informativa personalizzata idonea a consentire il confronto delle diverse offerte sul mercato e, più generalmente, per prendere una decisione informata relativamente alla conclusione del contratto; tale informativa, peraltro, deve rendersi tramite la consegna di un modello standardizzato (PIES: Prospetto informativo europeo standardizzato), il quale, tra gli elementi essenziali, contiene la voce del TAEG²⁶.

nell'erogazione e assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria e garantendo dunque ai consumatori un elevato livello di protezione".

²⁴ Art. 120-sexies t.u. bancario, Ambito di applicazione: "*1. Le disposizioni del presente capo si applicano ai contratti di credito, comunque denominati, a eccezione dei seguenti casi: [...]*".

²⁵ Infatti, il D.Lg. del 21 aprile 2016, n. 72, si è limitato a ribadire, tra i principi generali, che l'erogatore del credito ha l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, con l'introduzione dell'articolo 120-septies, t.u. bancario, Principi generali: "*1. Il finanziatore e l'intermediario del credito, nell'ambito delle attività disciplinate dal presente capo: a) si comportano con diligenza, correttezza, e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori; [...]*".

²⁶ Art. 120-novies, t.u. bancario, Obblighi precontrattuali: "*[...] finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito. Le informazioni personalizzate sono fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato». [...]*".

L'indicazione errata dell'indicatore sintetico del costo dell'operazione (TAEG) certamente non consente al consumatore di prendere una decisione informata sul credito e di comparare le diverse offerte sul mercato, pertanto tale circostanza è da ritenersi senz'altro anti-giuridica²⁷.

La giurisprudenza di merito pare concorde nel ritenere inapplicabile ai contratti di credito immobiliare l'art. 125-*bis* t.u. bancario²⁸.

Considerato che per tale tipologia di operazione non v'è una disposizione, corrispondente all'art. 125-*bis*, che preveda espressamente una sanzione applicabile nelle ipotesi di errata indicazione del TAEG, le conseguenze di tale condotta anti-giuridica sono da ricavare in via interpretativa e le corti sembrano essere divise in due orientamenti principali:

a) Una parte della giurisprudenza di merito ritiene che in caso di errata indicazione del TAEG nei contratti riguardanti operazioni creditizie escluse dall'ambito di applicazione del Capo II, Titolo V, t.u. bancario, trovi applicazione l'art. 117 t.u. bancario, comma VI, che dispone la nullità delle clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati²⁹. Tra i sostenitori dell'applicabilità dell'art. 117, comma VI, t.u. bancario, v'è chi ritiene

²⁷ Trib. Roma, 20 febbraio 2019, in www.leggiditalia.it: “[...] Va innanzitutto precisato che il contratto di mutuo ipotecario azionato non rientra tra le operazioni di credito al consumo per le quali vigeva, e vige, una distinta disciplina. [...] Alla stregua del quadro normativo delineato [...] va affermato che la mancata o errata indicazione del TAEG / ISC comporta la violazione delle norme sulla trasparenza”; Trib. Milano, 11 gennaio 2018, n. 202: “Orbene, l'aver calcolato il TAEG con modalità diverse rispetto a quelle indicate dalla normazione tecnica secondaria, richiamata dalla norma di rango primario, sicuramente si configura come un inadempimento contrattuale della banca mutuante [...]”.

²⁸ Trib. Roma, 20 febbraio 2019, in www.leggiditalia.it: “Sotto altro profilo, pur trattandosi di un contratto stipulato con dei consumatori, nemmeno può trovare astratta applicazione al caso in esame la nullità della clausola prevista dall'art. 125-*bis* t.u. bancario. Difatti, l'art. 122 t.u. bancario, lett a) e f) espressamente esclude dal suo ambito di applicazione i casi in cui, pur essendo il contraente un consumatore, il contratto abbia ad oggetto [...], nonché i finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili [...]”.

²⁹ Art. 117, comma VI, t.u. bancario: “Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”.

che l'ulteriore conseguenza sia l'applicazione dell'art. 117, comma VII, t.u. bancario, lettera a), che prevede la sostituzione della clausola nulla con il tasso nominale minimo dei buoni ordinari del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione³⁰; invece, v'è chi reputa più appropriata l'applicazione dell'art. 117, comma VII, t.u. bancario, lettera b), che comporta la sostituzione della clausola nulla con i prezzi pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni³¹.

b) Il filone giurisprudenziale maggioritario, invece, ritiene che il TAEG, essendo un mero indicatore sintetico di costo, non costituisce un vero e proprio tasso e neanche un prezzo e, pertanto, non determina alcuna condizione economica direttamente applicabile al contratto, avendo soltanto una funzione informativa; cosicché, l'art. 117, comma VI, del t.u. bancario, non sarebbe applicabile in quanto fa riferimento soltanto ai *“tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”*. Secondo tale interpretazione, quindi, l'errata indicazione del TAEG in tali operazioni creditizie potrebbe comportare solamente una responsabilità della banca per la violazione degli obblighi precontrattuali e del dovere di trasparenza, dovendo questa risarcire il danno che il consumatore riesca a dimostrare di aver subito

³⁰Art. 117, comma VII, t.u. bancario: *“In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione”*. Trib. Chieti, 23 aprile 2015, n. 230, in www.leggiditalia.it.

³¹Art. 117, comma VII, t.u. bancario: *“7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) [...]; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto”*. Trib. Roma, 26 settembre 2018, n. 18185, in www.expartecreditoris.it: *“la conseguenza che deriva dalla nullità della clausola contenente l'indicatore consiste nell'applicazione del TAEG/ISC effettivamente indicato, o meglio “pubblicizzato” - come espressamente indicato alla lettera b) - con il conseguente diritto del mutuatario a non pagare o a vedersi rimborsare i costi non computati nel calcolo del TAEG/ISC”*.

a causa dell'inadempimento, per esempio provando di aver rifiutato finanziamenti alternativi più vantaggiosi a causa delle distorte informazioni rese dall'istituto di credito erogante³².

4. Considerazioni conclusive

Al flebile parere di chi scrive, il Legislatore del 2016, recependo la direttiva 2014/17/UE, avrebbe dovuto introdurre un'apposita sanzione per l'errata indicazione del TAEG nelle operazioni creditizie di cui al capo introdotto con il D.Lg. del 21 aprile 2016, n. 72, conformemente a quanto disposto dall'art. 38 della predetta direttiva, che impone agli Stati membri di stabilire espressamente un sistema sanzionatorio efficace, proporzionato e dissuasivo³³;

Infatti, il Legislatore del 2010, recependo la direttiva 2008/48/CE, il cui art. 23 (sanzioni) riporta il medesimo contenuto della disposizione di cui all'art. 38 della direttiva 2014/17/UE, ha introdotto per il credito al consumo l'art. 125-bis t.u. bancario, una specifica sanzione per la violazione dell'obbligo informativo di indicare correttamente il TAEG nei contratti di credito al consumo coerente sia con i criteri impartiti dalla direttiva (proporzionalità, efficienza e dissuasione delle sanzioni),

³² Trib. Roma, 20 febbraio 2019, in www.leggiditalia.it; Trib. Verona, Sez. III, 21 giugno 2018, n. 1473: *“Per quanto riguarda, poi, la mancata indicazione in contratto del TAEG, merita di essere condiviso l'orientamento sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, che, muovendo dalla considerazione secondo cui esso non costituisce un tasso di interesse o una specifica condizione economica da applicare al contratto, ma svolge unicamente una funzione informativa finalizzata a mettere il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento prima di accedervi, osserva che l'omessa o l'erronea indicazione del TAEG non incide sulla validità del contratto ai sensi dell'art. 117 t.u. bancario, ma può al più rilevare sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, nelle ipotesi in cui venga dedotto uno specifico danno eziologicamente connesso all'inadempimento dell'obbligo informativo gravante sull'istituto concedente”*. Conformi: Trib. Milano, 11 gennaio 2018, n. 202; Trib. Pescara, 31 dicembre 2018, n. 1943; Trib. Napoli Nord, sez. III, ord. del 9 luglio 2018.

³³ Direttiva 2014/17/UE, Art. 38, Sanzioni: *“Gli Stati membri stabiliscono le norme riguardanti le sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate sulla base della presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive”*.

sia con l'*animus* delle altre direttive europee volte ad accordare un elevato livello di protezione ai consumatori³⁴.

In mancanza di una previsione espressa a riguardo, la giurisprudenza è costretta a ricercare una soluzione normativa all'interno delle disposizioni del t.u. bancario, esterne al Capo del c.d. credito immobiliare e nel codice civile; tuttavia, le interpretazioni offerte sino ad oggi non paiono soddisfare del tutto i criteri prefissati dal diritto comunitario.

La tesi giurisprudenziale maggioritaria (secondo la quale l'errata indicazione del TAEG in tali operazioni creditizie potrebbe comportare solamente una responsabilità della banca per la violazione degli obblighi precontrattuali e del dovere di trasparenza, dovendo questa risarcire il danno che il consumatore riesca a dimostrare di aver subito a causa dell'inadempimento) pone a carico del consumatore un onere probatorio assai gravoso, in tal modo configurando una sanzione la cui inflizione sarebbe, pur in presenza di un TAEG oggettivamente indicato erroneamente, eventuale e di difficoltosa applicazione, in altri termini inefficace³⁵.

Tra le diverse criticità di tale interpretazione, quella che più preme evidenziare lo scrivente è la carenza di dissuasione della sanzione che se ne ricava; infatti, l'istituto concedente, nei tempi e nei modi in cui il consumatore dimostri di aver perso una *chance* di credito a condizioni

³⁴ Direttiva 2008/48/CE, art. 23, Sanzioni: *“Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive”*.

³⁵ Trib. Trapani, 13 febbraio 2018, n. 156: *“Pur senza assumere una posizione sulla fondatezza dell'una o dell'altra tesi, trattandosi di questioni dal profilo squisitamente giuridico, non può che osservarsi che il TAEG/ISC, proprio in quanto indicatore sintetico ed onnicomprensivo di qualsiasi onere contrattualmente posto a carico del mutuatario, rappresenta il tasso da questi preso in considerazione onde valutare la convenienza/sostenibilità dell'indebitamento. La sua errata indicazione, quindi, non può aprioristicamente ritenersi irrilevante alla fine della formazione del consenso necessario per il perfezionamento del negozio giuridico. Peraltro, neppure sembra ragionevole imputare al mutuatario l'onere di provare che se fosse stato a conoscenza della reale onerosità del finanziamento non si sarebbe indebitato (o comunque non con quella banca), trattandosi, in buona sostanza, di una prova diabolica”*.

migliori di quelle pattuite a causa della violazione informativa, sarebbe tenuto a risarcire il solo “costo di opportunità”³⁶.

Analoghe problematiche si rilevano altresì nell’interpretazione minoritaria poc’anzi esaminata che, seppur propenda per l’applicabilità dell’art. 117 t.u. bancario, comma VI, reputa opportuno applicare in combinato disposto il successivo comma VII, lettera b), ossia la sostituzione della clausola nulla con i prezzi pubblicizzati; in tal caso, infatti, l’istituto erogante non sarebbe dissuaso da indicare inesattamente il TAEG poiché, nella peggiore delle ipotesi, dovrebbe rinunciare ad incassare oppure rimborsare meramente i costi non computati nel calcolo del TAEG riportato nel contratto, rendendo probabilmente più conveniente per gli istituti di credito pagare la sanzioni nei casi di accertamento giudiziale e continuare lo svolgimento della pratica ingannevole su larga scala³⁷.

Tra le interpretazioni rinvenute nelle corti, la più aderente ai criteri comunitari sembrerebbe la corrente giurisprudenziale protesa verso l’applicazione dell’art. 117 t.u. bancario, comma VI, in combinazione con il successivo comma VII lett. a), in altri termini sostenitrice della sostituzione della clausola nulla con il tasso nominale minimo dei buoni

³⁶ Tale interpretazione, seppur tra quelle offerte dalla giurisprudenza sembrerebbe quella più coerente con le fonti del diritto interno, risulta invece quella che più si discosta dai criteri suggeriti dal diritto comunitario. G. VERSACI, *Credito al consumo: obblighi formali ed “effettività” rimediabile nel canone della Corte di Giustizia* (Nota a C. giust. UE, sez. III 9 novembre 2016, causa C-42/15), in *I Contratti*, 2017, 4, p. 436: “Ebbene, un diritto vivente europeo sempre più proteso al canone dell’effettività rimediabile, in funzione di protezione del consumatore, impone di non assecondare interpretazioni volte a restringere la portata sanzionatoria di disposizioni nazionali attuative della normativa europea”.

³⁷ F. QUARTA, *op. cit.*, p. 18: “Nella selezione delle informazioni da fornire al consumatore affinché possa assumere decisioni mediamente consapevoli, l’equilibrio tra prosa e sintesi è da ricercarsi nel limite di ciò che (convenzionalmente si ritiene che) l’utilizzatore di servizi bancari sia in grado di comprendere e di rielaborare autonomamente. Sebbene il TAEG, per come concepito, non sia sempre idoneo a rivelare l’esatta entità del costo complessivo del credito, il legislatore ha assegnato a tale indice un’importanza cruciale e, vista l’entità delle sanzioni civili riferite alla sua inesatta composizione, non resta che adoperarsi per assicurarne il corretto funzionamento. [...] Il principale antidoto, forse l’unico, contro comportamenti predatori o collusivi da parte delle imprese creditrici predisponenti i contratti è assicurare che nella pratica non si realizzino curvature discrezionali nella selezione degli elementi da includersi nel computo del costo totale del credito”.

ordinari del tesoro annuali emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione³⁸; tuttavia, seppur dissuasiva e verosimilmente efficace, la sanzione che se ne ricava potrebbe risultare eccessivamente gravosa per gli istituti eroganti, collidendo con il criterio di proporzionalità richiesto dall'art. 38 della direttiva di riferimento³⁹.

Inoltre, gli effetti applicativi della sanzione ricavata da una siffatta interpretazione corrispondono a quelli scaturenti dall'applicazione dell'art. 125-*bis* t.u. bancario, concretizzando una sostanziale elusione dell'art. 122 t.u. bancario, e della *voluntas legis* del legislatore del 2016 che, se avesse voluto accordare una sanzione così gravosa agli istituti di credito, introducendo il capo I-*bis* al Titolo VI del t.u. bancario, avrebbe certamente incluso l'art. 125-*bis* t.u. bancario, nell'elenco di cui all'art. 120-*noviesdecies* t.u. bancario, concernente, per l'appunto, le disposizioni applicabili al capo del credito immobiliare ai consumatori⁴⁰.

³⁸ G. VERSACI, *op. cit.*, p. 435: “L'interpretazione fornita dalla Corte, irradiata dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE, che assicura il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, indubbiamente tende a una responsabilizzazione dell'attività di impresa. Infatti, nonostante le rassicurazioni circa il criterio di proporzionalità, non può negarsi che dei tre obiettivi, cui le sanzioni devono indirizzarsi, è quello della dissuasività ad imporsi sugli altri”. F. BARTOLINI, *I requisiti di forma-contenuto nel contratto di credito al consumo fra armonizzazione massima ed effettività*, in www.dirittobancario.it, dicembre 2016, 8.

³⁹ I crediti immobiliari, rispetto ai contratti di credito al consumo, sono caratterizzati da una quota capitale più consistente da restituire in tempistiche più dilatate e, conseguentemente, da una quota interessi che, seppur nominalmente inferiore in termini percentuali su base annua, sostanzialmente corrisponde ad un ammontare di denaro maggiore; cosicché l'applicazione del rimedio in esame a tale tipologia di crediti comporterebbe una sanzione di gran lunga più severa in ordine al *quantum* del sacrificio economico imposto. Pertanto, sorgono spontaneamente talune perplessità sulla proporzione tra la gravità della violazione, l'aver reso inesattamente un'informazione obbligatoria, e la decadenza dagli interessi, anche alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria. C. giust. UE, 26 settembre 2013, *Texada Software*, C-418/11, in www.curia.europa.eu, punto 45: “La Corte ha, in particolare, statuito che la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente, fermo restando il principio generale della proporzionalità”.

⁴⁰ Art. 120-*noviesdecies*, t.u. bancario, Disposizioni applicabili: “1. Ai contratti di credito disciplinati dal presente capo si applicano gli articoli 117, 118, 119, 120,

Tuttavia, secondo la direttiva 2014/17/UE gli Stati Membri godrebbero della facoltà di introdurre dei regimi giuridici più rigorosi di quelli contenuti nella direttiva, ma non più blandi⁴¹; pertanto, tale interpretazione, seppur non propriamente conforme al criterio di proporzionalità di cui all'art. 38 della direttiva 2014/17/UE, sembrerebbe comunque preferibile a quelle precedentemente analizzate.

Peraltro, come rilevato dalla giurisprudenza di merito, tale tesi sembrerebbe preferibile altresì per la maggior aderenza ai principi generali europei sanciti dalle altre direttive concernenti la protezione dei consumatori⁴².

comma 2, 120-ter, 120-quater, 125-sexies, comma 1. 2. Il finanziatore e l'intermediario del credito forniscono gratuitamente ai consumatori le informazioni previste ai sensi del presente capo, anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 127-bis.”. Si evidenzia che nel credito immobiliare, considerati l'ammontare del credito, degli interessi e dei costi della singola operazione creditizia, l'applicazione della sostituzione di cui all'art. 125-bis t.u. bancario (oppure di cui all'art. 117 Comma VI, e VI lett. a. t.u. bancario) imporrebbe agli istituti di credito un sacrificio economico ben più oneroso di quello scaturito dall'applicazione della medesima alle altre operazioni di credito ai consumatori.

⁴¹ Direttiva 2014/17/UE, considerando n. 7: *“Per creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, la presente direttiva stabilisce disposizioni che devono essere oggetto di piena armonizzazione relativamente alle informazioni precontrattuali attraverso il formato del Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) e il calcolo del TAEG. Tuttavia, tenendo conto della specificità dei contratti di credito relativi ai beni immobili e delle differenze nell'evoluzione e nelle condizioni del mercato negli Stati membri, soprattutto in ordine alla struttura e agli operatori del mercato, alle categorie dei prodotti disponibili e alle procedure per la concessione del credito, gli Stati membri dovrebbero avere facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose di quelle stabilite dalla presente direttiva nei settori non espressamente oggetto di piena armonizzazione. Tale approccio mirato è necessario per evitare di incidere negativamente sul livello di protezione dei consumatori in relazione ai contratti di credito che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva”*.

⁴² Giudice di Pace di Buccino, 25 gennaio 2016, n. 29, in www.ilcaso.it: *“Il comportamento tenuto dalla Banca convenuta, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (art. 33 e ss Cod. Cons. e 1283 c.c.). A ciò si aggiunga che il D. Lg. n. 2006/05 riconosce e garantisce ai consumatori “la correttezza [...], la trasparenza [...] e l'equità [...]. Ciò posto va ancora rilevato che la pratica commerciale che induce ad indicare in un contratto di finanziamento un TAEG inferiore a quello realmente applicato,*

Alla luce di uno studio di diritto comparato, si rileva che in Francia, seppur il credito immobiliare ed il credito al consumo siano regolamentati differentemente, la disciplina della clausola del TAEG nei contratti di credito stipulati con i consumatori godono di un'unica disciplina contenuta nel “*Code de la consommation*”, risultando prevalente a riguardo il criterio c.d. soggettivo⁴³; tale struttura sembrerebbe collimare maggiormente con i principi generali di matrice europea sulla protezione dei consumatori quale parte debole della relazione contrattuale, senza peraltro trascurare le peculiarità del credito immobiliare che, per l'appunto, abbisogna e gode di una disciplina *ad hoc*⁴⁴.

L'ordinamento francese, vista la mancata introduzione di una sanzione espressa per l'errata indicazione del TAEG nei contratti di credito stipulati con i consumatori nelle leggi “*Loi n. 2010-737 du 1er juillet*” e “*Loi n. 2014-1662 du 30 décembre 2014*” di recepimento delle direttive 2008/48/CE e 2014/17/UE, riscontrò le medesime problematiche interpretative.

Pertanto, la giurisprudenza francese, assimilando le ipotesi di erronea rappresentazione del TAEG nel contratto a quelle della totale omessa indicazione, ha offerto una soluzione normativa in via interpretativa: la nullità della clausola e la sostituzione del tasso

costituisce una falsa informazione da qualificare come pratica commerciale ingannevole poiché idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso (Corte Giust. dell'Unione Eur. Sez. I, 15.03.12 C540/10). La nullità della clausola relativa ai costi collegati all'erogazione non inficia la validità del contratto, atteso che in virtù della direttiva comunitaria 93/13 si tende ad eliminare le clausole abusive [...] contenute nei contratti con i consumatori, salvaguardando ove possibile la validità del contratto nel suo complesso, attesa l'efficacia non vincolante delle stesse. In tale ottica va dichiarata la nullità della summenzionata clausola contrattuale ed in virtù di quanto espressamente indicato dall'art. 117, punto 7 del Testo Unico Bancario va applicata la sostituzione del tasso applicato con quello minimo dei BOT [...]”.

⁴³ Code de la consommation, Livre III: “*CRÉDIT*”, Titre Ier: “*OPÉRATIONS DE CRÉDIT*”, Chapitre IV: “*Dispositions communes au crédit à la consommation et au crédit immobilier*”, Section 1: “*Taux d'intérêt*”, Sous-section 1: “*Taux effectif global*”, Art. L314-1, Art. L314-2, Art. L314-3, Art. L314-4, Art. L314-5.

⁴⁴ Code de la consommation, Livre III: “*CRÉDIT*”, Titre Ier: “*OPÉRATIONS DE CRÉDIT*”, Chapitre III: “*Crédit immobilier*”.

convenzionale con il tasso legale⁴⁵; si sottolinea che tale sanzione si applica a tutti i contratti stipulati con i consumatori, sia di c.d. credito al consumo, sia di c.d. credito immobiliare, presumibilmente in ragione della loro situazione di subordinazione e debolezza contrattuale nei confronti degli istituti di credito⁴⁶.

Nell'ordinamento francese si rileva un regime sanzionatorio per l'errata indicazione del TAEG differenziato in seno alla natura del credito, limitatamente alle violazioni avvenute nella fase precontrattuale: a) nelle ipotesi di credito al consumo la sanzione è la decadenza totale dal diritto di riscossione degli interessi; b) nelle ipotesi di credito immobiliare la sanzione è la decadenza dal diritto di riscossione degli interessi totale o nella misura fissata in via equitativa dal giudice⁴⁷.

⁴⁵ F. QUARTA, *op. cit.*, p. 30: “La severità con cui il legislatore italiano ha inteso reprimere i vizi riguardanti l'esposizione del TAEG non è un unicum nel panorama europeo. In Francia, l'inesatta indicazione del TAEG è sanzionata con la radicale nullità della clausola relativa agli interessi”.

⁴⁶ Cass, 1ere civ. 24 juin 1981, n°80-12.903. Rapport de l'inspecteur général des finances Emmanuel Constans, Le taux effectif global (TEG), juillet 2017: “Dans le cas de sanctions civiles, plusieurs cas peuvent être distingués: En cas de TEG/TAEG absent ou erroné au sein du contrat de crédit, la sanction civile consiste à annuler la stipulation contractuelle relative aux intérêts conventionnels et à appliquer le taux d'intérêt légal pour le calcul des intérêts. Le prêteur doit alors restituer le cas échéant les excédents d'intérêt. Cette sanction d'origine jurisprudentielle se fonde sur l'article 1907 du code civil, qui dispose que le taux d'intérêt est soit légal soit conventionnel, et que ce taux doit être fixé par écrit. Le juge a ainsi considéré que l'absence de mention du TEG/TAEG ou l'erreur de TEG/TAEG équivaut à une absence de taux conventionnel, et que s'applique donc le taux légal. La nullité de la clause vise à sanctionner l'absence de consentement de l'emprunteur quant au coût total du crédit. Elle est susceptible de s'appliquer à tout type de crédit [...]”.

⁴⁷ Rapport de l'inspecteur général des finances Emmanuel Constans, *Le taux effectif global (TEG)*, juillet 2017: “En cas de TAEG absent ou erroné au sein de documents de nature précontractuelle et contractuelle (tels que les fiches standardisées d'information personnalisée ou l'offre de prêt et le contrat de crédit à la consommation), relatifs à des contrats de crédits régis par le code de la consommation, deux types de sanction peuvent être distingués selon le type de crédit: (i) pour les crédits à la consommation: déchéance totale du droit aux intérêts dus à compter de la signature du contrat, sans pouvoir d'appréciation du juge ; (ii) pour les crédits immobiliers: déchéance, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge (et parfois plafonnée), du droit aux intérêts dus à compter de la signature du contrat; le juge dispose alors d'une marge d'appréciation de la sanction prononcée”.

Si mette in luce altresì che il Presidente del “*Comité consultatif du secteur financier*”, ha criticato la sanzione ricavata dalla giurisprudenza, ritenendola sproporzionata relativamente al credito immobiliare e, pertanto, non totalmente collimante con i criteri della direttiva comunitaria⁴⁸.

Recentemente, il parlamento francese ha attribuito all'esecutivo il potere di deliberare con ordinanza sulla disciplina del TAEG⁴⁹; oltralpe, quindi, v'è un acceso dibattito sul tema e si respira un'aria riformista volta a disciplinare espressamente le sanzioni per l'errata indicazione del TAEG nei contratti di credito immobiliare, conformemente al principio di proporzionalità espresso dall'art. 38 della direttiva 2014/177/CE⁵⁰.

Tutto quanto premesso e considerato, probabilmente anche in Italia sarebbe opportuno disciplinare positivamente la sanzione scaturente dall'errata indicazione del TAEG nel credito immobiliare, introducendo un apposito articolo nel capo I-*bis* del t.u. bancario, così superando una volta per tutte i limiti delle possibili soluzioni normative ad oggi ricavabili in via interpretativa.

⁴⁸ Rapport de l'inspecteur général des finances Emmanuel Constans, *Le taux effectif global (TEG)*, juillet 2017, paragraphe 3.3: “*Des interrogations quant à la proportionnalité*”.

⁴⁹ Art. 55 Loi n. 2018-727 du 10 août 2018.

⁵⁰ B. CASSEL, *Prêts immobiliers: le projet d'ordonnance qui fâche*, 20 mars 2019, in www.leparisien.fr.

Gestione in forma cooperativa di beni e servizi d'interesse pubblico. Il finanziamento dell'impresa alla prova di *blockchain* e criptovalute

SOMMARIO¹: 1. Introduzione. Diritto privato, partecipazione e controllo democratico sulle risorse d'interesse comune; 2. La cura intergenerazionale di beni serventi all'esercizio di diritti fondamentali. Irriducibilità della relativa gestione entro una logica lucrativa; 3. Oltre la dicotomia pubblico/privato, alla ricerca di una terza via: il modello della cooperativa di utenti *multi-stakeholder*; 4. Esigenze di coinvolgimento diretto dei soci-utenti nel finanziamento delle infrastrutture, al di là della tariffa; 5. Il finanziamento dell'impresa mediante prestiti da soci-utenti. Il vincolo di destinazione del finanziamento tra regole «di condotta» e disciplina del mutuo di scopo; 6. Il controllo sull'effettiva destinazione delle risorse raccolte tramite prestito sociale a finalità coerenti con l'oggetto della società; 7. Il finanziamento dell'impresa alla prova della *blockchain*. Uno sguardo comparativo sull'assimilabilità tra criptovalute e moneta; 8. Problema: se l'(attuale) estrema volatilità delle monete virtuali valga a tramutare in prodotto finanziario qualsiasi contratto le abbia ad oggetto. Scenari nell'ordinamento italiano tra antiriciclaggio e MIFID2; 9. Riflessioni conclusive sui limiti ai prestiti sociali in criptovaluta, tra regola del rapporto e regole dell'attività.

1. Introduzione. Diritto privato, partecipazione e controllo democratico sulle risorse d'interesse comune

Questo studio si giova dei contributi offerti dalla dottrina giuridica ed economica dei beni comuni per tornare a riflettere, anche in chiave comparativa, sulle potenzialità del diritto privato ad accrescere le occasioni di partecipazione civica e di controllo democratico sulle risorse d'interesse vitale per la comunità. Oggetto di approfondimento è la proposta di affidamento della gestione dei servizi pubblici (specie del servizio idrico integrato) a cooperative di utenti, in grado di rappresentare una «terza via» rispetto alla ri-pubblicizzazione e alla pura privatizzazione. Per tale via, i soci-utenti possono fornire un contributo diretto in vista del finanziamento dell'attività e dell'ammodernamento delle infrastrutture, guidati dal comune interesse

¹ Il saggio costituisce la rielaborazione della relazione svolta al Convegno "Finanza di impatto sociale. Strumenti, interessi, scenari attuativi", che si è tenuto a Lecce il 17-18-19 maggio 2018. È destinato alla raccolta di studi a cura di Manolita Francesca e Carlo Mignone.

a mantenere alto il livello qualitativo del servizio e sotto la garanzia della parità di accesso alle informazioni inerenti alla gestione dell'ente. Tra le diverse forme di finanziamento, lo studio si sofferma sul prestito da soci, tipico delle società cooperative, il cui obbligatorio reimpiego in attività coerenti con l'oggetto sociale induce a interrogarsi sulle concrete possibilità offerte agli utenti-prestatori di monitorare la destinazione effettivamente impressa alle somme versate. Non sempre gli amministratori, pur genericamente agendo nell'interesse dell'ente, realizzano con il ricavato dei prestiti da soci operazioni davvero coerenti con l'oggetto sociale, frustrando così lo scopo fondamentale di quei contratti. Pur avendo diritto di sapere per tempo come vengono impiegati i propri risparmi, i soci-prestatori posseggono, allo stato, limitati strumenti di controllo. Le nuove tecnologie, applicate ai pagamenti e ai bilanci, schiudono scenari interessanti in vista della corretta tracciabilità dei flussi di cassa. Alla diffidenza dei primi orientamenti giurisprudenziali (italiani) nei confronti dei propositi di finanziamento (*recte*: capitalizzazione) dell'impresa tramite criptomoneta si contrappone la fiducia ormai universalmente riposta nella *blockchain* a elevare il livello di trasparenza nelle transazioni e nella registrazione delle diverse fasi inerenti alla vita di un'organizzazione economica. Alle potenzialità di tale tecnologia nel finanziamento dell'impresa cooperativa, nonché ai limiti frapposti dal diritto bancario e finanziario, è rivolta la parte finale dell'articolo.

2. La cura intergenerazionale di beni serventi all'esercizio di diritti fondamentali. Irriducibilità della relativa gestione entro una logica lucrativa

Quando a livello anche soltanto teorico si ammette che la capillare ed efficiente distribuzione di un bene comune insostituibile (come l'acqua), da fine, possa divenire mezzo per la realizzazione di un fine diverso (*i.e.* profitto), si accetta che il corrispettivo esigibile dal gestore per la regolare fornitura possa crescere non già per innalzare la qualità del servizio o per incrementare il livello degli investimenti, ma semplicemente per rendere profittevole l'iniziativa economica per il

capitalista². In quest'ottica, ai produttori di regole è generalmente richiesto di assicurare che le tariffe, da porsi a carico degli utenti/clienti³, siano modulabili in guisa da garantire un adeguato ritorno sul capitale investito⁴. Un tal esito è difeso da chi ritiene che la prospettiva di un profitto in un contesto concorrenziale sia, di per sé, idonea a incentivare una gestione efficiente delle risorse⁵, salvo poi trascurare che le più recenti espressioni del capitalismo c.d. avanzato hanno mostrato una chiara predilezione verso la massimizzazione dei profitti nel breve termine allo scopo di destinarne una quota sempre crescente ai proprietari/azionisti, sottraendole agli investimenti⁶.

Il voto referendario del giugno 2011 – riferito esplicitamente al solo servizio idrico integrato⁷, ma riguardante, nella *ratio* e sostanza, «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica»⁸ – ha

² U. MATTEI e A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma, 2014; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015, p. 39 s.; F.M. PALOMBINO, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Milano, 2017.

³ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 147, ove è illustrato il significativo passaggio dal concetto di cittadino/elettore a quello di utente/cliente.

⁴ La garanzia di un'adeguata remunerazione del capitale investito («copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi») era alla base del processo di determinazione delle tariffe del servizio idrico integrato, stabilito dall'art. 154, comma 1, d.lg. 3 aprile 2006, n. 152. Tale norma è stata abrogata dal d.P.R. 18 luglio 2011, n. 116, in recepimento dell'esito del referendum del 2011.

⁵ V., *ex multis*, P. RANCI, *Beni comuni e cooperazione vanno bene insieme?*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015, p. 237 ss.

⁶ «Sempre più capitani d'industria hanno risposto con azioni miranti a procurare un guadagno immediato agli azionisti, [...] sottraendo investimenti all'innovazione, all'impiego di personale qualificato o a spese di capitale che sono essenziali per una crescita sostenibile a lungo termine». Così, nel 2015, parlò Laurence Fink, amministratore delegato del fondo d'investimento BlackRock, nella lettera annuale alle imprese (blackrock.com/corporate/investor-relations/2015-larry-fink-ceo-letter). V., più in generale, il *Briefing Paper* Oxfam del gennaio 2017, *Un'economia per il 99%*, in cui è richiamato l'esempio del Regno Unito, dove la quota di profitti percepita dagli azionisti è passata negli ultimi cinquant'anni dal 10% al 70%.

⁷ Di cui fanno parte i sistemi di acquedotto, fognatura, depurazione, riuso delle acque reflue e dighe.

⁸ Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24. Lo stesso assunto è stato ribadito da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, con cui il Governo aveva tentato di ripristinare la

sancito l'espunzione della logica del profitto dal meccanismo di determinazione delle tariffe, eliminando così uno tra i più persuasivi incentivi all'intervento di investitori privati⁹. Alla base di ciò è la convinzione che per superare le inefficienze talvolta riscontrabili nella gestione pubblica¹⁰ non occorra a tutti i costi privatizzare¹¹, ma provvedere a una sensata riallocazione dei fattori di produzione¹², lavorando piuttosto a un rinnovato modello di impresa che, nell'attrarre, responsabilizzare e gratificare figure manageriali desiderose di mettere le proprie competenze al servizio del bene collettivo, al contempo «sappia coinvolgere in modo diretto le comunità di utenti che beneficiano del servizio»¹³. Sulla scia di quel referendum, si è ripreso a discutere di gestione integralmente pubblica, sia pure con diverse

normativa – di cui all'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 – abrogata appena due mesi prima con referendum.

⁹ Per una ricostruzione delle vicissitudini che hanno riguardato, anche dopo il referendum, i due quesiti sull'acqua bene comune (l'altro, non nominato nel testo, riguardava la cancellazione dell'obbligo di affidare, tramite gara, i servizi pubblici locali a imprese operanti nel mercato, ex art. 23-bis l. n. 133 del 2008), v. A. QUARTA, *La trasformazione eterogenea di una S.p.A. in azienda speciale: nuovi orizzonti per la gestione del Servizio Idrico tra diritto commerciale e diritto amministrativo*, in *Nuovo dir. soc.*, 2016, f. 17, p. 125 ss.

¹⁰ «Il vero detonatore della crisi che ha investito il modello pubblico non è stata l'inefficienza delle gestioni – che è pur presente – ma l'incapacità del settore pubblico di far fronte adeguatamente al fabbisogno di investimenti». Così, P.A. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 225, suggerisce di «uscire dallo schema fossilizzato che ha imprigionato i riformatori degli ultimi decenni nell'idea che tutte le riforme dovessero promuovere obiettivi di privatizzazione e liberalizzazione, estensione del mercato e (al massimo) regolamentazione del mercato».

¹¹ L. SACCONI, *Introduzione. Visione nuova, ragionevoli proposte*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 9, suggerisce di «uscire dallo schema fossilizzato che ha imprigionato i riformatori degli ultimi decenni nell'idea che tutte le riforme dovessero promuovere obiettivi di privatizzazione e liberalizzazione, estensione del mercato e (al massimo) regolamentazione del mercato».

¹² G. CITRONI e M. DI GIULIO, *Dismissioni! E poi? Che fare delle ex-municipalizzate*, Milano, 2016, p. 101.

¹³ U. MATTEI e A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, cit., p. 116.

sfumature, nei due progetti di riforma depositati presso la Camera dei deputati¹⁴.

Sono noti i limiti dello statalismo. In particolare, fino a quando i beni comuni saranno ritenuti di «appartenenza del sovrano» e le nomine (e le conferme) degli amministratori delle aziende pubbliche o partecipate dipenderanno sostanzialmente da un atto d'imperio, in mancanza di regole ferree su trasparenza e *accountability* che assicurino occasioni di controllo da parte dei cittadini possibilmente piú frequenti rispetto a quelle offerte dalle scadenze elettorali (o dagli avvisi di garanzia), clientelismo e corruzione continueranno a minare l'efficiente gestione delle risorse¹⁵.

Ugualmente noti sono, d'altro canto, i conflitti d'interesse riscontrabili nel modello che fa perno sul privato-concessionario. In un'impresa capitalistica, chi vanta un'aspettativa sui guadagni residuali d'esercizio (c.dd. *residual earnings*) ha anche il potere di controllare fino in fondo l'andamento dell'attività; ed è connaturale al modello, specialmente nelle imprese operanti su larga scala, che le asimmetrie informative (esistenti non soltanto nel confronto con gli utenti-consumatori, ma anche rispetto allo stesso regolatore-concedente)¹⁶ possano essere sfruttate per l'accaparramento di una rendita a discapito della qualità¹⁷. Si potrebbe a questo punto ribattere che l'annichilimento delle aspettative di profitto finisce per erodere gli incentivi all'innovazione tecnologica. Si potrebbe, certo, ma si tratterebbe di una petizione di principio. In primo luogo, ingiustamente oscurato sarebbe

¹⁴ Nel senso della completa pubblicizzazione della gestione del ciclo integrale dell'acqua è rivolto il disegno di legge presentato alla Camera dal M5S, prima firmataria la deputata Daga (A.C. n. 52 del 23 marzo 2018). Nel disegno di legge del PD, prima firmataria la deputata Braga (A.C. n. 773 del 22 giugno 2018), l'affidamento diretto del servizio idrico integrato a società interamente pubbliche è presentato come la soluzione «prioritaria», ma non esclusiva.

¹⁵ J. BUDDS e G. MCGRANAHAN, *Are the debates on water privatization missing the point? Experiences from Africa, Asia and Latin America*, in *Env. & Urb.*, vol. 15, n. 2, 2003, p. 87.

¹⁶ Quando il contratto di servizio è incompleto, inevitabilmente chi gestisce l'impresa è chiamato ad assumere decisioni non preventivate dall'ente concedente.

¹⁷ L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance cooperativa dei servizi pubblici locali*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 196, il quale si rifà all'insegnamento di H. HANSMANN, *Ownership of the Firm*, in *J. L. Econ. & Org.*, 1988, vol. 4, p. 267 ss., spec. p. 274.

il ruolo della ricerca universitaria, operante per definizione senza scopo di lucro e pur tuttavia essenziale per il progresso tecnologico. Inoltre, non va dimenticato che il voto referendario è valso a escludere soltanto che il lucro del concessionario sia computato in tariffa, mentre è rimasto inalterato il diritto di sfruttamento delle opere dell'ingegno; e se si pensa all'universalità del servizio idrico integrato, d'importanza vitale in ogni angolo del pianeta, è facile intuire l'ampiezza delle opportunità di mercato per un'innovazione autenticamente migliorativa, motivo in più per non arrestare gli investimenti in ricerca e sviluppo. Resta poi la speranza che in settori dove è in gioco la sopravvivenza umana, la leva individuale a contribuire al progresso non abbia nel lucro il suo meccanismo unico di attivazione.

3. Oltre la dicotomia pubblico/privato, alla ricerca di una terza via: il modello della cooperativa di utenti multi-stakeholder

Se si segue il filo del ricco e poliedrico dibattito sui beni comuni¹⁸, si coglie come al centro dell'agenda non sia la (ri)affermazione del primato della proprietà pubblica in sé e per sé¹⁹, ma la garanzia che

¹⁸ I principali riferimenti, ma senza pretese di esaustività, sono: P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; S. RODOTÀ, *Postfazione. Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 311 ss.; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 459 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, cont. da Schlesinger, 2^a ed., Milano, 2013 (sul tema specifico degli usi civici, v. la recente Cass., 22 gennaio 2018, n. 1534, in *Pluris*), P. MADDALENA, *Ambiente bene comune*, in T. MONTANARI (a cura di), *Costituzione incompiuta. Arte, paesaggio, ambiente*, Torino, 2013, p. 95 ss.; ID., *Il territorio, bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; L. COCCOLI (a cura di), *Omnia sunt communia. Il dibattito internazionale su commons e beni comuni*, 2^a ed., Firenze, 2019.

¹⁹ Come osservato da F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, Bologna, 2010, p. 114: «[n]on è bello pensare che tutto ciò

alcuni beni o servizi ritenuti essenziali all'esercizio dei diritti fondamentali restino accessibili e siano conservati anche a beneficio delle generazioni future²⁰. In primo piano è posto il tema della gestione²¹; cioè, per dirla con gli economisti, «l'organizzazione interna di quei micro-ordini istituzionali che sono le imprese e [la] loro *governance*»²².

Il dibattito su statalizzazione/privatizzazione dei servizi pubblici si è arricchito di una «terza via»²³, consolidatasi sul finire del millennio specialmente nel Regno Unito, dove il tema della trasformazione di società di gestione di risorse idriche in cooperative è stato lungamente

che di buono esiste nell'*habitat* naturale dell'uomo non gli appartenga, essendo proprietà dello Stato».

²⁰ La nozione di beni comuni è contenuta all'art. 1, comma 3, lett. c), dello schema di disegno di legge delega formulato dalla Commissione Rodotà il 14 giugno 2007: «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future». Il concetto ha trovato approdo in Cass., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 524, con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, e in *Foro it.*, 2012, I, c. 564, con nota di E. PELLECCIA: «il solo aspetto della “demanialità” non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità». Cfr. E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Bari, 2013, p. 99 s., il quale, nel sostenere il ruolo insostituibile dello Stato, controffre la distinzione tra beni pubblici fondamentali, che devono essere garantiti a tutti *pro indiviso*, e beni sociali (es., l'acqua pubblica), da garantirsi soltanto nel rispetto di livelli minimi essenziali.

²¹ P. PERLINGIERI, *La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO e S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 90 ss.

²² L. SACCONI, *Introduzione*, cit., p. 11, largamente tributario dell'opera di E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (*Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, ed. it. a cura di G. Vetrutto e F. Velo, Venezia, 2006).

²³ J. ROWE, *Parallel Economy of the Commons*, in WORLDWATCH INSTITUTE, *State of the World Report 2008: Innovations for a Sustainable Economy*, Washington, DC, 2008, p. 138 ss.

mantenuto al centro di progetti di riforma²⁴. In attuazione del principio di sussidiarietà, anche in Italia vi è chi considera auspicabile che la partecipazione diretta dei cittadini sia realizzata attraverso lo schema della società cooperativa²⁵, in particolare di utenza (un sottotipo della cooperativa di consumo), entro un processo di «mutualizzazione dei servizi pubblici»²⁶ mirante, tra le altre cose, a favorire nuove forme di governo democratico della società²⁷ e a «garantire la (ri-)produzione e la distribuzione di ciascun bene comune in modo economicamente razionale»²⁸.

²⁴ L.B. MORSE, *A case for water utilities as cooperatives and the UK experience*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2000, p. 467 ss., J. BIRCHALL, *Mutual, non-profit or public interest company? An evaluation of options for the ownership and control of water utilities*, ivi, 2002, p. 181 ss. In quest'ultimo saggio, sono studiate le diverse esperienze registrate in Scozia e Galles, per le quali si vedano, rispettivamente, SCOTTISH PARLIAMENT, *Water Industry (Scotland) Bill, Policy Memorandum*, The Stationery Office, Edinburgo, 2001, e OFWAT, *The Proposed Acquisition of Dwr Cymru Cyfyngedig by Glas Cymru Cyfyngedig*, cons. paper, novembre 2000. Cfr. K. BAKKER, *An Uncooperative Commodity. Privatizing Water in England and Wales*, Oxford, 2004, spec. cap. 6.

²⁵ Sul modello delle cooperative di comunità si vedano, in particolare, A. SANTUARI, *Le cooperative sociali e lo svolgimento di attività di interesse generale tra riforma del Terzo settore e normativa regionale*, in *Istituzioni del federalismo*, 2019, p. 193 ss.; E. FARINA, G. TENEGGI, P. VENTURI e F. ZANDONAI, *Tesi battagliere sul fare imprese di comunità*, in *Animazione Sociale*, 2017, p. 23 ss.; EURICSE, Libro Bianco, *La cooperazione di comunità. Azioni e politiche per consolidare le pratiche e sbloccare il potenziale di imprenditoria comunitaria*, Trento, 2016; L. BARTOCCI e F. PICCIAIA, *Le "non profit utilities" tra Stato e mercato: l'esperienza della cooperativa di comunità di Melpignano*, in *Azienda Pubblica*, 2013, p. 381 ss.

²⁶ Così E. MAYO e H. MOORE, *The Mutual State. How local communities can run public services*, Londra, 2001, p. 21, ove la partecipazione comunitaria è però riguardata in un'ottica efficientistica e come stimolo all'innovazione, «an example of the entrepreneurial culture shift envisaged by advocates of privatization» (p. 16).

²⁷ P.A. MORI, *La cooperazione di utenza: una nuova prospettiva per i servizi pubblici e di interesse generale*, in A.M. ALTIERI, P.A. MORI, P. PERUZZI e F. SPINICCI, *Cooperazione e gestione del sistema idrico integrato: la gestione del servizio tramite cooperativa di utenti-cittadini*, Firenze, 2013, p. 10. Dello stesso a., v. *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, in L. SACCONI e S. OTTONE (a cura di), *Beni comuni e cooperazione*, cit., p. 216 ss.

²⁸ L. SACCONI, *Introduzione*, cit., p. 9.

La società cooperativa, democratica per definizione²⁹, è ritenuta l'istituzione privatistica maggiormente idonea a neutralizzare i possibili effetti collaterali scaturenti sia da una gestione pubblica dei beni d'interesse comunitario sia da una loro gestione imprenditoriale in forma tipicamente capitalistica³⁰.

In primo luogo, la nomina (e la conferma) degli amministratori cessa di essere un «affare privato» del sovrano³¹.

Per di più, nel raffronto con le società a fini di lucro, il diritto delle società cooperative impone che una parte degli utili sia destinata a riserva indivisibile, ed è proprio ciò che rende non premiante l'adozione di pratiche opportunistiche di breve periodo da parte tanto dei soci quanto degli amministratori.

Ma è soprattutto nel corretto dosaggio degli equilibri di governo endosocietario che s'intravedono le reali potenzialità di una cooperativa di utenti. Per evitare che le decisioni vitali per l'impresa siano rimesse a un gruppo di comando autoreferenziale o che l'inesperienza di un gran numero di utenti faccia da apripista a condotte infedeli da parte degli amministratori, è suggerita una forma di *governance multi-stakeholder*, capace di contemplare la partecipazione agli organi di governo non soltanto dei rappresentanti dei soci-utenti, ma anche di quelli dei diversi lavoratori dell'impresa, con funzioni essenzialmente di controllo³². Questo perché a differenza degli utenti – le cui possibilità di controllo si concentrano essenzialmente sulla qualità finale degli *output* – i lavoratori hanno diretta contezza di quel che accade ai diversi livelli del processo produttivo e sono in grado di testimoniare (ed eventualmente

²⁹ Per il noto principio «una testa un voto». Ma v. E. CUSA, *Il procedimento assembleare nella società cooperativa e il principio democratico*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 843 ss.

³⁰ L. SACCONI, *Beni comuni, contratto sociale e governance*, cit., p. 198.

³¹ P.A. MORI, *Le ragioni economiche della cooperazione di utenza nella gestione dei servizi pubblici*, cit., p. 230: «Se, per esempio, gli utenti-cittadini vogliono licenziare i manager di un'impresa pubblica, non hanno altro mezzo che votare contro i loro padrini politici, e dunque hanno un tipo di controllo molto indiretto e diluito, mentre cittadini-soci di una cooperativa possono votare direttamente contro di essi e eventualmente promuovere azioni legali di responsabilità nei loro confronti».

³² In particolare, un consiglio di sorveglianza, partecipato oltre che dai soci-utenti anche dai rappresentanti degli altri *stakeholder*, che controlli il comitato di gestione (L. SACCONI, *o.u.c.*, p. 199 s.).

denunciare) l'insorgenza di anomalie per tempo, cioè quando si è ancora in condizione di evitare che degenerino³³.

In definitiva, una cooperativa di utenza è ritenuta preferibile nella prospettiva del controllo democratico delle risorse³⁴, poiché ciascun socio conserva il diritto di accedere direttamente alle informazioni inerenti alla vita dell'ente, presupposto essenziale per poi promuovere azioni a tutela dell'interesse proprio e della comunità.

4. Esigenze di coinvolgimento diretto dei soci-utenti nel finanziamento delle infrastrutture, al di là della tariffa

L'astratta idoneità dei soci-utenti ad avere una qualche voce nel governo dell'impresa, sia pure con la preziosa mediazione di altri *stakeholder*³⁵, ha indotto gli studiosi ad approfondire le potenzialità della società cooperativa a sollecitare un contributo diretto dei cittadini anche nell'opera di finanziamento delle infrastrutture, d'importanza vitale per qualsiasi servizio pubblico, non di meno per il servizio idrico integrato³⁶. A tal proposito, i dati **riguardanti l'Italia** esprimono un'anomalia: mentre, dal 2006 al 2018, **gli investimenti pubblici in infrastrutture di qualsiasi genere sono calati di oltre il 27%**³⁷, le crescenti risorse stanziare per l'ammodernamento del sistema idrico integrato, ritenuto versante in condizioni «da terzo mondo»³⁸, sono

³³ V. ancora L. SACCONI, *o.u.c.*, p. 200 s., il quale sostiene che i soci-utenti «possono avere percezione circa la qualità dei servizi e alcuni eventi che influiscono localmente sulla prestazione [...], ma non hanno conoscenza dei costi di produzione, dei mezzi a disposizione dell'impresa e dello sforzo dei lavoratori e del management».

³⁴ P.A. MORI, *o.u.c.*, cit., p. 229.

³⁵ *Retro*, § 3.

³⁶ P.A. MORI, *o.u.c.*, cit., p. 227.

³⁷ ASSONIME, *Politica delle infrastrutture e degli investimenti: come migliorare il contesto italiano*, a cura di G. Maccaferri, Note e Studi, 6/2018, p. 9, da cui si apprende che si è passati dai 47 miliardi del 2007 ai 34 miliardi del 2017 (e per il 2018, secondo le stime dell'Ance, si sarebbe registrata un'ulteriore riduzione di circa 800 milioni).

³⁸ L'espressione è di Giovanni Valotti, presidente di Utilitalia, contenuta nel rapporto del marzo 2016 di #Italiasicura, la struttura di missione di Palazzo Chigi contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture idriche.

rimaste in larga parte sottoutilizzate³⁹. In ragione dell'eterogeneità dei soggetti e delle istituzioni che contribuiscono alla erogazione del servizio ai vari livelli, non è agevole stabilire di chi sia la responsabilità; certo è che se le aziende incaricate di gestire le infrastrutture nell'interesse della comunità fossero anche istituzionalmente deputate a migliorarle e, al contempo, risultassero esposte a costante monitoraggio da parte di quella stessa comunità di utenti, qualche inefficienza potrebbe essere evitata.

Non di soli controlli vivono le imprese. Centrale è, ovviamente, anche il tema delle risorse. Poiché il finanziamento delle infrastrutture deriva in larga parte dai contributi erariali e dalla tariffa, non si può fare finta di non vedere, in una fase storica di vincoli per la finanza pubblica e di sanzioni europee per obiettivi (di ammodernamento delle infrastrutture) mancati⁴⁰, che l'alternativa al generalizzato incremento della tariffa può passare o dal classico ricorso alla fiscalità generale, già in larga parte opzionata, o dalla sollecitazione dell'investimento remunerato dei privati o, infine, da forme di autofinanziamento dell'impresa cui è affidata la gestione del servizio.

Anzitutto, per sollecitare gli investimenti – ed evitare l'intervento diretto da parte dello Stato – è stato concepito il Fondo di garanzia delle opere idriche⁴¹. In alcune realtà territoriali italiane, poi, il finanziamento del sistema idrico integrato è stato riferito al mercato per mezzo dei

³⁹ Dal 2006 al 2016, i fondi erogati hanno sfiorato i 12 miliardi di euro. Nel periodo esaminato, però, «gli interventi avviati e non ancora conclusi risultano 885 per un valore totale finanziato pari a 2,9 miliardi di euro», mentre gli interventi neppure avviati «ammontano a un valore totale finanziato pari a 3,2 miliardi di euro» (fonte *ansa.it*, che richiama il rapporto #Italiasicura, cit.). A ciò si aggiunga che, per il triennio 2016-2019, sono stati programmati **investimenti** nelle **infrastrutture idriche** per oltre dieci miliardi di euro (una somma prossima al totale degli stanziamenti dell'intero decennio precedente). Ciò dimostra la parziale infondatezza del luogo comune secondo il quale in cui versano le infrastrutture idriche sia da attribuire all'endemica mancanza di investimenti pubblici.

⁴⁰ Per tutte, v. la sentenza della Corte di Giustizia UE (Settima Sezione) del 19 luglio 2012, C-565/10, *Commissione c. Italia*, per ritardi nell'adeguamento dei sistemi di trattamento delle acque reflue urbane rispetto ai dettami della Direttiva 91/271/CEE.

⁴¹ Ai sensi dell'art. 58 l. 28 dicembre 2015, n. 221. V. memoria dell'8 gennaio 2019 (1/2019/I/idr) dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente.

c.dd. *hydrobond*⁴²; titoli che possono essere emessi da qualsiasi società di capitali oppure «garantiti» da un patrimonio dedicato.

La società cooperativa può agevolmente inserirsi in questo solco. Quel che in più può offrire è una tecnica di *fundraising* unica nel panorama societario italiano, dotata di una sua specifica regolamentazione e idonea ad attrarre all'organizzazione risorse aggiuntive rispetto al capitale sociale e al capitale propriamente di debito, senza per ciò stesso snaturare la matrice mutualistica dell'impresa: ci si riferisce al c.d. prestito da soci (noto anche come «prestito sociale»)⁴³. In una ricerca svolta da un gruppo di economisti italiani se ne sono evidenziate le potenzialità in vista della risoluzione di uno dei problemi più evidenti del finanziamento nel settore idrico, vale a dire la discrepanza tra la lunga vita degli *asset* infrastrutturali e l'orizzonte temporale dei mutui bancari, generalmente ancorato alla durata della concessione⁴⁴. Sebbene il tipico diritto dei soci-prestatori di recuperare in tempi rapidi il possesso delle somme depositate (praticamente a vista) possa fare istintivamente propendere per la sua inidoneità a supportare investimenti di lungo periodo, da un'analisi dell'andamento prelievi/depositi nelle grandi cooperative di consumo è emersa, nell'aggregato, una certa stabilità nel tempo, «permettendo così di identificare la disponibilità media su cui contare»⁴⁵, proprio in ragione della vastità della platea dei soci-utenti, tutti astrattamente

⁴² Per il progetto-pilota del consorzio Viveracqua in Veneto, partecipato da otto società locali di gestione del servizio idrico integrato e supportato dalla Banca Europea per gli Investimenti e da Veneto Sviluppo, si veda minibond.tv/it/viveracqua-hydrobond.php.

⁴³ Per un recente approfondimento, sia consentito rinviare a F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale nelle cooperative*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, p. 97 ss. (anche in F. COGNANI e F. QUARTA, *Regolazione, attività e finanziamento delle imprese sociali. Studi sulla riforma del terzo settore in Italia*, Torino, 2018, p. 147 ss.).

⁴⁴ P.A. MORI, *La cooperazione di utenza: una nuova prospettiva per i servizi pubblici e di interesse generale*, in A.M. ALTIERI, P.A. MORI, P. PERUZZI e F. SPINICCI, *Cooperazione e gestione del sistema idrico integrato: la gestione del servizio tramite cooperativa di utenti-cittadini*, cit., p. 8. Strettamente connesso a ciò è che «il settore dei servizi idrici è caratterizzato da alta intensità di capitale, lunga vita degli asset e un processo di investimento praticamente costante nel tempo» (pp. 113 e 138 della stessa pubblicazione).

⁴⁵ F. SPINICCI, *Cooperazione di utenza nel servizio idrico integrato in Trentino*, in *La terza via per i servizi pubblici locali. Potenzialità e limiti delle cooperative di utenza*, Euricse Research Report n. 011|15, p. 59.

idonei a diventare prestatori e tutti interessati alle sorti della «propria» società⁴⁶.

5. Il finanziamento dell'impresa mediante prestiti da soci-utenti. Il vincolo di destinazione del finanziamento tra regole «di condotta» e disciplina del mutuo di scopo

Fino alla legge di bilancio per l'anno 2018, la gran parte della (pur scarna) disciplina dedicata al prestito da soci nelle cooperative proveniva da fonti regolamentari⁴⁷. Le sole regole di rango primario erano quelle a carattere agevolativo dettate dal legislatore tributario⁴⁸, per beneficiare delle quali era richiesto che «i versamenti» fossero «effettuati esclusivamente per il conseguimento dell'oggetto sociale»⁴⁹.

⁴⁶ Sul rafforzamento del legame «identitario» attraverso il contratto di prestito sociale tra socio e cooperativa, v. G. MALUSÀ, *Il prestito sociale*, suppl. a *Cooperative e consorzi*, 2003, p. 13.

⁴⁷ Gli interventi della Banca d'Italia e del CICR sono valsi essenzialmente a delineare le condizioni di conciliabilità tra il fenomeno del «prestito sociale», per come invalso nella prassi cooperativa, e il divieto per i soggetti non bancari di raccolta di risparmio presso il pubblico ai sensi dell'art. 11 t.u.b. Dopo la pubblicazione della circolare del 25 maggio 1984 (in G.U. del 21 giugno 1984, n. 170), si sono susseguiti diversi tentativi volti a rinfoltire i requisiti prudenziali endo-societari ed elevare i livelli di trasparenza delle informazioni contrattuali a tutela del socio-prestatore. In argomento, v. G. MALUSÀ, *Il prestito sociale*, suppl. a *Cooperative e consorzi*, Milano, 2003, n. 2. Sugli sviluppi più recenti, v. C. BUGANZA, *La nuova disciplina di Banca d'Italia per il prestito sociale delle cooperative*, in *Cooperative e enti non profit*, 2017, n. 6, p. 40 ss. Sia consentito, inoltre, rinviare a F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 97 ss., e ai relativi riferimenti bibliografici.

⁴⁸ L'art. 12 della legge 17 febbraio 1971 n. 127 e l'art. 13 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 601 hanno esentato dall'imposta di ricchezza mobile e dall'imposta locale sui redditi gli interessi maturati sulle somme versate dai soci di cooperative in aggiunta alle quote di capitale sociale. Per modifiche v. l'art. 6-bis, comma 1, d.l. 31 ottobre 1980 n. 693 (aggiunto dalla l. di conv. 22 dicembre 1980, n. 891), l'art. 23, comma 1, l. 27 febbraio 1985, n. 49, e l'art. 10, comma 1, l. 31 gennaio 1992, n. 59.

⁴⁹ Ci si è domandati se quest'ultimo inciso sia valso a caratterizzare la sostanza dell'istituto del prestito sociale, incidendo sulla relativa qualificazione *sub specie juris*, o abbia più modestamente funto da chiave d'accesso ai soli benefici fiscali. Sul punto cfr. V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna, 1997, p. 302 s., e R. GENCO, *I finanziamenti nelle società cooperative*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, p. 485. Secondo M. FRAGALI, *Sub art.* 1813, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, 2^a ed.,

Se fosse sufficiente – come parrebbe evincersi dalla lettera della legge – stabilire una linea di coerenza tra la mera *effettuazione* del versamento e l’oggetto sociale, allora il relativo portato prescrittivo si ridurrebbe a poca cosa, giacché a tal fine potrebbe pure ritenersi sufficiente una mera dichiarazione dell’effettuante, a monte dell’operazione. Infatti, orientare l’effettuazione di un versamento verso uno scopo predeterminato è atto diverso – e sicuramente meno pervasivo – rispetto all’imposizione di un obbligo in capo alla società percipiente, di impiegare le somme ricevute nel perseguimento dello scopo divisato.

Proprio in quest’ultima direzione, invece, si è mosso il legislatore nella legge di bilancio per il 2018. All’art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017 è stato specificato che le società cooperative che ricorrono al prestito sociale «sono tenute» a «impiegare le somme raccolte in operazioni strettamente funzionali al perseguimento dell’oggetto o scopo sociale». Marcato è il cambio di passo rispetto all’ambigua formulazione delle norme più risalenti: il *focus* è stato spostato dall’atto di versamento all’attività d’impresa ad esso conseguente.

Non occorre dimostrare che la locuzione «sono tenute a impiegare»⁵⁰ costituisca la fonte di un vincolo di scopo in capo alle società che fanno ricorso al prestito sociale. Da indagare è piuttosto quale ne sia la natura e quali gli effetti in punto di diritto; quale sorte per il contratto e per il susseguente rapporto.

Non di rado, pur a fronte di espliciti comandi di fonte legislativa, finanche *sub specie* di divieti (a contrarre), la giurisprudenza, attratta dalla impalpabile distinzione tra regole di condotta e regole di validità⁵¹, è riuscita ad attenuare l’imperatività di quegli stessi precetti e ad accantonare l’operatività dei rimedi invalidanti⁵².

Bologna-Roma, 1966, p. 71, quando «lo scopo deve essere indicato per usufruire di determinati vantaggi attuali estranei alla dinamica negoziale (agevolazioni fiscali [...]), esso, essendo rilevante fuori del contratto, non può a questo conferire caratteri di qualificazione».

⁵⁰ Art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017, cit. al § prec.

⁵¹ Convincenti l’ampia ricostruzione critica offerta da G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*.

⁵² Si pensi all’esplicito divieto, disposto dall’art. 39 del D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180 di stipulare in stretta successione tra loro più contratti di finanziamento contro cessione di quota degli emolumenti. Nonostante la perentorietà della disposizione («È

Lo schema del nostro contratto (prestito di denaro a interessi, fiscalmente agevolato, correlato all'obbligo di impiegarlo per un fine predeterminato) rievoca quello del mutuo di scopo «legale», collocato dalla giurisprudenza prevalente nell'alveo dei contratti consensuali a effetti obbligatori⁵³.

Il primo corollario di un simile accostamento risiede in ciò, che a differenza del tipico contratto di mutuo disciplinato dal codice civile, nel mutuo di scopo la consegna del denaro non rivestendo valenza costitutiva diviene passibile di esecuzione forzata, quale condotta resa immediatamente esigibile da un contratto giunto a conclusione per effetto del mero consenso⁵⁴. Ulteriore e più significativo corollario è che il vincolo di destinazione delle somme è ritenuto in grado di assurgere a coelemento essenziale della causa del contratto⁵⁵. Secondo

vietato di contrarre una nuova cessione prima che siano trascorsi almeno [...]») e la sua funzione di argine al sovraindebitamento del lavoratore, App. Milano, 22 agosto 2013, n. 3283 (a p. 6 dell'originale, pubblicato su *dirittobancario.it*) ha affermato, senza addurre argomenti, che la sanzione non potrebbe mai essere quella della nullità. Anche sul versante dell'Arbitro Bancario Finanziario, si segnala una giurisprudenza ormai appiattita sull'interpretazione della norma in termini di «regola di condotta», dalla cui violazione potrebbero farsi discendere soltanto conseguenze di tipo risarcitorio. V., per tutte, la decisione del Collegio di coordinamento, 17 giugno 2016, n. 5762, che, richiamandosi proprio all'apodittica asserzione della Corte d'Appello di Milano innanzi riportata, ha sovvertito l'orientamento (favorevole alla nullità) fino a quel momento sostenuto, non senza argomenti, dal Collegio di Roma. Di quest'ultimo si veda, in particolare, la decisione del 6 settembre 2013, n. 4588.

⁵³ Per tutte, v. Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687, con nota di L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, e Cass., 3 dicembre 2007, n. 25180, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 163, con nota di D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*. Non così per R. PERCHINUNNO, *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo*, Napoli, 1988, p. 10.

⁵⁴ Sul contratto tipico di mutuo, la giurisprudenza è in evoluzione. Cfr. Cass., 30 novembre 2011, n. 25569, in *Dejure.it* (e, prima ancora, Cass., 15 luglio 1994, n. 6686, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 576), che ha attenuato la necessità di una «consegna in natura», ritenendo sufficiente al fine del perfezionamento del contratto il «conseguimento della disponibilità giuridica della cosa». Sulla c.d. *traditio ficta*, v. P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. C.N.N.* Perlingieri, Napoli, 2004, p. 36.

⁵⁵ In dottrina, sulla figura del mutuo di scopo, si vedano M. FRAGALI, *Sub art.* 1813, cit., p. 69 ss., G.B. FERRI, *Rilevanza giuridica dello scopo nei crediti speciali*, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 273 ss., V. BUONOCORE, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, in R. COSTI e M. LIBERTINI (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982, p. 260 ss, P. SCHLESINGER,

l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità – al quale però continua a contrapporsi una sensibilità di segno diverso da parte delle corti di merito –, lo sviamento dallo scopo prestabilito comporterebbe la nullità del contratto (imprescrittibile e azionabile da chiunque vi abbia interesse)⁵⁶, ancorché non in automatico. A quel fine, è reputato insufficiente un qualsiasi vincolo di destinazione impresso dai contraenti sugli importi versati: la giurisprudenza richiede che si verifichi, caso per caso, se «la clausola di destinazione della somma mutuata incida sulla causa del contratto»⁵⁷; il che, molto più che una tautologia, rappresenta il bisogno di riscontrare che entrambe le parti abbiano un interesse rilevante al raggiungimento dello scopo; dunque, non soltanto il mutuatario, il cui interesse, se isolatamente considerato, sarebbe da relegare tra i motivi soggettivi⁵⁸.

Credito agevolato e mutuo di scopo, *ivi*, p. 275 ss., A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, 1985, p. 106 ss., M. RISPOLI FARINA, voce *Mutuo di scopo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 558 ss., F. MASTROPAOLO, *I contratti reali*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1999, p. 573, D. LA ROCCA, *Il mutuo di scopo*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna-Roma, 2005, p. 180, M.C. PERCHINUNNO, *Il mutuo di scopo*, in E. PANZARINI, A.A. DOLMETTA e S. PATRIARCA (a cura di), *Le operazioni di finanziamento*, Bologna, 2016, p. 126 ss., M. RENNA, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contratti*, 2018, p. 417 ss. Secondo S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo*, II) *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIII, Roma, 1990, p. 4, la destinazione entra nel regolamento negoziale senza però alterare la funzione del contratto di mutuo, che resta essenzialmente creditizia. Nello stesso senso R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Tratt. dir. comm.* Buonocore, II, 4, Torino, 2002, p. 112.

⁵⁶ Cass., 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Contratti*, 2018, p. 416: «l'elemento caratterizzante è che una somma di danaro viene concessa al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità, la quale in tal modo entra a far parte del sinallagma contrattuale». Più precisamente, «la destinazione delle somme mutate entra nella struttura del negozio connotandone il profilo causale; sicché la nullità di un tale contratto per mancanza di causa sussiste se (e solo se) quella destinazione non sia rispettata». Nello stesso senso già Cass. 8 aprile 2009, n. 8564, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1867 ss., e Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687 ss.

⁵⁷ Cass., n. 24699 del 2017, *cit.*, p. 416.

⁵⁸ *Ibidem*: «in tutti i casi in cui sia dedotta l'esistenza di un mutuo di scopo [...] è pur sempre necessario che la clausola di destinazione della somma mutuata incida sulla causa del contratto, finendo per coinvolgere direttamente anche l'interesse del [...] finanziatore: qualora venga prevista nel contratto di finanziamento una destinazione delle somme erogate per esclusivo interesse del mutuatario, si

In un caso recente, invece, sia pure in *obiter dictum*, è stata adombrata la possibilità che la mancata realizzazione dello scopo sia qualificata in termini di inadempimento, con conseguente operatività del tipico rimedio risolutorio (soggetto, come è noto, a prescrizione decennale e azionabile dalla sola parte non inadempiente)⁵⁹. L'opzione del rimedio risolutorio (per inadempimento di non scarsa importanza) è considerata dai più in termini dubitativi, per l'asserita impossibilità di stabilire tra la clausola di determinazione dello scopo e altra clausola del contratto un autentico nesso di corrispettività⁶⁰. A tutt'altra conclusione si potrebbe giungere, come suggerito in dottrina⁶¹, se si rivalutasse il carattere sanzionatorio dell'art. 1453 c.c. e adattando alla

realizzerebbe infatti semplicemente una esteriorizzazione dei motivi del negozio, di per sé non comportante una modifica del tipo contrattuale». Cfr. M. FRAGALI, *Sub art. 1813*, cit., p. 82: «se non fosse stato dedotto quello scopo, il mutuo non si sarebbe concluso (scopo volontario) o non si sarebbe potuto (scopo legale) concludere. [...] [I]l mutuo, se dissociato dalla determinazione inerente allo scopo, perde la sua giustificazione, perché è in questo scopo la ragione della sua nascita».

⁵⁹ Nel caso deciso da Cass., 18 giugno 2018, n. 15929, in *Dejure* – ove si dibatteva delle *chance* del mutuante d'insinuarsi al passivo nell'ambito di una procedura concorsuale di insolvenza riguardante il soggetto mutuatario –, il finanziatore aveva provato a sostenere che la mancata esecuzione delle opere avrebbe giustificato l'applicazione non già della nullità del mutuo di scopo, bensì della risoluzione, non potendovi riscontrare alcun vizio genetico, ma un mero inadempimento della controparte. La Corte, discutendo di distribuzione dell'onere probatorio, ha evidenziato, da un lato, che «la realizzazione dell'opera finanziata da parte del mutuatario non costituisce il presupposto del diritto del mutuante di insinuarsi al passivo [...] e avrebbe potuto al più giustificare, ove mancante, una domanda di risoluzione per inadempimento del contratto nei confronti del mutuatario *in bonis*»; dall'altro, che la nullità del mutuo di scopo non discende dallo sviamento unilaterale dalla finalità prestabilita, ma dall'essere stato, il finanziamento finalizzato, stipulato sin dall'origine con la riserva di utilizzazione della provvista per una finalità diversa (dunque, simulazione). Per notazioni critiche sul valore di «corrispettivo» associato alla clausola di destinazione, v. R. TETI, *I mutui di scopo*, in *Tratt. dir. civ.* Rescigno, 12, *Obbligazioni e contratti*, IV, Torino, 2007, p. 662, A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., p. 120 ss., e S. MAZZAMUTO, voce *Mutuo*, II) *Mutuo di scopo*, cit., p. 5, secondo il quale «l'obbligo di destinazione è *non* corrispettivo e indica soltanto che il differimento è giustificato anche dalla realizzazione della finalità per la quale il credito fu concesso».

⁶⁰ Per tutti, v. S. MAZZAMUTO, *o.l.c.*

⁶¹ G.G. AULETTA, *Risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942.

bisogna l'art. 793, comma 3, c.c., che stabilisce la risolubilità della donazione modale per inadempimento dell'onere⁶².

Quel che nelle tesi a sostegno della nullità viene difficile da accettare è la pretesa che un fatto successivo alla stipulazione sia sempre idoneo a provocare, con efficacia retroattiva, la radicale inidoneità dell'atto a produrre effetti⁶³. Occorre distinguere. Il rispetto della finalizzazione del prestito potrebbe convincentemente assurgere a presupposto di validità dell'atto laddove, in aggiunta al riscontro di una cointeressenza tra le parti, sia chiaramente ravvisabile un sottostante interesse pubblico⁶⁴. Per esempio, ogni volta che al rispetto di un determinato scopo sia associata l'erogazione di agevolazioni fiscali, la realizzazione di attività diverse da quelle prestabilite si scontra con un interesse superindividuale che non può essere impunemente circonvenuto⁶⁵. Si pensi al caso paradigmatico del mutuo agevolato per l'acquisto della prima casa. Lì, la speciale finalizzazione dell'importo mutuato rappresenta per il mutuatario la chiave d'accesso a condizioni economiche di speciale favore, rese possibili grazie all'operatività di un fondo statale di garanzia che riduce sensibilmente il rischio di controparte, quindi il costo del credito: in assenza dell'incentivo pubblico, la banca mutuante non avrebbe stipulato a quelle condizioni «di favore», ma ad altre più onerose; né appare concepibile, salve circostanze eccezionali⁶⁶, che il contratto possa essere ricondotto d'ufficio, a séguito di declaratoria di nullità, a inafferrabili «condizioni di mercato», dando per scontato che le parti sarebbero comunque addivenute a un accordo, anche a quelle diverse condizioni⁶⁷. Ne

⁶² Aperture verso le «sanzioni risolutorie» anche in P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, cit., p. 259.

⁶³ Come si è visto, la sola condizione che richiede la giurisprudenza è che entrambe le parti siano interessate al perseguimento dello scopo (Cass., n. 24699 del 2017, cit.).

⁶⁴ In quest'ottica, v. A. ZIMATORE, *Il mutuo di scopo*, cit., spec. p. 212 ss.

⁶⁵ Vivace è il dibattito attorno al possibile influsso della violazione di norme fiscali sulla validità dei contratti. Anche soltanto per un quadro di sintesi, sia consentito rinviare a F. QUARTA, *Autonomia privata e violazione di norme imperative di «rilievo esclusivamente tributario»*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1065 ss., spec. p. 1077 ss.

⁶⁶ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 5: «un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge».

⁶⁷ Cfr. L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 49 ss., spec. testo a nota 103.

discende che il congegno rimediale della nullità potrebbe candidarsi a portare ordine fra le varie istanze coinvolte essenzialmente là dove sussista un interesse pubblico da salvaguardare. In tutti gli altri casi, la frustrazione dello scopo divisato in contratto potrebbe semmai configurare un inadempimento di non scarsa importanza, quindi sollecitare l'attivazione del più congruo rimedio risolutorio.

Tali conclusioni sono traslabili anche in ambito cooperativo. Finché il contratto di prestito sociale, in collegamento alla speciale meritevolezza degli scopi perseguiti, sarà assoggettato a una regolamentazione di favore⁶⁸, la natura superindividuale dell'interesse sotteso a quelle agevolazioni – in uno con la sua indisponibilità – farà sí che lo sviamento dallo scopo richiami su di sé l'applicazione di un rimedio più penetrante di quello previsto per il semplice inadempimento. Gli effetti pratici di una declaratoria di nullità si colgono pienamente in ipotesi di insolvenza della società prenditrice, allorché il ritiro da parte dei soci delle somme prestate non potrà più materialmente avvenire a semplice richiesta, ma dovrà confrontarsi con un sistema concorsuale nel quale vince chi vanta un titolo preferenziale. Come è noto, il diritto alla restituzione di somme *ex art. 2033 c.c.*, per inefficacia originaria del titolo, pone il socio-prestatore in una condizione di speciale preminenza rispetto ad altri creditori.

6. Il controllo sull'effettiva destinazione delle risorse raccolte tramite prestito sociale a finalità coerenti con l'oggetto della società

Si è visto che alle società cooperative è permesso di raccogliere il risparmio dei propri soci, dietro la promessa di un corrispettivo, sotto l'esplicita condizione che tali somme siano impiegate «in operazioni strettamente funzionali al perseguimento dell'oggetto o scopo sociale»⁶⁹. La norma, pur imponendo un vincolo di scopo al denaro che il socio presta alla cooperativa, non detta regole certe sulla tracciabilità dei flussi di cassa, con il rischio di risolversi in una sterile enunciazione di principio, ricalcando quanto già avvenuto per le «finalizzazioni»

⁶⁸ Sia fiscale sia civilistica. In argomento, F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 121.

⁶⁹ Art. 1, comma 238, l. n. 205 del 2017, cit. al § prec.

imposte, sempre in ambito cooperativo, dalla legge 31 gennaio 1992, n. 59⁷⁰, la cui «capacità [di] incidere sulla libertà d'impresa» è stata giudicata «del tutto inesistente»⁷¹.

La società, dal momento della conclusione del contratto di prestito sociale, diviene titolare di una speciale potestà, declinabile sia in senso positivo (mandato a impiegare il denaro nel perseguimento dell'oggetto sociale), sia in senso negativo (mandato a non impiegare il denaro per altri scopi). Questa duplice lettura permette di evidenziare come i proventi da prestito sociale non possano essere impiegati per soddisfare qualunque esigenza ritenuta utile, in senso ampio, alla società. La giurisprudenza ha avuto occasione di riscontrare, specie nelle cooperative di grandi dimensioni, che l'interesse portato innanzi dagli amministratori, pur in nome e per conto dell'ente, non sempre coincide con quello dei soci o con l'oggetto sociale⁷².

Delegare, allora, può non bastare più, specie quando vengano in gioco interessi ulteriori rispetto alla mera appartenenza societaria. Soltanto se si conosce direttamente la destinazione impressa alle somme prestate è possibile, per il singolo socio, esercitare (tempestivamente) il potere di scelta in ordine al se lasciare inalterato il volume del proprio deposito o domandarne l'estinzione, totale o parziale.

⁷⁰ Si trattava degli apporti in capitale di rischio da parte di soci sovventori, fondi mutualistici o mediante azioni di partecipazione.

⁷¹ R. COSTI, *La riforma delle società cooperative: profili patrimoniali e finanziari*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 936.

⁷² Cfr. Cass., 8 febbraio 2008, n. 3033, spec. § 2.3.2, in *Dir. prat. trib.*, 2009, II, p. 1100: «quanto all'impiego del capitale accumulato e solo parzialmente tassato, esso, nelle grandi compagini cooperativistiche, è stabilito esclusivamente dagli amministratori, il che consente alla cooperativa di partecipare ad ogni differente genere di attività, estraneo o indifferente, rispetto agli interessi dei soci/consumatori (es. attività immobiliare, edilizia, investimenti all'estero, acquisto di società ecc.). Ciò è consentito anche dall'attività surrettiziamente creditizia che le grandi cooperative di consumo svolgono col chiedere al socio/consumatore un prestito [...] remunerato con interessi asseritamente superiori al normale». V. pure F. CAPOZZI e G. SCACCIAVILLANI, *Coop, sono sparite le norme per limitare il prestito soci*, in *ilfattoquotidiano.it*, 16 gennaio 2019: «Il punto è che, negli anni, le coop hanno investito i soldi dei soci in attività che hanno poco a che vedere con [l'oggetto sociale, ndr] e che oggi sono una mina vagante. Parte dei quali oggi garantisce il prestito sociale».

Allo stato, il socio che presta denaro a interessi alla propria cooperativa non è posto in condizione di monitorare appieno il rispetto della destinazione enunciata dalla legge. La principale forma di controllo sul rispetto di tale finalizzazione passa per la corretta redazione del bilancio⁷³. Ma è lecito dubitare che ciò sia sufficiente. D'altronde, per canalizzare tutti i fondi derivanti da prestiti sociali (e per sottrarli *apertis verbis* alla garanzia patrimoniale generica dell'ente), la legge non ha imposto in ogni caso la creazione di un patrimonio destinato *ex art. 2447-bis c.c.*, ma soltanto allorché «l'indebitamento nei confronti dei soci ecceda i 300.000 euro e risulti superiore all'ammontare del patrimonio netto della società»⁷⁴. La costituzione di un patrimonio destinato (che resta comunque possibile su base volontaria), nell'eliminare la competizione tra una pluralità di interessi endosocietari su uno stesso insieme di risorse, porta con sé il pregio di ridurre gli spazi di discrezionalità rimessi agli amministratori nella gestione del patrimonio⁷⁵.

In mancanza di indicazioni generalizzate in punto di dover essere, è il progresso tecnologico a offrire all'interprete soluzioni di enorme rilievo pratico.

⁷³ In argomento, v. la sez. V, par. 3, della delibera Banca d'Italia 8 novembre 2016, n. 584, recante *Disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche*, ove è prescritta l'indicazione in via semplificata, nella nota integrativa del bilancio d'esercizio e nelle relazioni semestrali, dell'ipotetica sussistenza di situazioni di «non perfetto equilibrio finanziario dovuto alla mancanza di correlazione temporale tra le fonti di finanziamento e gli impieghi della società». V. pure l'art. 2.3 del *Regolamento quadro in materia di prestito sociale* approvato dalla Direzione nazionale di Legacoop il 18 maggio 2017: «Ai fini della redazione del bilancio, il prestito sociale deve essere allocato nel passivo dello stato patrimoniale alla voce D3 (debiti verso soci per finanziamenti) e la relativa entità essere annotata in nota integrativa in modo tale da essere comunque distinto da eventuali altri valori ivi allocati».

⁷⁴ L'art. 1, comma 24, lett. d), l. n. 205 del 2017, ha rimesso tale previsione a un futuro decreto del CICR (alla data del 26 maggio 2019 non ancora pervenuto).

⁷⁵ P. IAMICELI, *Patrimoni destinati e riserve: prospettive di sviluppo del nuovo diritto delle società*, in C. BORZAGA e A. FICI (a cura di), *La riforma delle società cooperative*, Trento, 2004 p. 134. In argomento, v. pure M. LAMANDINI, *Brevi note su cooperative e patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, Torino, 2010, p. 501 ss.

7. *Il finanziamento dell'impresa alla prova della blockchain. Uno sguardo comparativo sull'assimilabilità tra criptovalute e moneta*

Se le scritture contabili fossero tenute su *blockchain* e le regole endosocietarie non ponessero soverchi limiti all'accesso agli atti, perlomeno non per i diretti interessati, il socio-prestatore potrebbe seguire in tempo reale il percorso fatto dal proprio denaro, dal momento del versamento fino a quando non avrà trovato una destinazione definitiva. Allo studio sono le potenzialità che questa «tecnologia basata su registri distribuiti»⁷⁶ è ritenuta in grado di esprimere nei campi della contabilità e della revisione⁷⁷; potenzialità così rivoluzionarie da far preconizzare l'imminente tramonto di ogni possibilità di *maquillage* dei bilanci⁷⁸.

La *blockchain* è anche la tecnologia sulla quale si basano le c.dd. criptovalute. In un futuro non troppo distante, potrebbe accadere che un socio di cooperativa, in possesso di somme di una certa moneta virtuale, intenda attivare con quelle un deposito a titolo di prestito sociale. È interessante cercare di prefigurare una possibile risposta.

Attorno alle monete virtuali si sono addensati numerosi dubbi, su tutti quello riguardante la loro assimilabilità alla moneta vera e propria, quindi l'idoneità a formare oggetto di contratti che tipicamente costituiscono la fonte di obbligazioni pecuniarie⁷⁹. Come è noto, la principale fonte negoziale di obbligazioni pecuniarie – il mutuo, cui va senz'altro ricondotto il contratto di prestito sociale – può avere ad

⁷⁶ Con questa locuzione è stato tradotto in lingua italiana il lemma «*blockchain*», che l'art. 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in l. 11 febbraio 2019, n. 12 così definisce: «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

⁷⁷ *Ex multis*, v. J. SCHMITZ e G. LEONI, *Accounting and Auditing at the Time of Blockchain Technology: A Research Agenda*, in *Australian Accounting Review*, 2019, vol. 29, 2, p. 331 ss.; J. DAI e M.A. VASARHELYI, *Toward Blockchain-Based Accounting and Assurance*, in *Journal of Information Systems*, 2017, vol. 31, n. 3, p. 5 ss.

⁷⁸ D. BRADBURY, *How the Blockchain Could Stop Firms Cooking the Books*, in *coindesk.com*, 7 febbraio 2015.

⁷⁹ Per la dottrina italiana, da ultimo, v. C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, p. 261 ss.

oggetto indifferentemente una somma di denaro o altre cose fungibili. Dunque, le criptomonete potrebbero in linea teorica formare oggetto di mutuo quand'anche si trovasse difficoltoso qualificarle in termini di denaro (sempre che si accetti di ricondurre un bene per sua natura estremamente volatile al novero dei fungibili). Non bisogna, tuttavia, trascurare che il fenomeno del prestito da soci nelle cooperative, pur non rinvenendo nella legge una definizione puntuale⁸⁰, ha avuto sempre ad oggetto somme di denaro; e anche la disciplina «prudenziale» recentemente rivisitata dal legislatore e dalla Banca d'Italia presenta così cospicui richiami al necessario rispetto di equilibri prettamente algebrici (espressi in euro) da indurre a escludere che il prestito possa consistere in cose diverse dal denaro⁸¹.

A leggere le prime pronunce della giurisprudenza italiana di merito, si avverte l'impressione di trovarsi di fronte a un fuoco di sbarramento contro l'ingresso delle monete virtuali nei patrimoni delle società commerciali⁸². Si badi: non si è avuta alcuna difficoltà ad affermare che le criptovalute fossero «da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta»⁸³. A fare la differenza è stato il contesto dal quale ha tratto origine il contenzioso: oggetto del contendere era il se una certa somma espressa in criptovaluta potesse costituire elemento di attivo suscettibile di *conferimento in capitale* di una società a responsabilità limitata.

Nella definizione del fenomeno *sub specie juris*, la giurisprudenza è parsa non voler stringere troppo le maglie: sul piano funzionale, come si è anticipato, è passata senza intoppi l'equiparazione tra criptomoneta

⁸⁰ Nella delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, Sez. V, par. 1, il prestito sociale è generalmente descritto come «raccolta di risparmio presso soci, con modalità diverse dall'emissione di strumenti finanziari». Invece, nella legge di bilancio per 2018 (l. n. 205 del 2017, art. 1, comma 238 ss.), una definizione non è nemmeno abbozzata.

⁸¹ Nella citata delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, Sez. V, par. 3, è precisato che l'ammontare complessivo dei prestiti sociali non possa eccedere il limite del triplo del patrimonio della società cooperativa. Limite che può essere elevato fino al quintuplo in presenza di particolari garanzie.

⁸² App. Brescia, Sez. I, decr. 24 ottobre 2018, in *Dejure*, che ha confermato – sia pure con motivazioni differenti – Trib. Brescia, 25 luglio 2018, n. 7556, in *IlSocietario.it*, 27 novembre 2018, con nota di F. BARTOLINI, e in *Notariato*, 2018, con nota di M. KROGH.

⁸³ Ne è convinta la Corte d'appello di Brescia, 24 ottobre 2018, cit.

e denaro; allo stesso tempo, però, si è concesso che «strutturalmente presenta caratteristiche proprie dei beni mobili»⁸⁴. L'ambivalenza di una simile definizione mira a non scontentare nessuno, tenuto conto che l'art. 2464 c.c. permette il conferimento in conto capitale anche di beni diversi dal denaro, purché «suscettibili di valutazione economica» (e sempre che l'atto costitutivo lo preveda).

Quel che fin qui ha condotto i giudici italiani su una posizione di chiusura è, in primo luogo, l'estrema volatilità della criptovaluta oggetto di controversia (*One Coin*): in mancanza di «un sistema di scambio idoneo a determinarne l'effettivo valore ad una certa data», si è ritenuto impossibile pervenire a una «valutazione concreta del *quantum* destinato alla liberazione dell'aumento di capitale sottoscritto»⁸⁵. In secondo luogo, si è osservato che l'esistenza di dispositivi di protezione ad elevato contenuto tecnologico potrebbe, «di fatto, renderne impossibile l'espropriazione senza il consenso e la collaborazione spontanea del debitore»⁸⁶, in tal modo vanificando una delle funzioni essenziali che il capitale sociale è deputato a svolgere in qualunque società commerciale⁸⁷.

La prima premura, giustificata in collegamento al fatto che la particolare criptovaluta *sub judice* fosse ancora «in fase embrionale»⁸⁸,

⁸⁴ Entrambe le qualificazioni sono state sostenute, in passaggi diversi delle motivazioni, da App. Brescia, 24 ottobre 2018, cit.: «è chiaro che la 'criptovaluta' deve essere assimilata, sul piano funzionale, al denaro, anche se, strutturalmente, presenta caratteristiche proprie dei beni mobili (dato, questo, che emerge dal richiamo, sempre fatto in assemblea, alle relative "credenziali di accesso, necessarie e utili, per l'utilizzo elettronico e commerciale"). [...] La 'criptovaluta' è quindi da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta, e cioè quale mezzo di scambio nella contrattazione in un dato mercato, atto ad attribuir valore, quale contropartita di scambio, ai beni e servizi, o altre utilità, ivi negoziati».

⁸⁵ App. Brescia, 24 ottobre 2018, cit.

⁸⁶ Trib. Brescia, 25 luglio 2018, cit. La delicatezza del problema è avvertita anche da M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in questa *Rivista*, 2019, I, p. 237 ss.

⁸⁷ Sulla funzione di garanzia patrimoniale generica svolta del capitale, tanto nelle società di persone quanto nelle società di capitali, v. G. TANTINI, *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, p. 76 ss. *Amplius*, G. FERRI jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 743.

⁸⁸ Lo ha ben evidenziato B. CAMPAGNA, *Limiti all'utilizzabilità delle criptovalute in sede di aumento di capitale*, in dirittobancario.it/giurisprudenza.

pare estensibile ad altre monete virtuali piú collaudate, non per questo meno volatili o piú facilmente «convertibili».

Quanto, poi, alla difficile pignorabilità delle somme denominate in criptovaluta, non si può affermare che si tratti di un problema limitato al solo contesto dei conferimenti in conto capitale. È vero che il prestito da soci nelle cooperative è «funzionalizzato» al perseguimento di scopi strettamente attinenti all'oggetto sociale e deve essere pronto, entro un orizzonte temporale assai limitato, per essere restituito al prestatore che ne faccia richiesta⁸⁹. Va tuttavia ricordato che non sussistono vere e proprie forme di segregazione patrimoniale che valgano a isolare i proventi da prestito sociale contro l'azione esecutiva di eventuali creditori insoddisfatti, magari per obbligazioni contratte dall'ente per scopi non strettamente attinenti all'oggetto sociale. Inoltre, per i noti principi del voto capitario e dell'indivisibilità patrimoniale (*rectius*, delle riserve), i soci di cooperativa non sono incentivati a capitalizzare la società oltre lo stretto indispensabile, tendendo invece a prediligere forme di finanziamento/investimento alternative, come per l'appunto il prestito sociale⁹⁰. Il legislatore, del resto, si è premurato di privilegiare le aspettative di rimborso dei soci-prestatori rispetto a quelle degli altri creditori della cooperativa soltanto per l'ipotesi di dissesto della società, stabilendo l'inapplicabilità della regola dettata dall'art. 2467 c.c. (postergazione) alle somme versate a titolo di prestito sociale⁹¹.

Tutto ciò considerato, i dubbi sollevati dalla giurisprudenza in relazione alla capacità penetrativa delle criptovalute in ambito societario non paiono destinati a diradersi al mero mutare della tipologia di società o della tecnica di finanziamento. Restano aperti, dunque, il problema della qualificazione delle criptovalute e, in dipendenza da questo, il tema della loro capacità di porsi legittimamente in concorrenza con la moneta avente corso legale nello Stato e, per l'effetto, ai nostri piú limitati fini, di candidarsi a costituire

⁸⁹ Il rimborso non avvenire prima di 24 ore dalla richiesta, come confermato dalla delibera Banca d'Italia n. 584 del 2016, per evitare di ricadere nella fattispecie di raccolta di risparmio con restituzione «a vista», vietata ai soggetti non bancari dall'art. 11, comma 5, t.u.b.

⁹⁰ R. GENCO, *Finanza, capitale e prestiti sociali*, in *Anal. giur. econ.*, 2008, p. 443 s.

⁹¹ Ma v. F. QUARTA, *Il contratto di prestito sociale*, cit., p. 108 ss.

l'oggetto di contratti di deposito irregolare remunerato nelle società cooperative⁹².

Sul tema generale, è utile richiamare la Corte di Giustizia UE, che non ha esitato a qualificare in termini di *pagamento* un acquisto di beni tramite Bitcoin (con la conseguenza che, non essendo qualificabile in sé e per sé come bene, ma come misuratore di valore economico, se n'è escluso l'assoggettamento a IVA)⁹³. Di contro, più in generale, secondo un *report* del 2015 della Banca Centrale Europea su *Virtual Currency Schemes* non vi sarebbero i presupposti per considerare le criptovalute a tutti gli effetti come denaro⁹⁴. Questo perché – si legge sempre nel *report*⁹⁵ –, esse non soddisferebbero le tre funzioni fondamentali che il denaro, invece, tipicamente assolve quale: 1) mezzo di scambio (non la pensa così la Corte federale per il distretto meridionale di New York nel caso *United States v. Murgio*)⁹⁶; 2) riserva di valore (non così per la U.S. Commodity Futures Trading Commission, *In re: Coinflip Inc.*)⁹⁷; e 3) unità di conto (*contra*: Ead.).

D'altro canto, non manca chi, in ragione dell'ampia – e, per il momento, scarsamente controllabile – volatilità che caratterizza le criptomonete, ritiene che esse siano entità *oggettivamente* protese «ad ingenerare un'aspettativa di profitto (e un correlato, altrettanto intrinseco e obiettivo, rischio di perdita)»⁹⁸, in quanto tali inquadrabili nella categoria dei beni di investimento; beni che, entro una data comunità di utenti, fungono pure da mezzo convenzionale (*rectius*,

⁹² Tra i più recenti contributi della dottrina italiana, favorevole all'assimilazione alla moneta sul piano funzionale, v. C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 127 ss.

⁹³ Sentenza 22 ottobre 2015, c-264/14.

⁹⁴ Banca Centrale Europea, *Virtual Currency Schemes. A Further Analysis*, febbraio 2015.

⁹⁵ Spec. p. 23 s.

⁹⁶ 2016 U.S. Dist. LEXIS 131745, p. 24.

⁹⁷ CFTC No. 15-29, 2015 WL 5535736, 17 settembre 2015, p. 1.

⁹⁸ E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in questa *Rivista*, 2018, I, p. 763.

complementare) di pagamento⁹⁹, senza con ciò oscurarne la fondamentale valenza speculativa¹⁰⁰.

È interessante, a tal riguardo, riportare quanto accaduto in Germania nella seconda metà del 2018. La sezione penale del *Kammergericht* di Berlino¹⁰¹ ha ritenuto non vincolante l'inquadramento del Bitcoin tra gli strumenti finanziari operato cinque anni prima dall'Autorità federale di controllo sui mercati finanziari (BaFin). Senza fornire indicazioni alternative sulla qualificazione della criptovaluta, l'Alta Corte si è limitata a ricordare che, operante il principio di riserva di legge in materia criminale, non è possibile riconoscere in capo all'Autorità amministrativa alcun potere in merito all'estensione dell'area del penalmente rilevante per esercizio non autorizzato di attività bancaria o finanziaria. Nel disapplicare la regola amministrativa, la Corte avrebbe potuto comunque sostenere la condanna dell'operatore in Bitcoin, pervenendo autonomamente alla qualificazione della criptovaluta in termini di prodotto finanziario. Invece, ha preferito rimettere nelle mani del legislatore la determinazione di una disciplina repressiva specifica, cogliendo l'occasione per sottolineare che, laddove nelle norme penali esistano delle scappatoie, non spetta ai giudici il compito di escogitare, sia pure a tutela della generalità degli utenti, limitazioni non preventivate né preventivabili¹⁰².

8. *Problema: se l'(attuale) estrema volatilità delle monete virtuali valga a tramutare in prodotto finanziario qualsiasi contratto le abbia ad oggetto. Scenari nell'ordinamento italiano tra antiriciclaggio e MIFID2*

In Italia, l'elenco dei prodotti finanziari, così come quello dei soggetti da sottoporsi a vigilanza prudenziale, è integrabile con regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze, sentite la

⁹⁹ «[C]reare una moneta al di fuori di un sistema monetario equivale certamente a creare un valore, ma non già un valore monetario bensì un valore finanziario, come tale soggetto ad un livello di fluttuazione che eccede il limite di variabilità del mezzo di pagamento controllato e governato». Così E. GIRINO, *o.c.*, p. 756.

¹⁰⁰ E. GIRINO, *o.c.*, pp. 758 s. e 767 s.

¹⁰¹ KG Berlin 4. Strafsenat, 25 settembre 2018.

¹⁰² P.to 19 della sentenza.

Banca d'Italia e la Consob¹⁰³. Dalla qualificazione amministrativa della criptovaluta può, dunque, dipendere l'estensione dell'area di operatività del reato di esercizio abusivo di attività finanziaria *ex art. 166*, primo comma, lett. *c*, t.u.f.¹⁰⁴. Anche l'interprete è posto in condizione di incidere: quando l'art. 1, primo comma, lett. *u*, t.u.f. congloba nella categoria dei prodotti finanziari «gli strumenti finanziari e *ogni altra forma di investimento di natura finanziaria*», lo fa con formulazione volutamente ampia proprio per sottrarre gli interpreti alla gabbia della tipicità¹⁰⁵.

Questo, però, non autorizza di per sé a concludere che qualsiasi transazione in criptovaluta, per il semplice fatto di avere ad oggetto lo scambio tra due beni caratterizzati da differenti gradi di volatilità, debba essere necessariamente riportata nel novero dei prodotti finanziari per effetto della *catch-all clause* appena richiamata. La «natura finanziaria» dell'operazione¹⁰⁶ va ricercata nel singolo regolamento contrattuale e non anche nei motivi (soggettivi) che hanno spinto una parte ad accettare un pagamento in criptovaluta; i motivi soggettivi, quando non incidano sulla causa del contratto rendendola speculativa, sono condannati all'irrelevanza¹⁰⁷.

Che gli individui accettino, come moneta/corrispettivo, frammenti di oro purissimo oppure biglietti al portatore «intrinsecamente inutili»¹⁰⁸ (rappresentativi, cioè, di un valore che è conservato altrove ed è determinabile soltanto *per relationem*), ad accomunare tali beni, pur diversissimi tra loro, è il rischio, più o meno accentuato, più o meno

¹⁰³ Art. 18, comma 5, lett. *a*, t.u.f.

¹⁰⁴ L. D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 90/2017*, in questa *Rivista*, 2018, spec. § 4. *Amplius*, A. PANTANELLA, *Il bene giuridico nel reato di esercizio abusivo di intermediazione finanziaria: un esempio di tutela funzionale?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 317 ss. (nota a *Cass.*, sez. V, 3 luglio 2015, n. 28157).

¹⁰⁵ E. GIRINO, *Criptovalute*, cit., p. 760.

¹⁰⁶ P. FERRO-LUZZI, *Attività e «prodotti» finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 133 ss., spec. p. 137 s.

¹⁰⁷ Per questo non convince fino in fondo l'esempio del macellaio di Rovereto, riportato da E. GIRINO, *o.c.*, p. 754, nota 29, a pretesa testimonianza della natura stabilmente speculativa di qualsiasi transazione nella quale sia utilizzata una criptovaluta in funzione di pagamento.

¹⁰⁸ B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. c.c.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2011, p. 123.

rapido, di svilimento (o, per contro, di apprezzamento) della porzione di ricchezza materialmente o mediamente posseduta. Siffatto rischio è destinato a crescere per effetto della perifericità della sede deputata a «creare» la moneta alternativa a quella/e avente/i corso legale, senza dimenticare gli effetti della mancanza di una cornice regolatoria che, con valenza *erga omnes*, persegua la funzione di prevenire e mitigare gli *shock*. Diventa perciò legittimo, di fronte a una nuova tecnica di pagamento si presenti, per sua natura o per contingenze, estremamente volatile (quindi, enormemente rischiosa), domandarsi se non convenga controllarne la circolazione presso il pubblico o addirittura vietarne l'impiego negli scambi fra soggetti inesperti o non qualificati; legittimo sarebbe pure propendere per l'affermativa. La questione, però, appartiene al piano della politica del diritto, e poiché il legislatore non si è astenuto dal fornire una disciplina del fenomeno criptovalutario, verrebbe da pensare che *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, con conseguente accantonamento dell'idea di attrarre nell'area dell'illecito comportamenti che non siano stati espressamente vietati, ancorché astrattamente prevedibili.

Sempre in punto di disciplina, vale la pena di ricordare che secondo la definizione offerta dal novellato art. 1, comma 2, lett. *ff*, d.lg. 21 novembre 2007, n. 231¹⁰⁹, in materia di antiriciclaggio, i «servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» riconosciuti dall'ordinamento sono quelli «funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale». Per di più, il legislatore ha precisato che tali servizi assumono rilievo (per le finalità indicate nello stesso decreto) soltanto se forniti «professionalmente», con ciò escludendo le prestazioni saltuarie e quelle tra consumatori.

Scelta certamente singolare è stata quella di non estendere *in toto* agli operatori professionali in criptovalute gli obblighi antiriciclaggio, ma soltanto in collegamento allo «svolgimento dell'attività di conversione» di valute virtuali in valute aventi corso forzoso e viceversa. Questo vuol dire che per le altre operazioni individuate dalla legge – vale a dire, l'*utilizzo* e lo *scambio* di criptomonete o per i servizi, sempre professionalmente erogati, di *conservazione* – le stesse

¹⁰⁹ Introdotta dal d.lg. 25 maggio 2017, n. 90, di recepimento della direttiva (UE) 2015/849.

precauzioni antiriciclaggio sono state ritenute superflue. Da ciò parrebbe evincersi che l'obbligo d'iscrizione all'OAM (Organismo per la gestione degli elenchi degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi), ai sensi dell'art. 128-*undecies* t.u.b., sorga soltanto nell'ipotesi in cui gli operatori agiscano in veste di «cambiavalute» (art. 17-*bis*, d.lg. 13 agosto 2010, n. 141)¹¹⁰.

9. *Riflessioni conclusive sui limiti ai prestiti sociali in criptovaluta, tra regola del rapporto e regole dell'attività*

A voler tirare le fila del discorso e rispondere al quesito riguardante la possibilità che un socio versi in favore della propria cooperativa una somma espressa in criptovaluta a titolo di prestito sociale, l'approccio, alla luce dell'approfondimento condotto, non può essere di netta chiusura. Certo, la particolare natura dell'attività – in queste pagine stipulativamente elevata al rango di interesse generale – giustifica l'apposizione di limiti originari (*i.e.* statutari) verso forme di indebitamento nei confronti dei soci che non siano sufficientemente gestibili sotto il profilo della prevedibilità dei ritorni finanziari. Qualunque valuta, quella virtuale non di meno, è soggetta a svalutazione e le parti restano libere di regolare i loro rapporti di dare e avere accettando (o impegnandosi ad accettare) in funzione di pagamento specie monetarie in divisa diversa da quella avente corso legale nello Stato¹¹¹. Per lenire l'accentuata volatilità delle monete virtuali, derivante dall'assenza di un'autorità centrale istituzionalmente preposta a perseguire obiettivi di stabilità¹¹², nulla impedisce all'autonomia statutaria di fissare, in prospettiva della restituzione delle somme depositate presso la cooperativa, clausole di indicizzazione che tutelino l'ente da fluttuazioni incontrollate del sottostante ed escludano *apertis verbis* ogni intento speculativo (al di là dell'interesse corrispettivo convenuto per il prestito).

¹¹⁰ In argomento, v. S. GALMARINI, C. SABA e I. FRISONI, *Monete virtuali e antiriciclaggio: terreni dai confini incerti*, in *dirittobancario.it*, Approfondimento dell'11 ottobre 2018.

¹¹¹ Art. 1278 c.c.

¹¹² Art. 1, comma 2, lett. *qq*, d.lg. n. 231 del 2007.

Prima osservazione: l'eventuale indicizzazione all'euro dell'obbligazione di rimborso espressa in criptovaluta ridurrebbe la scelta di fondo (di prestare somme denominate, appunto, in criptovaluta anziché direttamente in euro) a poco più che un vezzo (sorretto semmai da motivazioni ideologiche), atteso il potere rimesso al *solvens* di estinguere in ogni caso il proprio debito con moneta avente corso legale ai sensi dell'art. 1278 c.c.

Seconda osservazione: l'indicizzazione del deposito, comunque la si riguardi, sollecita l'interprete a confrontarsi con la definizione di «deposito strutturato» fornita dall'art. 1, comma 6-*decies*, t.u.f., introdotta in sede di recepimento della MIFID2. Un deposito strutturato è quello «pienamente rimborsabile alla scadenza in base a termini secondo i quali qualsiasi interesse o premio sarà rimborsato (o è a rischio) secondo una formula comprendente fattori quali: *a*) un indice o una combinazione di indici [...]; *b*) uno strumento finanziario o una combinazione di strumenti finanziari; o [...] *d*) un tasso di cambio o una combinazione di tassi di cambio». Il rischio è che un contratto di prestito sociale in criptovaluta, se indicizzato, sia qualificato in termini di strumento finanziario non già per il fatto di avere ad oggetto moneta virtuale ma, per singolare eterogenesi dei fini, proprio in conseguenza della scelta delle parti di pattuire un meccanismo di indicizzazione. Sulla scorta di un'interpretazione funzionale, però, l'indicizzazione convenzionale mirante a escludere il rischio di rimborso del deposito in criptovaluta (meglio: di contenere tale rischio entro i margini di oscillazione della moneta avente corso legale), benché astrattamente rientrante nella definizione di deposito strutturato appena riferita, si pone al di fuori di essa poiché volta, in concreto, a escludere ogni finalità speculativa aggiuntiva a quella (classica) di far conseguire al socio-prestatore-depositante una certa remunerazione.

Negativa, invece, è la risposta che si ritiene di dover dare al quesito se l'ente possa dirsi *tenuto* ad accettare versamenti in criptovalute a titolo di prestito sociale (ove lo statuto nulla preveda sul punto). È vero che le criptovalute, al pari delle monete aventi corso legale, dispongono di un autonomo, seppur fluttuante, valore di scambio¹¹³; tuttavia, tale

¹¹³ Il valore della moneta è da tempo ritenuto slegato da quello del suo (ormai eventuale) sostrato materiale. Sul punto, per tutti, v. B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, VI, Padova, 1983, p. 16 ss., le cui linee essenziali erano state già tracciate in ID., *Le*

valore risulta – almeno per il momento – assai limitato in ragione della ristrettezza dell’orizzonte dei loro possibili reimpieghi. Poiché non universalmente accettate come mezzo di pagamento, le criptovalute si portano dietro costi di transazione (e scenari finanziari) non agevolmente preventivabili dal prenditore, in ciò fondamentalemente distinguendosi dalle monete «ordinarie»¹¹⁴, rispetto alle quali il consenso dell’*accipiens* passa in ultimo piano.

funzioni giuridiche del danaro nella società contemporanea, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 694 ss.

¹¹⁴ Cfr. E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, IX, Torino, 1999, p. 524.

Il principio di separatezza patrimoniale fra *common law* e *civil law*: da *Salomon v Salomon* al *Companies Act 2006*, passando per la società italiana *nummo uno*.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La personalità giuridica nella legislazione britannica. – 3. *Salomon v. Salomon* nella tradizione del *common law*. – 4. I *dicta* in tema di *separate personality* nel *common law* (inglese e non). – 5. La legislazione britannica che consente di sollevare il velo. – 6. I *precedents* del *common law* ove è stato consentito di sollevare il velo. – 7. Convergenze e divergenze con il sistema societario italiano. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Nel prendere in mano un manuale di diritto commerciale, italiano, e soffermandosi sul concetto di autonomia patrimoniale e di personalità giuridica, si prova stupore nel constatare che, solitamente, a tale concetto giuridico è dedicata appena mezza pagina, laddove in Gran Bretagna una tale area rappresenta il cuore pulsante di un insegnamento di diritto societario, studiata in tutti i suoi aspetti, giurisprudenziali (e non può non esserlo in un ordinamento di *common law*) ma anche storici. Da una tale constatazione scaturisce il desiderio di effettuare una analisi differente dell'istituto in parola, di tipo comparatistico ma anche sociologico, al fine di valutare le possibili convergenze e divergenze fra due ordinamenti così differenti. Al tempo stesso sorge naturale una disamina degli sviluppi della legislazione in tema di società a responsabilità limitata, in particolare il fenomeno della sua anglo-americanizzazione, per cui alla s.r.l. italiana è ora concesso quanto da oltre 150 anni è consentito di fare alla *limited* britannica e dunque di costituirsi con un capitale simbolico di una sterlina. Il presente lavoro, pertanto, si atteggia non solo ad analisi dell'istituto della *separate personality* di matrice britannica¹, ma anche a disamina

¹ Nel *common law* anglo-gallese si usano, come sinonimi, i seguenti termini: *separate persona* (e si insegna nelle *Law Schools* inglesi che *persona* è usato quale derivato latino di “maschera”); *separate personality*. E’ da notare che nel diritto inglese non vi è distinzione fra autonomia patrimoniale e personalità giuridica, come invece in Italia. Sulla distinzione fra i due concetti, cfr. G. MARCHETTI, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Wolters Kluwer CEDAM, Milano, 2017, 111-

profonda dello stato dell'arte del concetto di capitale delle società, particolarmente delle *limited* britanniche e, in un mero accenno comparatistico², delle consorelle italiane, quali le s.r.l. In tal senso, il contributo giunge a conclusioni eterodosse, in quanto dimostra che il recente intervento legislativo, di allineamento del *quantum* di capitale previsto per la s.r.l. italiana a quello britannico, porterà a rivitalizzare la casistica giudiziale in cui terzi, in particolare creditori, agiscono giudizialmente al fine di veder dichiarato insussistente il diaframma fra soci e società, nell'intento di sollevarne il velo³.

235. Nel *common law* inglese (salvo le eccezioni della legge, che nel Regno Unito si chiama *statute*), l'esistenza del velo, *ergo* differente persona giuridica, implica di per se autonomia patrimoniale (P. DE GIOIA CARABELLESE, Chair of Law, Company Law, Corso di Company Law, University of Huddersfield, Anno Accademico 2017/2018). In modo simile, nel diritto societario inglese, quando i soci o la società vogliono "segregare" un diverso soggetto, per creare un diverso centro di imputazione degli interessi e di responsabilità, gli stessi creano semplicemente una diversa società. Di qui, discende la "stranezza", da un punto di osservazione della dottrina britannica che se ne è occupata, a cogliere la *ratio essendi* di forme societarie italiane relativamente recenti quali il patrimonio destinato a specifici affari. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, N. CECCHETTO, *The anatomy (or post mortem) of a peculiar legal concept in the Italian company law: the separate fund*, in *European company law*, 2013, n. 10, 45-50

² Nel presente lavoro, si fa breve riferimento al modello italiano anche al fine di accennare non senza provocazione a recenti sviluppi normativi: tuttavia, anche per esigenze di spazio ma anche di *thema decidendi*, si fa riserva di esaminarlo in una diversa sede. Storiche ed approfondite analisi in italiano sul concetto di personalità giuridica fra *common law* e *civil law*, di cui chi scrive ha preso atto dopo le lievi modifiche richieste da uno dei due revisori, si leggono in P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law"*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1964, 242 ss.; P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, Milano, 1964.

³ Come sottolineato correttamente e autorevolmente dalla dottrina italiana, non recente, che per prima si è occupata del "velo" si dovrebbe parlare o di "*lifting the corporate veil*" ovvero di un "*disregard of the legal entity*", dunque sollevare il velo ovvero ignorare lo schermo societario. P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, cit. 80. L'Autore, nel suo scritto, prende a modello ed esame il *Companies Act 1948*, dunque la disciplina societaria alla quale sono succeduti poi il *Companies Act 1985* e, da ultimo, il *Companies Act 2006*. Il presente lavoro è limitato al *common law* inglese, e scozzese, ma non è esteso a quello americano.

2. La personalità giuridica nella legislazione britannica

Nella legislazione Britannica, le società, allorché costituite, sono persone giuridiche, diverse dai propri soci e amministratori (i *directors*). La personalità giuridica delle società si riconnette alla incorporazione come fatto formale, la *incorporation*, ed è una forma di “privilegio”, *franchise*, della Corona⁴. La personalità giuridica non esisterebbe senza incorporazione. Storicamente nel *common law* inglese le società sono definite creature artificiali (“*artificial creature*”), come nel caso *Welton v Saffery*.⁵ Una volta che alla società è conferito il *certificate of incorporation* (certificato di incorporazione), “[i] sottoscrittori dell’atto costitutivo, insieme con le altre persone che di tempo in tempo possono divenire soci della società, costituiranno una persona giuridica separata”⁶, ai sensi della *sect. 16(2), Companies Act 2006*. Per effetto poi della successiva *section 16(3)*, “quell’organismo societario è legittimato ad esercitare tutte le funzioni di una società costituita.”⁷ L’unico *caveat* stabilito a livello legislativo riguarda lo scopo sociale, che deve risultare lecito (*lawful purpose*), ai sensi della *section 7(2), CA 2006*.

E’ interessante notare che nel Regno Unito è stata evitata *ab imis* la discussione della tematica circa l’applicabilità o meno della disciplina della *separate persona* alle società di persone in quanto queste ultime non sono ritenute tecnicamente società (*companies*), ma *partnerships*; per contro, tale analisi si è sviluppata in Italia in modo molto copioso,

⁴ La *charter of incorporation* veniva concessa dal Sovrano inglese quale atto che simboleggiava non solo la costituzione della società, ma anche la concessione del privilegio stesso. La *incorporation*, nella legislazione inglese, è ora il frutto di una richiesta dei soci al *Companies House*, con cui la *incorporation* che viene concessa se ricorrono i requisiti formali. Tuttavia, permane residualmente la *incorporation* per atto del monarca per alcune forme di enti collettivi, come le *charities*.

⁵[1897] AC 299.

⁶ Traduzione nostra. Dal testo di origine:

“The subscribers of the memorandum, together with such other persons as may from time to time become members of the company, shall be a body corporate [..]”

⁷ “[T]hat body corporate is capable of exercising all the functions of an *incorporated company* [..]”

anche con riferimento alle modalità di sua applicazione⁸. La disciplina delle *partnerships* non è la stessa che trova applicazione per le società; la *partnership*, nel *common law* inglese, è vista come evoluzione collettiva del lavoratore autonomo (il *sole trader*)⁹ piuttosto che come emanazione verso il basso della disciplina societaria¹⁰. Non è un caso che, anche per questa ragione, le *partnerships*, con riferimento alla loro legislazione, sono lasciate alla “discrezione” di ciascuno dei tre sistemi giuridici del Regno Unito (Inghilterra/Galles, Scozia, Nord Irlanda), mentre le vere e proprie società¹¹, quelle di capitali nella terminologia italiana, sono assoggettate ad un comune legislazione britannica¹².

Al di là di questa precisazione la società britannica, senza alcuna dubbio, ha i medesimi attributi di una persona naturale e quindi può detenere beni in nome proprio¹³. I soci non hanno alcun diretto interesse nella proprietà della società come statuito nel precedente *Macaura v Northern Assurance Co Ltd*¹⁴. La società può: contrarre in nome proprio, ed anche con i propri soci (*Salomon v Salomon & Co Ltd*)¹⁵;

⁸ *Ex plurimis*, M. CIAN (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, 2 ed, Torino, 2018, 259-283.

⁹ Il *sole trader*, molto *lato sensu*: imprenditore individuale, è nella disciplina giuslavoristica britannica quella che viene definito *independent contractor*, dunque quella figura individuale di lavoratore autonomo/imprenditore che non ha alcun vincolo di dipendenza con una impresa o con altre imprese e che presta dunque la propria attività a beneficio di clienti, non di un datore di lavoro. Si veda: S. HONEYBALL, *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law*, Oxford, 2016, 25-46; IDS, *Contract of Employment. Employment Law Handbook*, London, 2014, 21-90.

¹⁰ Per una disamina delle *partnerships* in Inghilterra e Galles, si vedano: M. BLACKETT-ORD & S. HAREN, *Partnership Law*, Haywards Heath, 2015, V edn.; G. MORSE, *Partnership and LLP Law*, Oxford, 2015, VIII ed..

Anzi, il *sole trader* è figura che nel Regno Unito appartiene, tradizionalmente, al diritto del lavoro, piuttosto che al diritto societario.

¹¹ In Gran Bretagna società sono soltanto le *limited* e le *public limited companies*, o *plc*.

¹² E' comunque da precisare che il *Companies Act 2006* è senz'altro disciplina britannica, applicabile ai tre ordinamenti, salvo talune peculiarità procedurali e terminologiche, chiaramente identificabili e precisate nel testo legislativo in parola.

¹³ P.L. DAVIES, S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, London, 2016, X ed., 35.

¹⁴ [1925] AC 619.

¹⁵ [1897] AC 22 (HL).

citare in giudizio o essere citata in giudizio in nome proprio¹⁶; commettere illeciti di tipo extracontrattuale per mano dei propri amministratori e dipendenti, i quali agiscono nell'ambito dei propri poteri; essere imputata di certi crimini, sebbene non di tutti¹⁷; esercitare diritti successori¹⁸ e, come enfatizzato nella dogmatica più recente¹⁹, esercitare certi diritti fondamentali. Infine (e forse questo è l'effetto più lampante della costituzione di una società, non solo britannica), la società offre ai propri soci una responsabilità limitata. Pertanto, i creditori sociali non possono attaccare i beni dei soci, né i creditori personali dei soci possono attaccare i beni della società; aspetti questi ultimi che costituiscono il nucleo dogmatico su cui si fonda la costituzione della società, la *limited liability*²⁰.

¹⁶ P.L. DAVIES & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 36.

¹⁷ Nella letteratura italiana, focalizzata sulla legislazione di Oltre Manica, questo aspetto è esaminato in P. DE GIOIA CARABELLESE, I.A. SAVINI, *La "231" nel Regno Unito: riflessioni comparatistiche in merito al c.d. omicidio societario (corporate manslaughter) e al corporate manslaughter and corporate homicide 2007*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti (Rivista 231)*, 2011, 111-134.

¹⁸ P.L. DAVIES, S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of Modern Company Law*, cit., 36.

¹⁹ Più recentemente, il dibattito si sviluppa particolarmente verso l'area delle responsabilità in tema di diritti fondamentali cui sono tenute le società, anche con riguardo a possibili prospettici *legal frameworks* transnazionali. Cfr C. GILFEDDER, *Time to step pp to human rights responsibilities*, in *Construction law*, 2018, 10, 27-29.

Si veda anche C. HACKETT, C. O'KELLY, C. PATTON & L. MOFFETT, *Rights trumping responsibilities: the implications of Jesner v Arab Bank plc for recovery by foreign claimants against foreign corporations for human rights violations*, in *Commercial law practitioner*, 2019, 26, 8-13.

²⁰ Viene sottolineata l'assolutezza del principio in parola (P.L. DAVIES & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 32): "[...] in the absence of express provisions to the contrary, the members will be completely free from any personal liability for the company's debts. The rule of non-liability also applies to obligations other than debts: the company is liable and not the member."

3. *Salomon v Salomon nella tradizione del common law*

Il *leading case* sulla personalità separata della società nel *common law* inglese è il caso *Salomon v Salomon & Co Ltd*²¹. In questo caso, il principale sottoscrittore fu in grado di asserire un credito prioritario nella liquidazione della società e fu in grado di persuadere la corte che i diritti degli altri creditori dovevano essere subordinati al proprio, basandosi sul fatto che deteneva anche una obbligazione di rango prioritario. La società fu considerata quale entità totalmente separata dal medesimo Mr Salomon.

La narrativa del caso merita di essere ricordata, considerata la portata paradigmatica di questo precedente, quale sorta di principio “costituzionale” dell’ordinamento societario britannico.²² Mr Salomon possedeva un business individuale, quale *sole trader*, una sorta di imprenditore individuale. Produceva stivali per l’esercito sulla base di un contratto con il governo britannico. Decise a un certo punto di “limitare” la propria personalità (e dunque responsabilità patrimoniale) e di costituire una società denominata per l’appunto, *Salomon & Company Ltd*. Mr Salomon sottoscrisse di fatto tutte le sette azioni della società, anche se una soltanto fu attribuita a lui, mentre le altre furono attribuite a sua moglie e a ciascuno dei suoi cinque figli. La sottoscrizione da parte di altre persone era dovuta al fatto che, ai sensi dell’allora vigente *Companies Act 1862*, la società dovesse avere un numero minimo di almeno 7 membri, anche se, in modo alquanto flessibile, il vero e proprio promotore poteva essere uno solo (in questo caso Mr Salomon) e gli altri erano *nominees*, dunque una sorta di fiduciari.

Immediatamente dopo la costituzione Salomon trasferì l’azienda di cui era titolare quale imprenditore individuale alla società. Per effetto di tale trasferimento, Mr Salomon ricevette 20.000 azioni della sua società, quale pagamento parziale, mentre il saldo fu assicurato attraverso la costituzione di un *floating charge* gravante sugli attivi societari, “pignorabili” alla data della esecuzione²³. Ai sensi della

²¹ [1897] AC 22 (HL).

²² J. BIRDS, A.J. BOYLE, B. CLARK, G. MACCORMACK, M. SOLINAS, M.R. VARNEY, C. VILLERS, *Boyle & Birds’ Company law*, Bristol, 2014, 54 ss.

²³ D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on company law*, Oxford, 2018, XXXV ed., 289. Nel *floating charge*, la garanzia può essere costituita solo dalla società di

disciplina societaria, tanto di quella all'epoca dei fatti quanto di quella attuale, in caso di fallimento della società il titolare del *floating charge* ha titolo ad una priorità sugli altri creditori. A render il quadro complessivo più intrigante, Mr Salomon era l'unico amministratore della società ed anche l'unico dipendente. Dopo la costituzione della società e la realizzazione del complesso di operazioni sopra descritte, la società fu dichiarata insolvente, a seguito della decisione del governo britannico - che fino ad allora aveva concesso praticamente in esclusiva a Mr Salomon la manifattura di stivali per l'esercito - di diversificare il numero ed il nominativo dei fornitori. Il liquidatore nominato sollevò subito dubbi circa la validità degli accordi sopra descritti, in quanto la loro portata era tale per cui i creditori non garantiti venivano a trovarsi, per effetto della liquidazione, nella situazione di essere pagati dopo Mr Salomon, stante il *floating charge* che, abbastanza generosamente, la sua stessa società gli aveva concesso.

Sebbene la Corte in prima istanza abbia dato ragione ai creditori, sulla base di una interpretazione estensiva del concetto di incorporazione, decisione confermata anche dalla Corte di Appello, la *House of Lords* statuì da ultimo ed in forma definitiva che Mr Salomon aveva ragione. In primo luogo, i giudici del più alto grado della giurisdizione civile del Regno Unito ritennero che l'interpretazione della legge allora vigente dovesse essere letterale: la presenza di sette soci di per sé era sufficiente a considerare la compagine sociale corrispondente al minimo richiesto dalla legge in vigore; i motivi che

capitali e dunque non può essere costituita da un individuo nè da una *partnership*. Inoltre, il vincolo, di cui alla garanzia, afferisce gli attivi della società, quali ad esempio macchinari, impianti (di natura mobile), strumenti, esistenti alla data di esecuzione della garanzia. E' *floating* perchè non insiste su di uno specifico bene, ma su quelli esistenti alla data in cui il *floating charge* si cristallizza. Questa data è più precisamente quella in cui la società non adempie una obbligazione contrattuale. Pertanto, il *chargee*, il creditore beneficiario della garanzia, chiederà la nomina di un amministratore, *administrative receiver* o *receiver* (dunque figure fiduciarie, incaricate di escutere il credito) e con tale nomina il *floating charge* si cristallizzerà sugli attivi esistenti a quella data.

Il carattere flottante di questa garanzia è confermato da una serie di *dicta*. Ad esempio, in *SAW (SW) 2010 Ltd v Wilson* 2017 EWCA Civ. fu statuito che una società può costituire un *floating charge* anche alla data in cui non ha attivi. In tal caso la banca beneficiaria del *floating charge* avrà comunque una pretesa su quei beni che la società debitrice verrà verosimilmente a comprare - e dunque a detenere - con il prestito ricevuto dalla Banca medesima.

avevano portato Mr Salomon a creare questo tipo di struttura erano irrilevanti, come sottolineato da uno dei giudici, Lord Halsbury LC,²⁴ essendo lo scopo fraudolento l'unico limite al legittimo uso del velo societario. La *House of Lords* rigettò anche l'obiezione dei creditori attori che la società era stata costituita meramente quale agent dell'imprenditore individuale e cioè di Mr Salomon. In tal senso le parole di uno dei giudici, Lord Herschell sono molto chiare:

*“[...] una società può in ogni caso essere ritenuta esercitare affari per ed al posto dei suoi azionisti; ma questo certamente non dà adito in punto di diritto alla relazione di principal [mandante] e agent [mandatario] fra i medesimi o rendere gli azionisti responsabili di indennizzare la società contro i debiti nei quali incorre.”*²⁵

(traduzione nostra)

Il principio di *Salomon v Salomon* di *separate personality* è stato rafforzato e delimitato successivamente, anche se in contesti diversi. *Macaura v Northern Assurance Company*²⁶ ne è l'esempio più lampante. Macaura era proprietaria di un vasto quantitativo di legname in Irlanda. In cambio di 40.000 azioni di una sterlina ciascuna, conferì tutto il legname ad una società canadese, costituita ad hoc, diventandone quindi unico azionista. Prima della vendita, Macaura aveva assicurato il legname con una compagnia. Quando il legname era già passato nella proprietà della costituita società canadese, IC Saw Mills Limited, si verificò un incendio che distrusse il legname. Macaura chiese il pagamento dell'indennizzo alla compagnia di assicurazione che rigettò la richiesta. La corte, adita nel frattempo da Macaura, confermò che nulla era dovuto, in quanto l'attore non aveva un interesse assicurabile nella società, dato che proprietario del bene assicurato era, formalmente un altro soggetto, la società canadese, sebbene di fatto quest'ultima società fosse riconducibile a Macaura (come sottolineato, Macaura ne era l'unico socio). Quindi il velo, anche in questo caso, impediva alcuna forma di confusione fra i due soggetti, anche se da un

²⁴“I motivi di coloro che hanno preso parte alla costituzione della società sono assolutamente irrilevanti nel discutere cosa sono questi diritti e obbligazioni” (traduzione nostra). Cfr *Salomon v Salomon* [1870] AC 22 al paragrafo 30-1.

²⁵*Ibid* a paragrafo 43.

²⁶ [1925] AC 619. Il caso è irlandese, in un periodo in cui quella che sarebbe diventata poi Repubblica d'Irlanda era ancora parte del Regno Unito.

punto di vista pratico le due entità, data la totale cointeressenza, potevano essere ritenute *de facto* lo stesso soggetto.

Nella dottrina britannica si sottolinea molto acutamente²⁷ che i casi giudiziali ove si tenta di sollevare il velo vanno distinti in quelli in cui la corte viene chiamata ad applicare le previsioni degli statuti societari (piuttosto che le norme legislative) da quelli in cui il velo è sollevato sulla scorta dei principi di *common law*.

Il concetto di *separate legal personality* consente alle società di organizzare affari in gruppi, per il tramite di società finanziarie (*holding*) e società controllate (*subsidiary companies*). Le società multinazionali possono avere *subsidiaries* incorporate sulla base delle leggi locali.

4. *I dicta in tema di separate personality nel common law (inglese e non)*

Le società britanniche, incluse le *limited liability companies* (dunque una sorta di s.r.l.), sono modelli facilmente disponibili oggi per chiunque voglia utilizzarle. Tuttavia, il concetto può essere abusato. Ad esempio, è possibile organizzare un gruppo con società controllate (*subsidiaries*) sottocapitalizzate. Se la *subsidiary* va in liquidazione, non c'è normalmente alcuna responsabilità in capo alla *parent company* di pagare i debiti della *subsidiary* insolvente. In altri casi le persone costituiscono una società al fine di perpetrare una frode, usando la società quale copertura, o al fine di non adempiere obbligazioni contrattuali, o per nascondere attivi.

In tali casi è possibile o in forza della legge o sulla base di regole giurisprudenziali sollevare il velo della *separate persona*, poiché si ritiene che quella organizzazione societaria non meriti di godere dello schermo della personalità giuridica. In Gran Bretagna, ciò può avvenire o per legge o mercé le norme che sono state elaborate dalla giurisprudenza (*precedents*). Queste ultime eccezioni, di tipo giurisprudenziale, sono passate al dettaglio nell'ambito del Paragrafo 6 di cui sotto. Le stesse sono sempre più limitate, anche perché

²⁷ P.L. DAVIES & A.S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 198.

nell'ultimo decennio si assiste in Gran Bretagna ad “un rigurgito formalistico”, dunque una tendenza a negare che il velo può essere sollevato, anche nei casi più macroscopici in cui ciò comporta una sorta di ingiustizia. In aggiunta alle previsioni del *common law*, vi sono anche specifici precetti normativi i quali consentono di ignorare la *separate personality*. Questi sono previsti nel successivo Paragrafo 5.

5. La legislazione britannica che consente di sollevare il velo

Vi sono previsioni legislative che derogano al principio tradizionale della separazione patrimoniale, spesso al fine di rendere qualcuno (una persona fisica come il socio ma non necessariamente) responsabile dei debiti della società nei casi in cui la persona giudica non abbia osservato specifiche regole di ordine pubblico. A tale ultimo riguardo, è stato statuito che le parole della legge devono essere non ambigue, in quanto la regola è chiara: il velo in principio non deve essere sollevato²⁸.

La relativa casistica è molto definita. *In primis*, la *section 761, CA 2006* contempla il caso ove una società svolge pubblicamente negoziazioni senza l'apposito certificato emesso dalla *Companies House (trading certificate)*. La stessa disposizione legislativa (*section 761*) prescrive poi che una società pubblica (dunque una *plc*) non possa fare operazioni, incluso chiedere a prestito soldi, a meno che non abbia osservato i requisiti minimi di capitale. Siccome in tali circostanze il potere di operare o prendere a prestito soldi è negato ed è riguardato dal legislatore di Westminster come un requisito fondamentale del diritto societario, non è una sorpresa che la legge faccia discendere da tale situazione una responsabilità personale degli amministratori, per i danni cagionati a parti terze che hanno contratto obbligazioni in violazione di tale divieto²⁹.

In aggiunta a ciò, la *section 213, Insolvency Act 1986*, fa riferimento alla negoziazione fraudolenta (*fraudulent trading*), che ricorre allorché una persona, non necessariamente socio, scientemente svolga una attività della società con l'intento di frodare i creditori o per ogni qualsivoglia intento fraudolento. La *section 214, Insolvency Act 1986*

²⁸ *Dimbleby & Sons Ltd v National Union of Journalists* [1984] 1 WLR 427.

²⁹ D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on company law*, cit., 112.

(*wrongful trading*) è il riflesso, *mutatis mutandis*, della stessa previsione di cui alla *section 213*, sebbene applicata agli amministratori. Tale previsione legislativa, la quale di fatto sanziona l'attività degli amministratori ombra (o *shadow directors*) potrebbe rendere teoricamente responsabile la società capogruppo per l'illecita negoziazione da parte della controllata. Da ultimo, la ulteriore disposizione di cui alla *section 216, IA 1986*, impedisce agli amministratori di una società dissolta di riusare il nome della vecchia società per una nuova società nei cinque anni dallo scioglimento senza approvazione della corte, pena la responsabilità illimitata degli amministratori che abbiano provveduto in tal senso³⁰.

6. *I precedents del common law ove è stato consentito di sollevare il velo*

Occasionalmente le corti inglesi hanno sollevato il velo della personalità giuridica separata, ma con sempre maggiore cautela in quanto si ritiene che un tale *modus operandi* possa arrecare una sorta di disturbo al generale principio che le società sono entità autonome. Vi sono poi chiari segnali che le corti, ora più che nel passato, sono diversamente orientate nelle proprie decisioni; tuttavia, le risultanze sul punto non sono del tutto coerenti. Vero è che l'approccio moderno, molto "reazionario", è inferibile da una serie di casi: *Adams v Cape Industries plc*³¹; *Yukong Line Ltd v Rendsberg Investment Corporation*³².

³⁰ Nella dottrina inglese si parla in proposito di Phoenix Companies. La tematica del "*Phoenix*" è fondamentalmente la continuazione di una società fallita da parte di coloro che sono responsabili di quel fallimento e che a tal fine usano il veicolo di una nuova società. La nuova società opera per lo più con la denominazione sociale o con una simile della vecchia società, di cui acquisisce gli attivi, spesso ad un prezzo inferiore a quello effettivo, l'avviamento e le opportunità di affari. Nel frattempo, i creditori della vecchia società sono lasciati alla triste verità di dover promuovere domande di insinuazione al passivo nei confronti di entità prive di valore, con il *management* che pertanto nasconde argutamente al pubblico il fallimento della precedente società ma anche la propria incapacità a gestirla. Si veda P.L. DAVIES & S.A. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 222.

³¹ [1990] Ch 433.

³² [1998] 1 WLR 294.

Vi è stato anche un tentativo di categorizzare le decisioni delle corti anglo-gallesi sulla base della tipologia di decisioni in cui il velo è stato sollevato. Come tipico di ogni classificazione, una tale teorizzazione è lungi dall'essere perfetta ma è tuttavia indicativa, come di seguito evidenziato.

(A) In tempo di guerra, al fine di stabilire se l'impresa è nemico della nazione. Una eccezione di questo tipo fu sancita nel corso della Prima guerra mondiale nel caso *Daimler v Continental Tyre and Rubber Co Ltd*³³. E' da notare che in questo caso la corte tenne in considerazione la circostanza che era possibile per un individuo essere un nemico anche se era residente nel territorio britannico. Sebbene la società fosse britannica, dunque totalmente separata da un punto di vista formale dai suoi soci, il fatto che il socio unico fosse tedesco e contro la sua nazione vi fosse una conclamata e formalmente dichiarata belligeranza, rendeva necessario rimuovere il velo per stabilire che quella società era solo formalmente britannica ma di fatto era invece tedesca.

(B) L'uso di una società è un paravento ('*cloak or sham*') al fine di eludere le obbligazioni contrattuali di un'altra persona.

Un tale argomento fu vincente nel caso *Gilford Motor Co Ltd v Horne*³⁴, ma anche in *Jones v Lipman*³⁵. Tuttavia, in *Creasey v Breachwood Motors*³⁶, la corte sollevò il velo societario in circostanze nelle quali il denaro era stato distratto solo limitatamente ad una società che pre-esisteva alla disputa fra le parti e non anche con riferimento ad una società di comodo costituita per l'occasione. Eppure, in circostanze simili, in *Ord v Belhaven Pubs Ltd*³⁷, la corte di appello rifiutò di sollevare il velo ed in modo perentorio rigettò il principio di "*Creasey*". In entrambi i casi gli attori erano creditori involontari, una categoria che potrebbe meritare una protezione maggiore degli altri creditori che, ad esempio, possano contrarre assistiti da garanzie reali (*securities*) o personali (*guarantees*).

(C) L'uso di una società quale facciata al fine di nascondere i fatti veri, o di perpetrare una frode o nascondere denaro.

³³ [1916] 2 AC 307 (HL).

³⁴ [1933] Ch 935.

³⁵ [1962] 1 WLR 832.

³⁶ [1993] BCLC 480.

³⁷ [1998] 2 BCLC 447.

Vi sono *dicta* emessi da corti inglesi che sono proclivi a sollevare il velo se la società è stata costituita con l'intenzione di essere una facciata piuttosto che una vera e propria società, e per di più utilizzata per scopi oscuri. Nel caso *Adams v Cape Industries plc* vi fu menzione del fatto che il motivo sottostante era rilevante. In *Trustor AB v Smallbone*³⁸, l'amministratore delegato di una società autorizzò il pagamento di una cospicua somma in favore di altra società da lui controllata. La corte sollevò il velo e statuí che l'amministratore era personalmente responsabile della restituzione del denaro alla società da lui amministrata. In *R v K*³⁹, un caso di natura penale, la corte sollevò il velo al fine di emettere un ordine restrittivo (*restraint order*), ai sensi del *Proceeds of Crime Act 2002*, nei confronti di quattro società controllate da due individui che non erano amministratori della società, ma che, come statuito dalla corte, l'avevano usata a proprio piacimento ('*withoutlet or hindrance*').

In *Ben Hashem v Ali Shayif*⁴⁰, una coppia di coniugi si separò e la moglie cercò un accordo finanziario a margine del divorzio. Il marito era socio di una società di famiglia insieme ai figli avuti da un precedente matrimonio. La società asserì con forza che la stessa era titolare, in modo genuino, di due proprietà, mentre la ex moglie oppose che la titolarità di tali beni era per conto del marito, dunque *in trust*. La ex moglie pertanto cercò di dimostrare che la società era mero *alter ego* del marito e che dunque la corte doveva sollevare il velo. Tuttavia la corte statuí che, alla luce delle prove acquisite, la società era realmente proprietaria dei beni e che il marito era un socio. Pertanto, nel rivedere il principio della *separate personality*, la corte rifiutò di sollevare il velo. I giudici in tal caso enfatizzarono che è importante dimostrare la *impropriety* (l'illecito) prima che il velo sia sollevato e anche il fatto che il marito (o in generale il familiare in termini di principio) aveva il controllo della società. In questo caso infatti, il marito aveva una partecipazione del 30% delle azioni e la società aveva amministratori non appartenenti alla famiglia.

(D) Agenzia: In alcuni casi, una società è stata ritenuta mero agente di un altro soggetto (*agency relationship*). Per vero, tale tesi accusatoria

³⁸ [2001] 1 WLR 1177.

³⁹ [2006] BCC 362.

⁴⁰ [2008] EWHC 2380 (Fam).

fu sostenuta senza successo in *Salomon v Salomon & Co Ltd*, dai creditori chirografari contro il credito di Ms Salomon, unico amministratore e di fatto unico socio, credito che invece era privilegiato. Per contro, ebbe successo in *Firestone Tyre and Rubber Co Ltd v Llewelin*⁴¹, ove la società madre americana fu ritenuta, a fini fiscali, la vera società laddove la società controllata, presente nel Regno Unito, era mero agente. Su tale concetto di rapporto di agenzia, nel caso *Beckett Investment Management Group Ltd v Hall*⁴², fu applicato un criterio di interpretazione del concetto di *separate personalità* basato sul buon senso. Prima ancora, nel caso *Smith Stone & Knight Ltd v Birmingham Corporation*⁴³, l'esistenza di un mero rapporto di agenzia fra casa madre e controllata era stata sufficiente a sollevare il velo. In questo caso, una società costituì un'altra, al fine di esercitare una attività di impresa. La holding company controllava al cento per cento la controllata. L'autorità locale acquisì in modo coattivo le aree presso cui la controllata operava. La società controllante esercitò una azione di compensazione presso il *Council*⁴⁴ per la evizione di cui aveva sofferto la controllata. Teoricamente, poichè la società controllante era soggetto diverso da quello (la controllata) che era stata evitta, la stessa non avrebbe potuto promuovere tale richiesta risarcitoria. Tuttavia, fu statuito che, siccome la controllata era mero agent, la separatezza patrimoniale non aveva qui ragione di esistere⁴⁵.

(E) Entità economica. Normalmente, la legge tratta il gruppo di società come se ogni società fosse dotata di personalità giuridica separata. Tuttavia, in rare occasioni, un gruppo di società è stato ritenuto entità singola in quanto, ad esempio, il gruppo era stato

⁴¹ [1957] 1 WLR 464. Nella dottrina italiana il caso “Firestone” è commentato da P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*, 109-110.

⁴² [2007] ICR 1539.

⁴³ [1939] 4 All ER116.

⁴⁴ Una entità locale in Gran Bretagna la quale, *mutatis mutandis*, può essere assimilata ad un comune/provincia.

⁴⁵ Le parole di Atkinson J (*Smith Stone & Knight Ltd v Birmingham Corporation*, *ibid.* al paragrafo 120) sono paradigmatiche in proposito:

“[...] It is also well settled that there may be such an arrangement between the shareholders and a company as will constitute the company the shareholders' agent for the purpose of carrying on the business and make the business the business of the shareholders. [...]”.

costituito solo al fine di assicurarsi il beneficio di una specifica legislazione⁴⁶. E' stato il caso di *DHN Food Distributors Ltd v Tower Hamlets London Borough Council*⁴⁷. Tuttavia, in Scozia, in uno scenario simile, la *House of Lords* non ha seguito tale ragionamento: *Woolfson v Strathclyde Regional Council*⁴⁸. Probabilmente, nel caso scozzese in questione, la differente decisione finale è stata determinata dalla considerazione che le società non erano nemmeno costituite sotto forma di gruppo.

(F) Ove il socio di maggioranza di una società reclama essere dipendente della società medesima.

In alcuni casi i tribunali del lavoro britannici (*employment tribunal*) hanno dovuto accertare se una persona sia o meno un dipendente ai sensi dell'*Employment Rights Act 1996*. L'accertamento si rende necessario soprattutto in relazione al calcolo della somma che il dipendente (e solo il dipendente) deve ricevere in caso di licenziamento economico ovvero di ingiusto licenziamento. Ove la persona sia il socio di maggioranza della società e vi lavora, ma non ha un contratto scritto di lavoro, la corte deve esaminare tutte le prove. Differenti tribunali del lavoro (*Employment Tribunal*) e i tribunali di appello del lavoro (*Employment Appeal Tribunal*) sono pervenuti più recentemente a conclusioni sicure. In *Secretary of State for Business Enterprise and Regulatory Reform v Neufeld*⁴⁹, le corti britanniche hanno statuito che un azionista, che partecipa al capitale della società nella misura del cento per cento, può validamente stipulare un contratto di lavoro con la società medesima, anche se è difficile negare che quella stessa persona è anche, *de facto*, datore di lavoro. In altre parole l'elemento del controllo, che caratterizza per definizione la relazione fra datore di lavoro e lavoratore, viene a mancare⁵⁰. In passato tuttavia le controversie, ove tali conclusioni sono state accettate, sono state più sofferte. Si veda il caso di *Lee v Lee's Air Farming Ltd*. Mr Lee aveva costituito una società nella quale era unico socio, ed era anche

⁴⁶ La società controllata viene costituita all'estero non per operare realmente, ma appunto per beneficiare di vantaggi legislativi.

⁴⁷ [1976] 1 WLR 852.

⁴⁸ 1978 SC (HL) 90.

⁴⁹ [2009] 3 All ER 790.

⁵⁰ P.L. GOWER & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, London, 2016, 200.

l'amministratore delegato, definito in modo atipico "governing director". Gli fu dato un rapporto di lavoro da pilota. Ai sensi dello statuto sociale, la società doveva assicurare i piloti al fine del pagamento di un indennizzo di cui al *Workmen' Compensation Act*; la società vi provvede regolarmente. Mr Lee però in un incidente aereo e la vedova chiese il pagamento dell'indennizzo assicurativo. L'assicurazione rifiutò il pagamento, sostenendo che l'assicurato non poteva essere definito lavoratore. Nel relativo giudizio, la domanda giudiziale della vedova fu rigettata con la motivazione che Mr Lee non poteva essere considerato *worker*. Tuttavia, il *Privy Council*⁵¹ addivenne alla conclusione che, grazie al velo della *separate personality*, Mr Lee poteva essere, per certi versi "in barba" ai principi giuslavoristici del *common law*⁵², sia padrone che dipendente di se stesso, ergo il rapporto di lavoro sussisteva, come pure il diritto della vedova a farsi pagare dalla recalcitrante compagnia di assicurazione.

(G) Quando giustizia domanda

⁵¹ E' noto che, più recentemente e dopo una lunga evoluzione storica, il *Privy Council* rappresenta l'organo giudiziale più elevato per controversie di giurisdizioni relative a: (a) Paesi indipendenti e tuttavia facenti parte del *Commonwealth*, (b) *dominions* della Corona britannica, territori di oltre mare, (c) colonie britanniche e, da ultimo, (d) Protettorati britannici. In tali casi il *Privy Council* svolge funzioni di giudici di appello, e solitamente di grado più elevato. Il *Privy Council* svolge anche altre funzioni: consultive a beneficio degli organi esecutivi, sotto forma di *Order of Council*. Si vedano: S.H. BAILEY, J.P.L. CHING & N.W. TAYLOR, *Smith, Bailey & Gunn. The Modern English legal system*, London, 2007, V ed., 124-127; R. WARD & A. AKHTAR, *Walker's & Walker's English legal system*, Oxford, 2011, XI ed., 276.

⁵² Nella letteratura italiana, sono lumeggiate in una serie di scritti le caratteristiche al ricorrere delle quali l'individuo può essere considerato *employee* (dipendente) ovvero *independent contractor* (lavoratore autonomo) ovvero *worker* (categoria *intermedia*). Questi è una sorta di lavoratore autonomo il quale tuttavia gode di una serie di garanzie, incluse quelle in tema di discriminazione, ad esclusione del diritto fondamentale ad essere riassunto nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo. Si veda P. DE GIOIA CARABELLESE & A. SANGIORGIO, *Il Lavoratore subordinato con azioni ma liberamente licenziabile: la nuova figura dell'employee shareholder in Gran Bretagna*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, 319,334 e nella dottrina in lingua inglese: S. DEAKIN & G.S. MORRIS, *Labour law*, Oxford and Portland (USA), 2012, VI ed., 145-171; I. SMITH, A. BAKER & O. WARNOCK, *Smith & Wood's employment law*, Oxford, 2015, XIII ed., 41-86; P. DE GIOIA CARABELLESE, *The Employee Shareholder: the Unbearable Lightness of Being an Employee in Britain*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2015, 81-95.

In passato, sulla scorta della motivazione in questione, il velo è stato sollevato in alcuni casi come in quello “*Re a Company*”⁵³ e forse, teoricamente, questa rappresenterebbe la ragione più credibile per cui, al momento, un giudice può concedere tale eccezione. Tuttavia, se ciò è vero teoricamente, più empiricamente appaiono difficili azioni giudiziali basate su tale argomento.

Ad esempio, è stato categoricamente statuito in *Adams v Cape Industries plc*⁵⁴ che tale categoria concettuale non è più valida quale eccezione. “Adams” - va evidenziato - rappresenta anche la più significativa decisione, in tempi moderni, in tema di “velo”. In tale controversia, lo scopo della azione dei creditori era di “circonvenire” la separazione patrimoniale di una *subsidiary* (sotto-patrimonializzata e dunque di fatto non citabile in giudizio), al fine di invocare la responsabilità della capogruppo a beneficio di soggetti che erano stati contaminati dall’attività nociva della controllata stessa (*subsidiary* e *parent company* erano in due giurisdizioni diverse). Chiamata la Corte a rispondere se la capogruppo in Gran Bretagna potesse rispondere dei danni cagionati a terzi dalla società controllata americana, e dovendo decidere se la capogruppo inglese fosse “presente” negli USA, attraverso una propria struttura, la risposta dei giudici fu negativa. Stante l’assenza di una vera e propria struttura operativa della casa madre negli USA, il “velo” esistente fra controllante e controllata impedì che la capogruppo inglese potesse essere chiamata in giudizio⁵⁵.

In “*Re a Company*”, gli attivi erano stati trasferiti a una rete di 80 società collegate e trusts, sicché era di fatto impossibile tracciarle. Una ingiunzione (*freezing order*), fu concessa, il cui effetto era di evitare che gli stessi potessero scomparire dal Regno Unito. “*Re a Company*” tuttavia appare più una eccezione alla regola, piuttosto che una regola consolidata. In altre parole, la rimozione del velo nell’interesse della giustizia potrebbe essere giustificata nel caso di ordini che mirino a prevenire operazioni societarie di tipo temporaneo, mentre sarebbe del tutto ingiustificata quale principio generale relativo ad un caso definitivo e permanente di trasferimento dei attivi.

⁵³ [1985] BCLC 333.

⁵⁴ [1990] 1 Ch 433.

⁵⁵ P.L. GOWER & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, London, 2016, 201.

Gli sviluppi più recenti, dopo “Adams”, non sono numerosi. Si può affermare che allo stato attuale lo “*sham*”, dunque il limitato caso in cui venga dimostrato che la società era stata costituita esclusivamente per mera facciata ed a scopo di elusione, rappresenta l’unico che potrebbe essere ammesso dalle Corti britanniche. Il caso più recente che deve essere analizzato, in cui l’attore ha tentato di sollevare il velo, è quello di *Petrodel Resources Ltd v Prest*⁵⁶. La controversia è anche relativa a coniugi, che nello specifico avevano divorziato. In primo grado al marito fu ordinato di pagare un assegno di divorzio di £ 17,5 milioni, in quanto unico azionista di una società, *Petrodel Resources Ltd*. La società era proprietaria di sette complessi residenziali e la Corte di primo grado giustificò questo cospicuo assegno avendo presente che, ai sensi della *section 24(1)(a), Matrimonial Causes Act 1973*, la Corte, nel concedere un provvedimento di divorzio, può emettere un ordine in base al quale una delle due parti deve trasferire all’altra “*le proprietà così come specificate, essendo le proprietà quelle cui la parte ha diritto, o a titolo di possesso o di restituzione*” (traduzione nostra).

In altre parole, la Corte, nel calcolare l’assegno, considerò i beni della società di cui il marito era meramente azionista come in realtà appartenenti al marito medesimo, quale persona fisica, come se il “velo” in realtà non vi fosse⁵⁷. Alla luce di ciò, dato il generale principio che caratterizza i divorzi nel *common law* (divisione dei beni a metà, senza che abbia rilevanza la natura personale o comune degli stessi)⁵⁸, al marito doveva essere imposto un assegno che comprendesse anche la metà dei beni della società, in quanto di fatto il velo non esisteva e il marito ne era virtualmente il proprietario. Tuttavia la Corte di Appello⁵⁹, che fu adita dal marito, così sfortunato in primo grado, statuì, nel seguire rigorosamente sia “Salomon” che “Macaura”, che gli azionisti non avevano alcun titolo agli attivi della società, essendovi infatti il

⁵⁶ [2013] UKSC 34.

⁵⁷ Commenti su “Petrodel” si leggono in: B. HANNIGAN, *Weeded to Salomon: evasion, concealment and confusion on piercing the veil of one-man company*, in *Irish Jurist*, 2013, 11-39; C. KINSKY, *Piercing the corporate veil (Case Comment)*, in *PCB*, 2015, 44-55.

⁵⁸ Si vedano in proposito, a livello di manualistica con “lignaggio dottrinale”: S. HARRIS-SHORT, J. MILES & R. GEORGE, *Family law. Text, cases, and materials*, Oxford, III ed., 443-537; J. MASSON, R. BAILEY-HARRIS & R. PROBERT, *Principles of family law*, London, 2008, VIII ed., 325-439.

⁵⁹ [2012] EWCA 1395.

“velo” fra i soci e la società medesima. Non vi era dunque nessuna ragione per sollevare il velo, e pertanto la decisione di primo grado doveva essere confermata⁶⁰. Questo principio fu confermato anche in ultimo grado, dinanzi alla United Kingdom Supreme Court, la quale statuì che la previsione legislativa del *Matrimonial Causes Act* non conferisce uno specifico potere di derogare al principio del velo societario nei casi matrimoniali: *ergo*, nessuna eccezione alla regola, il principio del “*velo societario*” permane. Nel rivedere i casi in cui il velo era stato specificamente sollevato, la Corte arrivò alla conclusione che i concetti di facciata (*facade*) o truffa (*sham*) non erano assolutamente di aiuto. I parametri che furono usati dai giudici, nel caso “Petrodel”, al fine della decisione, furono quelli di occultamento (*concealment*) o evasione (*evasion*). Nel primo, in cui il tema del velo non ha rilevanza alcuna, si procede ad individuare, dietro la società facciata, i soci e la rilevanza della loro identità. Nel secondo (principio

⁶⁰ Per più ampi commenti su “*Petrodel*”, si veda la sterminata letteratura, più precisamente:

A. RICARDO SPOTORNO, *Piercing the corporate veil in the UK: the never-ending mess*, in *Business law review*, 2018, 102-109; B. MAMUTSE, *Refining the approach to small business liability for environmental damage*, in *Environmental Liability*, 2017, 53-61; G. ALLAN, *To Pierce or not to pierce? A doctrinal reappraisal of judicial responses to improper exploitation of the corporate form*, in *Journal of Business Law*, 2018, 559-583; G. ALLAN & S. GRIFFIN, *Corporate personality: utilising trust law to invoke the application of the concealment principle*, in *Legal Studies*, 2018, 79-102; S.H.C. LO, *Piercing of the corporate veil for evasion of tort obligations*, in *Common Law World Review*, 2017, 42-60; G. ALLAN, *The corporate veil and the rise of alter ego companies*, in *Company Law Newsletter*, 2017, 1-4; J.S. LIPTRAP, *A world without prest in criminal confiscation proceedings? R. v Powell and Westwood*, in *Company Lawyer*, 2017, 382-385; C.K.Y. WONG, *Has Petrodel v Prest further limited the instances in which Courts will pierce the corporate veil?*, in *Company lawyer*, 2017, 158-159; A. SCHALL, *The new law of piercing the corporate veil in the UK*, *European company and financial law review*, 2016, 549-574; J. WEBB & A. BARKER, *Variation of nuptial settlements in financial remedies: Part II: the process of variation*, in *Family Law*, 2017, 47, 1107-1111; E.C. MUJIH, *Piercing the Corporate Veil: where is the reverse gear?*, in *Law quarterly review*, 2017, 133, 322-337; D. BLOOM, *Piercing the corporate veil in confiscation proceedings*, in *Solicitors Journal*, 2017, 30-31; D. MCAULEY, *Hide and seek: trusts in ancillary relief - a tale of judicial encouragement, shams and peeking under the veil*, in *Child & family law update*, 2016, 11-15; E.C. MUJIH, *Piercing the corporate veil as a remedy of last resort after Prest v Petrodel resources Ltd: inching towards abolition?*, *Company Lawyer*, 2016, 37, 39-50; E. LIM, *Salomon Reigns*, in *Law quarterly review*, 2013, 480,485.

di evasione), la corte può ignorare ovvero rimuovere il velo societario se riscontra che vi è un diritto legale contro la persona che controlla la società e che tale diritto esiste indipendentemente dalla costituzione e/o coinvolgimento della società ovvero, *a fortiori*, prima della sua stessa costituzione. Pertanto, la società è stata interposta al solo fine di consentire alla personalità separata della società di inficiare il diritto o di impedire l'esercizio dello stesso⁶¹.

Malgrado l'esistenza di tali eccezioni, nel caso "Petrodel" la Corte statuì che non si poteva affermare che il velo doveva essere rimosso e, dunque, costringere la società partecipata dal socio unico a "rigurgitare" i beni a beneficio della moglie del socio, per effetto del divorzio. Peraltro, una tale tendenza, molto refrattaria a sollevare il "velo", sembra essere confermata da più recente caso, *Antonio Gramsci Shipping Corporation v Lembergs*⁶², in cui uno dei giudici, Beatson LJ, ha previsto che, per effetto di Petrodel, non ci sarà alcuno sviluppo ulteriore della teoria del velo, ed in particolare della teoretica delle eccezioni allo stesso⁶³. E' da notare che, nello stesso *dictum* Lord Mance e Lord Clarke, gli altri due giudici, suggeriscono, ma in modo più vago, che vi potrebbero essere eccezioni al principio di "Salomon". Tuttavia,

⁶¹ Il giudizio principale nel caso in esame fu dato da Lord Sumption (uno dei sette giudici che decisero la controversia) il quale riferì in modo inequivocabile che il caso "Salomon" era quello applicabile, senza deroga alcuna.

In modo simile, uno degli altri giudici, Lord Neuberger, affermò:

"[Salomon] is a very well established principle of long standing and high authority... The decision in Salomon plainly represents a substantial obstacle in the way of an argument that the veil of incorporation can be pierced. Further, the importance of maintaining clarity and simplicity in this area of law means that, if the doctrine is to exist, the circumstances in which it can apply must be limited and as clear as possible."

⁶² [2013] EWCA Civ 730. Il *decisum* è un secondo grado, della Corte d'Appello, dopo che vi era stata già una decisione del giudice di primo grado.

⁶³ A. BOWEN, *EU law, piercing the veil and jurisdiction: Antonio Gramsci Shipping Corp v Lembergs*, [2014]1 B.C.L.C. 581, in *Business Law Bulletin*, 2015, 1-3; C.S. ADESINA OKOLI, *English Courts address the potential convergence between the doctrines of piercing the corporate veil, party autonomy in jurisdiction agreements and privity of contract*, in *Journal of Business Law*, 2014, 252-261; A. TAYLOR, *Piercing the corporate veil and fraud*, in *Buttworths Journal of International Banking & Financial Law*, 2013, 661; A. FOX & C. ARTHURS, *De-Prest: corporate veil remains securely drawn*, in *Commercial Litigation Journal*, 2013, 12-15; R. COWPER & M. DOCKTERMAN, *Teasing the corporate veil*, in *International financial law review*, 2013, 43,45.

anche alla luce di “Antonio Gramsci Shipping Corporation”, poiché l’itinerario di tali eccezioni non viene indicato nelle affermazioni dei due giudici (il concetto di agenzia, il concetto di singola unità economica o altro), si può affermare che la tesi pessimistica sembra quella prevalente, *ergo* nessuna concreta possibilità di discostarsi dal principio di *Salomon v Salomon* e, dunque, di sollevare il velo.

Chiare conferme del caso “*Petrodel*” si leggono anche in un recente pronunciamento del *Privy Council*, in questo caso giudice di ultimo grado in merito ad una impugnativa contro una decisione della Corte di Appello di Trinidad and Tobago. Più precisamente in *Persad v Singh*⁶⁴, la questione riguardava il pagamento di canoni di affitto per una locazione che, inizialmente negoziata fra il proprietario e l’affittuario, quest’ultimo un individuo, fu alla fine stipulata fra proprietario e società di capitali, una *limited* fondamentale appartenente per l’intero e amministrata dalla persona fisica che aveva negoziato come affittuario. Quando l’affittuaria società divenne inadempiente, il proprietario reclamò il pagamento delle somme ad entrambi. La Corte d’Appello condannò al pagamento entrambi, ritenendo dunque che il velo fra società contraente della locazione e affittuario non esistesse. Tuttavia, il *Privy Council* statuì in modo reciso che non vi era ragione per derogare al principio di cui a “*Petrodel*”.

Paradigmatico è quanto affermato da Lord Neuberger⁶⁵:

“Alla luce delle questioni poste dinanzi alla Corte, il fatto che Mr Persad⁶⁶ non ha prodotto i documenti relativi alla creazione o costituzione della società CHTL porta l’oggetto del contendere non oltre. Il fatto che CHTL era una “one man company” [dunque, una società coincidente con il socio unico e con lo stesso amministratore] è anche irrilevante: si veda Salomon v A Salomon and Co Ltd [...], il qual caso statuì come ben noto la differenza fra società e i suoi soci. Quella controversia mette anche a nudo la fallacia della idea che la corte può sollevare il velo ove lo scopo di un individuo che utilizza una società in una operazione commerciale sia di consentire all’individuo, il quale possiede o controlla la società, di evitare la responsabilità personale. Una delle ragioni per cui un individuo, o autonomamente o

⁶⁴ [2017] UKPC 32.

⁶⁵ Paragrafo 20, [2017] UKPC 32

⁶⁶ Il proprietario dei terreni dati in locazione.

con altri, si avvantaggia della responsabilità limitata è di evitare la responsabilità illimitata, se le cose “vanno male” [..]. Se tale fattore giustificasse di sollevare il velo della costituzione [della società di capitali], ciò farebbe della responsabilità limitata uno sberleffo, tanto in principio quanto in pratica.” (traduzione, non letterale in questo caso, nostra)

7. Convergenze e divergenze con il sistema societario italiano

Si afferma⁶⁷ che il concetto di responsabilità limitata e personalità giuridica, nella disciplina britannica dell'impresa ma forse anche in quella che ora è in auge in Italia, è stato di beneficio per le piccole imprese in quanto ha consentito a persone, dotate bensì di idee ma con poco denaro, di creare dal nulla un'attività imprenditoriale, senza impegnare i propri beni personali. Non solo: la società di capitali farebbe da “volano” allo spirito imprenditoriale dei *directors*, in quanto questi sarebbero incoraggiati ad assumere rischi, sapendo che i soci non perdono la proprietà dei propri beni personali se l'attività di impresa si traduce in un irreversibile insolvenza⁶⁸.

Forse queste affermazioni andrebbero testate meglio, proprio alla luce di quanto sperimentato ben prima in Gran Bretagna. L'attività imprenditoriale britannica, nonostante le agevolazioni della “*online and cheap limited*”, comprende: 3,4 milioni di imprese individuali (*sole proprietors* o *sole traders*), pari al 60% dell'attività imprenditoriale del Paese; 414,000 *partnerships* (7%); 1,9 milioni di *limited companies* (33%)⁶⁹.

Non solo la *limited* è lungi dal costituire la maggioranza della forza imprenditoriale in GB, ma anche in molti casi non viene nemmeno utilizzata per intraprendere un'attività autenticamente imprenditoriale, piuttosto a' fini di mera “ottimizzazione” fiscale e successoria, ad esempio per meramente detenere beni immobili. Viene finanche messo in luce in una analisi empirica di qualche tempo non troppo lontano che

⁶⁷ A. DIGMAN & J. LOWRY, *Company law*, Oxford, 2018, X ed., 9.

⁶⁸ *Ibid.* 9.

⁶⁹ Companybug, *How many limited companies are there in the UK?*, 21 luglio 2018, <https://www.companybug.com/how-many-limited-companies-are-there-in-the-uk/>.

nella costituzione della società vi può essere anche un elemento di vanità: una delle ragioni per costituire la società è di avere la parola “limited” associata al business⁷⁰, il che si traduce in un maggior prestigio e credibilità, sebbene tutti siano consapevoli che la *limited* difficilmente avrà credito dalle banche se non per il tramite di una garanzia illimitata dei propri soci. Dunque, le entusiastiche affermazioni sono molto spesso frutto di suggestioni di chi vive e scrive dal “Continente” che non trovano conferma in Gran Bretagna, alla luce di evidenze empiriche.

E’ pertanto speculativo, nella sua accezione inglese di “*speculative*”, dunque azzardato in un migliore adattamento all’italiano, ritenere che svolgere attività di impresa ricorrendo al modello di società a responsabilità limitata - quale la *limited* britannica con capitale “irrisorio” - sia per definizione un modo di creare nuova ricchezza per la collettività, in quanto non sempre la sua operatività si traduce nell’assunzione di dipendenti ovvero in una vera e propria organizzazione di beni e servizi. Dunque, la responsabilità limitata, riferita alla veste giuridica che l’impresa assume, sembra talora atteggiarsi più a strumento che consente la detenzione di ricchezza ad un nucleo molto limitato di soggetti, a volte semplicemente famiglia o individuo, piuttosto che a modello giuridico di creazione di valore per la collettività. Forse non è nemmeno irriverente affermare che la *limited* si attegga a sorta di conto corrente polifunzionale, che consente non solo di movimentare denaro ma anche di attribuire l’intestazione di beni ad una entità virtuale, diversa dall’individuo, che grazie a “*Salomon*”, non è nemmeno responsabile di fatto per le obbligazioni societarie.

E’ vero comunque che in Gran Bretagna le società possono essere costituite facilmente (basta una sterlina per costituire una *limited*)⁷¹ e

⁷⁰ J. FREEDMAN, *Small businesses and the corporate form: burden or privilege*, in *Modern Law Review*, 1994, 555-585.

⁷¹ E’ tuttavia noto che, per la costituzione di una *Plc*, o *Public Limited Company*, il capitale sarà di almeno 50.000 sterline, ex *section 761* del *Companies Act 2006*; tale ammontare è conforme alla Seconda Direttiva Societaria, fin tanto che non si consumi la Brexit. Nella dottrina di Oltre Manica non si esita a contestare la disciplina del minimo di capitale previsto per le *plc*, in quanto si nota che il relativo ammontare dovrebbe essere parametrato alla tipologia dell’impresa ed al relativo rischio. Inoltre si sottolinea che la disciplina del capitale minimo iniziale non avrebbe alcun senso, se non accompagnata da norme che impegnino gli amministratori ad iniziative finalizzate ad assicurare che il valore netto degli attivi della società non sia mai

molto velocemente, anche online⁷², e che i soggetti interessati hanno la possibilità di scegliere fra diverse forme di società e secondo procedure ben definite⁷³. Sebbene molte attività imprenditoriali siano costituite sotto forma di *partnerships* (aggregazioni di persone)⁷⁴ o di *sole traders* (imprenditori individuali⁷⁵), la scelta della forma societaria offre comunque grandi vantaggi ai soci in relazione alla possibile scelta di limitazione della responsabilità. Eppure, anche nella letteratura inglese, si mettono in evidenza i connessi rischi: attività sottocapitalizzate producono danno e non crescita di ricchezza nazionale; per di più non necessariamente prestano servizi o producono beni. Notoriamente, se la società è posta in liquidazione, non vi è capitale che sia in grado di ripagare i creditori. I gruppi di società possono anche abusare della forma societaria in parola nei casi in cui la capogruppo tenga la controllata (*subsidiary*) sottocapitalizzata, soprattutto in un ordinamento come quello britannico ove il gruppo societario non trova riconoscimento. In tale scenario, alla controllata potrebbe essere permesso, verosimilmente, di andare in liquidazione, senza che la

inferiore al suo capitale nominale. P.L. DAVIES & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 265-266.

⁷² Attualmente, ad aprile 2017, il 99% delle costituzioni (o *registration*) delle società inglesi è fatto elettronicamente. D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on company law*, cit., 41.

⁷³ Sul processo di *formation* delle società nel Regno Unito, si veda P.L. DAVIES, & S. WORTHINGTON, *Gower. Principles of modern company law*, cit., 101-115.

⁷⁴ Non si usa volutamente il termine società di persone. Si ricordi infatti che la *partnership* inglese non ha personalità giuridica, a differenza di quanto previsto in Scozia, ove, seppure in modo controverso, la *partnership* gode di personalità separata dai soci. La *partnership* inglese è regolata dal *Partnership Act 1890*, il quale alla *sect. 1(1)* statuisce che la *partnership* è la relazione che sussiste fra persone che esercitano affari in comune al fine di realizzare un profitto. Per vero, più recentemente, anche la giurisdizione di Inghilterra e Galles ha introdotto un regime di separatezza patrimoniale per le *partnerships*, basato sul *Limited Liability Partnership Act 2000*. Cfr G. MORSE, *Partnership and LLP law*, op. cit., 1 ss.; più estensivamente, M. BLACKETT-ORD & S. HAREN, *Partnership law*, Haywards Heath, 2015, V ed., 673 ss.

⁷⁵ Nel diritto anglo-gallese, ma anche in quello scozzese, quest'ultimo con elementi misti di *common law* e *civil law*, si usa il termine di imprenditore in termine non tecnico, in quanto non vi è una teoria dell'imprenditore, né una legislazione in tema di impresa e imprenditori. Più tecnicamente, il *sole trader* è figura che, nella legislazione britannica, appartiene più all'area del diritto del lavoro (quale lavoratore autonomo, *mutatis mutandis*) che a quella del diritto societario, con una stringata legislazione, quella di cui alle previsioni normative dell'*Employment Rights Act 1996*.

capogruppo sia in alcun modo responsabile. Nelle società sottocapitalizzate, di natura chiusa, il rischio della perdita ricade semplicemente e brutalmente sui creditori, in quanto gli azionisti non ne rispondono. Alcuni creditori possono negoziare di ridurre il rischio in via diretta, chiedendo garanzie reali (*security*) o personali (*personal guarantees*) da amministratori o soci. Nel Regno Unito, da tempi immemorabili non viene imposto il limite di capitale societario, quanto meno alle società chiuse e di fatto il beneficio della responsabilità limitata è disponibile per chiunque lo voglia e la costituzione di società è molto veloce⁷⁶ e “a buon mercato”⁷⁷. Tutto ciò in antitesi con quanto avviene nei principali Paesi europei, tra cui l’Italia, ove la novità della società “*nummo uno*” è davvero recente.

E’ ben noto il dibattito dottrinale circa la funzione del capitale, soprattutto nel suo valore nominale, finalizzato a proteggere i creditori; un dibattito che in Italia è stato ravvivato una ventina di anni addietro. Lo stato dell’arte di quel dibattito, che ha appassionato la dottrina italiana e internazionale, è ancora vivo e mai sopito. Alle teorie più eterodosse, che invocavano l’immolazione del concetto più ortodosso di capitale sull’altare di una sua virtualità, finanche oggetto di disposizioni statutarie⁷⁸, la risposta data è stata molto recisa e diretta: la regolamentazione su base legale ed imperativa del capitale rimane sempre essenziale presidio del corretto funzionamento delle società di capitali⁷⁹. In ambito internazionale ed in particolare anglo-americano, si è ribattuto affermando, sostanzialmente, che il capitale sociale non è

⁷⁶ L’agenzia governativa presso cui è possibile “registrare” una società di capitali è la *Companies House*, ognuna presente in ciascuna giurisdizione britannica. In Inghilterra e Galles è istituita a Cardiff. L’Agenzia si sostiene con le commissioni richieste alla società per ciascuno degli adempimenti, fra cui appunto le commissioni per la registrazione, *ergo* la costituzione della società medesima.

⁷⁷ Gli stadi su cui si fonda la *registration* sono: sottoscrizione della società (*formation*) con la sottoscrizione del *memorandum of association* (o atto costitutivo); proposta sottoposta al *Companies House*, di *registration* (registrazione) della società; emissione del *certificate of incorporation*, o certificato di registrazione, che sancisce la registrazione, a’ fini operativi, della società. Si veda D. FRENCH, *Mayson, French & Ryan on company law*, cit., 40-48.

⁷⁸ L. ENRIQUES, J.R. MACEY, *Creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules*, in *Cornell Law Review*, 2001, 1165.

⁷⁹ F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques-J.R. Macey, creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 585 ss..

più uno strumento appropriato di salvaguardare i creditori sociali⁸⁰. Si ribatte in questa sede, apparendo magari retrogradi, affermando che il capitale, in una sua dimensione non meramente simbolica ma reale, potrebbe rappresentare in futuro la serietà del fare impresa: se manca la disponibilità a costituire il capitale, manca anche l'interesse

Alla luce di tali considerazioni si può anche analizzare la grande differenza circa l'attenzione che viene prestata, a livello dottrinale ma anche meramente manualistico, al concetto di *separate personality*, nel Regno Unito e in Italia. La *separate personality*, negli insegnamenti di diritto societario britannico, ed in particolare le circostanze, per vero limitatissime, al ricorrere delle quali il velo può essere rimosso, rappresenta l'argomento chiave, analizzato in una prospettiva storica, dal precedente "Salomon", fino alla più recente legislazione e *dicta*. Nel diritto italiano, per contro, l'argomento viene dato quasi per scontato, con poche, limitate affermazioni, peraltro ineccepibili concettualmente, che sembrano sottintendere la scarsa rilevanza del tema, la sua quasi ovvietà. La ragione di ciò può essere che, per l'appunto, in Italia, per costituzione delle società, ivi comprese quelle a responsabilità limitata, è stato richiesto un livello relativamente elevato di capitalizzazione, per cui lo scopo elusivo è stato fino ad ora difficilmente ravvisabile.

Tuttavia, *panta rei*: anche alla luce della disamina che si è fatta sul tema, dalla prospettiva britannica, è possibile affermare che la ragione del sonno dogmatico del velo dipende proprio dal fatto che, come lumeggiato in questo Paragrafo, il Regno Unito ha storicamente posto un limite così basso di capitale, praticamente meramente simbolico, sin dal *Companies Act 1862*, quello che costituiva il sostrato normativo su cui i giudici di "Salomon" erano chiamati a decidere⁸¹. E' possibile ipotizzare che, in tale scenario (capitale simbolico), gli abusi della personalità giuridica sono stati maggiori, *ergo* l'ampia casistica.

Nel diritto italiano, ove invece il limite di capitale è sempre stato più elevato, le possibili elusioni sono state forse evitate *ex ante*. Eppure, proprio l'ordinamento italiano più recentemente è divenuto così

⁸⁰ J. ARMOUR, *Legal capital: an outdated concept*, in *European business organisation law review*, 2006, 5-27.

⁸¹ Si veda in particolare la *sect. 8* di quella legislazione, ora abrogata. La *sect. 8(1)(5)* prescrive che nel *memorandum of association* (atto costitutivo) vi deve essere l'indicazione del capitale ma questa non vie precisato il minimo.

“liberale” che consente in modo esplicito di costituire società con capitale simbolico. Se l’obiettivo di una tale anglo-americanizzazione del capitale societario è quello di favorire l’impresa esercitata in forma collettiva, è anche possibile, quale contraltare, che il futuro veda *small businesses* o *sole traders* usare pure in Italia la forma societaria in modo meno genuino, con conseguente aumento delle controversie. A quel punto il *common law* britannico, e le sue diverse eccezioni a *Salomon v Salomon*, potrebbero rappresentare un utile parametro per la giurisprudenza del Bel Paese, che forse verrà ad elaborare subito un caso simile e una serie di eccezioni giurisprudenziali alla regola, nella consapevolezza che il *dictum* italiano non potrà mai assumere le forme e la cogenza vincolante del *precedent* inglese, data la differente natura della pronuncia giurisprudenziale nel *common law* e nel *civil law*.

Il parallelo che nel presente passaggio si fa, molto rapidamente, è quello con le nuove forme di società a responsabilità limitata che sono state introdotte a livello legislativo. Questa società, come noto a capitale ridotto, introdotta nel 2012 quale “s.r.l. semplificata” (art. 2643-bis), e di cui alla novella occorsa nel successivo 2013 dell’art. 2463-bis, codice civile⁸², ha il vantaggio che i soci possono costituire l’entità societaria per mezzo di atto unilaterale o con contratto, da stipularsi esclusivamente da parte di persone fisiche, con un capitale che, in deroga al regime generale, può essere soltanto di un euro (art. 2463-bis, c.c.)⁸³.

E’ estranea all’analisi del presente lavoro la discussione circa le caratteristiche specifiche di questa tipologia di società a responsabilità limitata, anche perché la dottrina italiana, con la solita maestria, ne ha

⁸² Tale articolo ha prescritto - ed è tuttora vigente - che la costituzione della società semplificata avvenga mediante atto pubblico. E’ noto che in Italia il ricorso al mercato dei capitali, con relativa necessità di tutela del risparmiatore/investitore, è stato previsto per le così dette start-up innovative.

⁸³ A livello di mera manualistica si veda, fra gli altri, G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2015, 293; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2017, 314 ss. Questi ultimi autori sottolineano che la società semplificata risponde all’esigenza “di offrire un modello societario a buon mercato per chi intenda intraprendere nuove iniziative economiche avvantaggiandosi della regola della responsabilità limitata dei soci.” (*passim*, ma particolarmente 315).

dato conto ed acuto dettaglio⁸⁴. Merita solo rilevare che tali società, nelle diverse variabili e declinazioni normative, non solo in quella forse principale e paradigmatica di cui all'art. 2463-bis⁸⁵, necessitano di un conferimento in denaro, piuttosto che di altra forma come consentito per la normale s.r.l.⁸⁶. A ben vedere il modello di società a responsabilità limitata da ultimo introdotta nel codice civile⁸⁷ è una forma di *limited company* britannica che si presta, fondamentale, al pari della “consorella” a una forma rapida di costituzione⁸⁸, sebbene non si giunga alle forme “liberal” del modello britannico, in cui la sua costituzione prescinde dalla presenza del notaio⁸⁹.

⁸⁴ M. CIAN, *S.r.l. PMI, s.r.l., s.p.a.: schemi argomentativi per una ricostruzione del sistema*, in *Riv. soc.*, 2018, 818 ss.

⁸⁵ Come lumeggiato nella dottrina italiana più autorevole (G.B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella S.R.L. (dall'“Importancia Cuasi Sacramental” al ruolo di “Ferro Vecchio”?* in *Riv. soc.*, 2015, 815 ss.):

- a. Società responsabilità limitata semplificata (art. 2463-bis, c.c.);
- b. Società con capitale inferiore a Euro 10.000 o a così detto capitale ridotto (art. 2463, commi 4 e 5, c.c.);
- c. La s.r.l. start-up, di cui all'art. 25 ss d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221.

⁸⁶ A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO E V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2017, 320.

⁸⁷ Dunque, più precisamente le due di cui alla novella del codice civile.

⁸⁸ Si può ricordare che la rapidità nella costituzione della *limited* britannica è tale che, di fatto, sullo specifico sito internet della *Companies House* (Registro delle imprese britannico), chiunque può costituire una società, con una somma di 20 sterline circa (una sterlina di capitale, più 15 sterline circa di spese) e nella misura in cui si dispone di un indirizzo. Ovviamente occorrerà indicare sul sito i nomi dei soci, e la identità di almeno un amministratore.

⁸⁹ L'art. 2463-bis, c.c., richiede che la costituzione della s.r.l. semplificata avvenga mediante atto pubblico, come anche da modello standard di atto costitutivo predisposto con decreto ministeriale. Nell'attenta dottrina italiana (A. BARTOLACELLI, *Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, II, 519 ss) si osserva che il fenomeno del capitale minimo è più in generale europeo, e va ben oltre l'ordinamento inglese, il quale tuttavia - si aggiunge in questa sede, ma non senza partigianeria - potrebbe essere il vero precursore. Dello stesso autore (A. BARTOLACELLI, *Nuove esperienze europee in tema di costituzione “semplificata” e “a basso costo” di società con responsabilità limitata*”, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, 382 ss.) si segnala la panoramica comparatistica di quella che viene “ribattezzata” società “*nummo uno*”. In merito si veda anche in inglese: A. BARTOLACELLI, *The new Italian almost capital-less private companies: a brand new tile in the mosaic*, in *European company and financial law*

Se da un lato è vero che questo processo semplice e veloce può agevolare la costituzione di società e, dunque, potenzialmente (ma non necessariamente) la possibilità di fare business, salvi i *caveat* che si sono evidenziati sopra in merito al modello inglese, dall'altro non si può nascondere che, al pari di quanto avvenuto nel Regno Unito per le *limited*, le quali esistono da almeno 150 anni quali società di capitali e con capitale che può avere un valore anche irrilevante, si può prevedere che i casi in cui lo schema societario venga usato per finalità elusive diverrà maggiore anche in Italia. Il presente lavoro non esclude, anzi dimostra, che, proprio alla luce della recente riforma della società a responsabilità limitata semplificata e a capitale ridotto, le azioni legali vis-a-vis i tribunali italiani - presso cui gli *stakeholders*, in particolare i creditori, saranno invogliati a chiedere di sollevare il velo della personalità giuridica - potranno essere sempre più numerose, proprio sulla scorta dell'esperienza britannica degli ultimi 150 anni. Di qui si azzarda in questo scritto che la tematica della separatezza patrimoniale in relazione al celeberrimo "velo", sopita in Italia, possa trovare nuova vitalità, al pari di quanto accaduto in un ordinamento, quello inglese, nella esperienza plurisecolare del capitale "simbolico". Poiché in quell'ordinamento il capitale sociale della *limited* è chiaramente pensato da subito in una logica differente, non di tutela dei creditori quanto piuttosto di mero riferimento numerico-contabile al fine di stabilire l'ammontare di *shares* di cui ogni socio risulta titolare, l'ampio e facile accesso del pubblico alla *limited* rende la stessa un modello che si presta maggiormente ad elusioni e quindi ad azioni legali volte a disconoscere il velo. In tal senso, se è vero che vi è un fenomeno diffuso di crisi del capitale sociale in Italia e nel "Continente", come sottolineato bene dalla dottrina⁹⁰, è anche vero che questa crisi nell'ordinamento inglese è così conclamata che il processo di de-dogmatizzazione ha già intrapreso una strada irreversibile. E ciò certamente non a beneficio del fare impresa, quanto meno nella sua accezione tradizionale!

review, 2016, 665-707; A. BARTOLACELLI, *Almost capital-less companies in Europe: trends, variations, competition*, in *European company and financial law review*, 2017, 187-23.

⁹⁰ F. BRIOLINI, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca borsa*, 2016, II, 144 ss.

Anche in questo caso viene detto incidentalmente che non necessariamente la semplificazione della costituzione di una società deve essere vista favorevolmente, in particolare in un contesto socio-ambientale, quale quello tradizionale italiano, in cui la protezione del creditore costituisce, a differenza proprio dell'ordinamento britannico, cardine fondamentale⁹¹. Non vi è infatti nella legge inglese il corrispondente dell'art. 2740, codice civile, dunque il principio in base al quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e/o futuri, essendo il principio del *pari passu*, di cui *mutatis mutandis* il primo ne potrebbe essere tenue riflesso (più contabile che civilistico), regola che è applicabile in sede concorsuale, dunque patologica, e non nell'ambito della fisiologica dinamica dei rapporti contrattuali⁹². Una tale assenza non sembra essere mera coincidenza, e si traduce in un diverso approccio della società britannica alla ricchezza e, dunque, al credito. In altre parole, a meno che la società italiana sia cambiata, nei quasi quindici anni di assenza di chi scrive dal proprio Paese di origine, in modo così radicale, una riforma di un istituto quale quello del capitale minimo della società di capitali doveva avvenire in modo più sapiente, anche alla luce del diverso retroterra socio-culturale delle due giurisdizioni.

Non solo: in futuro, se ciò dovesse far parte di un progetto un nuovo più ampio progetto di riforma delle società a livello europeo, gli aspetti socio-ambientali e non soltanto normativi, dovrebbero essere presi in debita considerazione. E' ben noto infatti che vi è stato un progetto di

⁹¹ Sebbene ciò sia affermato da una prospettiva italiana, è più che corretta la constatazione (G.B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella S.R.L. (Dall'Importancia Cuasi Sacramentale al ruolo di "ferro vecchio"?*, in *Riv. soc.*, 2015, fasc. 5, 815 ss.) che le *limited companies* britanniche "sono vere società "fermo-posta", assoggettate, notoriamente, ad una disciplina molto lasca con riguardo alla formazione e alla tutela della integrità del capitale sociale." L'affermazione è così vera che si può anche aggiungere che, nella realtà britannica, la *limited* è spesso creata semplicemente per conferire rapidamente un titolo di *managing director*, con relativo biglietto da visita, al socio-amministratore che la costituisce: la celebrazione di una rapida carriera con una sterlina. Dunque, si potrebbe anche parlare di "società da biglietto da visita", oltre che società "fermo-posta" come più autorevolmente definito.

⁹² Fra gli altri, V. FINCH, *Corporate Insolvency. Perspectives and Principles*, Cambridge, 2009, II ed., 599-627; K. VAN ZWIETEN, *Goode on Principles of Corporate Law*, London, 2018. V ed., 291-322.

public company europea⁹³, con capitale *nummo uno*, ma questo progetto è naufragato proprio per il mancato accordo degli Stati Membri in merito al capitale minimo, anche perché non vi è storicamente convergenza in merito agli strumenti alternativi di tutela dei creditori sociali, quali ad esempio la valutazione di solvibilità da parte degli amministratori⁹⁴. Peraltro, in una Unione in cui il Regno Unito lascia, quel progetto potrebbe riprendere corpo, ma l'assenza di Albione (e della sua non sempre positiva azione)⁹⁵, ma finalmente senza l'assillo del capitale sociale *nummo unno*, il quale potrebbe essere proprio il *virus* inglese che ha causato l'*impasse*. Non si dimentica anche che chi propone il capitale *nummo uno* per le società ha congegnato utili strumenti di compensazione volti a bilanciare un minore potere dei creditori: i maggiori obblighi di trasparenza, la responsabilizzazione degli amministratori, ed un maggior presidio nelle procedure fallimentari⁹⁶. Tuttavia, è a livello simbolico che il capitale, questa importante barriera all'ingresso, gioca il ruolo strategico: rimuoverlo è un segnale non corretto al modo di fare impresa. Anzi, come dimostrato dal modello inglese di *limited*, questa è quasi sempre e storicamente la

⁹³Cfr. "Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle società a responsabilità limitata con un unico socio /* COM/2014/0212 final - 2014/0120 (COD) */". L'art. 6 di tale Proposta contemplava la società con capitale di almeno 1 euro. Per entusiastici commenti, cfr. P.-H. CONAC, *The societates unius personae (SUP): a "passport" for job creation and growth*, in *European company and financial law review*, 2015, 139-176.

⁹⁴ Si dubita che questi strumenti siano effettivi. Ancora, la vera via di uscita è la riaffermazione del capitale sociale ad un minimo legale ragionevole, e non simbolico, come giusta barriera all'ingresso per la serietà dell'esercizio in forma collettiva dell'impresa.

⁹⁵ Cfr. sul controverso ed ingombrante ruolo del Regno Unito nella legge bancaria e societaria europea, cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Brexit? No harsh Brexit and a new Lex Argentaria Europae*, in *European company law*, 2019, 72-73.

⁹⁶ Ad esempio, nella Proposta di *societas unius personae*, il precetto in base al quale la "dichiarazione di solvibilità viene resa pubblica. Se la società dispone di un sito web, detta informazione viene resa disponibile anche su di esso." (art. 18(4), Proposta). In inglese, sulla Proposta in parola, cfr. V. KNAPP, *Directive on single-member private limited liability companies: distributions*, in *European company and financial law review*, 2015, 191-201; C. MALBERTI, *The relationship between the societates unius personae Proposal and the acquis: creeping toward an abrogation of EU company law?*, in *European company and financial law review*, 2015, 238-279; B. DE DONNO, *From simplified companies to one-man limited enterprises*, in *European company law*, 2014, 155-156. .

non-impresa, la mera intestazione di immobili, il “fermo-posta”, già autorevolmente definito dalla dottrina italiana.

In aggiunta a ciò, non si può nemmeno dimenticare che l’Italia, a differenza del Regno Unito, è un Paese nel quale non soltanto vi è una Costituzione ma questa sancisce il principio di tutela del risparmio. Indirettamente, talune categorie di creditori (si pensi agli obbligazionisti, creditori volontari) sono *lato sensu* risparmiatori, pertanto la s.r.l. semplificata e a capitale ridotto, trasposta magari proprio sulla scorta del modello britannico, può finanche imporre riflessioni più ampie ed estese di quanto non sia stato fatto dal legislatore italiano, per come è dato di osservare.

Da ultimo, non si può omettere di considerare che vi è, in tema di capitale, una sorta di chiasmo fra società ordinaria, in cui il capitale va verso, si ripete l’espressione, la banalizzazione, e la società bancaria, in cui l’ultima legislazione europea, anche qui “traumatizzata” dalle crisi bancarie anglo-americane del 2007/2008, sembra ossessionata da un capitale regolamentare, molto alto, eccessivo a detto di alcuni⁹⁷. Questo recente fenomeno, diametralmente opposto alla società a capitale *nummo uno*, spinge molti finanche a chiedersi se la banca sia ancora una attività di impresa⁹⁸. A leggere ed interpretare gli ultimi scenari normativi europei, particolarmente quelli italiani, i quali sembrano influenzati da occulte spinte propulsive principalmente ma non esclusivamente provenienti dai Paesi di *common law*, sembra che si voglia rendere dozzinale e semplicistico il fare impresa non soggetta a riserva, laddove l’attività imprenditoriale riservata, quale quella

⁹⁷ Il riferimento, è ovvio, va alla normativa CRR e CRD. Per ogni riferimento a tale normativa, cfr. *ex plurimis* M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European banking and financial law*, London e New York, 2015, 93-109; cfr. M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European banking and financial law*, London e New York, 2020, Chapter 7, di prossima pubblicazione. Più recentemente, sempre in inglese, K. ALEXANDER, *Principles of banking regulation*, Cambridge, 2019, 207-236.

⁹⁸ P. DE GIOIA CARABELLESE, *Bridge bank (bail-in) e decisum della UK Supreme Court in merito a Goldman Sachs v Banco Espirito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, 2019, in corso di pubblicazione. In inglese, I. FERNADEZ TORRES, P. DE GIOIA CARABELLESE, *The resolution tools: a legal analysis and an empirical investigation*, in Alberto Ruiz Ojeda & José María López Jiménez (eds), *Estudios sobre de entidades de crédito – Enfoques interdisciplinarios*, Madrid, 2019, in corso di pubblicazione.

bancaria, sembra assoggettata a coartazioni che la rendono “impossibile”. Uno dei pensabili, futuri lavori della Unione Europea, una volta che, come si auspica, il Regno Unito, con il suo controverso ruolo di Stato perennemente “membro/non-Membro” della Unione Europea⁹⁹, esca completamente dall’Unione Europea, è che il progetto di una società chiusa europea possa essere ripreso ma in modo più coerente con la tradizione “Continental”, quella dunque dei Paesi di *civil law*, ed in cui la teoria del capitale minimo sia ripensata in connessione con la serietà e attendibilità del fare impresa.

8. Conclusioni

La “banalizzazione” del capitale sociale, da baluardo di tutela dei creditori a mero denominatore sul quale calcolare le percentuali di partecipazione dei soci, sembra ormai fenomeno importato anche in Italia, per effetto del “cavallo di Troia” delle società a capitale semplificato¹⁰⁰. Il presente scritto prende spunto dalla novità legislativa nostrana e la rapporta ad un ordinamento, quello anglo-gallese, ove la società con capitale *nummo uno* è parte integrante del sistema legale, da metà del diciannovesimo secolo in poi. Dunque, nello scritto si fa una disamina, alquanto analitica, dello stato dell’arte del concetto di personalità giuridica nelle società britanniche ovvero nel *common law*, con particolare riferimento al paradigma *Salomon v Salomon* e alle relative eccezioni elaborate in Oltre Manica sia dalla sia in sede legislativa, anche se poche in quest’ultimo caso. I numerosissimi *decisa* che si sono avvicendati negli ultimi 140 anni nel Regno Unito - in uno scenario legislativo in cui fin dal *Companies Act 1862*, non v’è limite

⁹⁹ Nell’area del *business law*, il quale in Gran Bretagna comprende il diritto dei contratti, il diritto del lavoro, il diritto societario, il diritto del consumatore ed il diritto bancario, la Gran Bretagna sembra essere assunta di frequente, con i suoi costanti “*opt-out*” a grande sabotatore di una normativa più integrata nell’Unione. E’ ovvio che una normativa integrata è strumentale alla implementazione delle stesse quattro libertà fondamentali.

¹⁰⁰E’ da ricordare che, nell’ordinamento italiano, il ricorso al mercato dei capitali, con relativa necessità di tutela del risparmiatore/investitore, è stato previsto in particolare per le c.d. start-up/PMI innovative. Cfr. *ex plurimis*, L. CANOVI, A.G. GRASSO, V. VENTURELLI, *Il fabbisogno di capitale di rischio delle PMI innovative in Italia*, in *Banca impresa società*, 2007, 309 ss.

minimo di capitale alla costituzione di società (ad eccezione di quello simbolico di una sterlina) - dimostrano che, anche in Italia, ove le azioni volte a sollevare il velo sono molto rare, la dinamica dei comportamenti al riguardo potrebbe cambiare totalmente, alla luce delle “aperture” degli ultimi anni. Se la lezione che viene dall’Inghilterra è bene interpretata, si può ritenere, come dimostrato da questo contributo, che in futuro le azioni volte a sollevare il velo saranno sempre più frequenti nel Bel Paese, proprio per effetto del capitale *nummo uno* che viene ora consentito, forse con troppa generosità e con non sapiente considerazione del fenomeno nella giurisdizione che lo ha generato.

Più in generale, e da un punto di vista meta-giuridico, lo scritto, pur finalizzato da Oltre Manica, solleva forti perplessità sul modo in cui in Italia si procede a recepire modelli o concetti giuridici di ordinamenti stranieri. La società con capitale “*nummo uno*” potrebbe avere una sua *ratio essendi* nel *common law* anglo-americano e in una società consumistica a cui bruciare il denaro interessa poco. Per contro, nel sistema italiano - il cui sostrato socio-politico è più tradizionale e dove il risparmio trova finanche protezione a livello costituzionale - la tutela dei creditori e, dunque, anche dei creditori di una società, dovrebbe continuare ad essere parte integrante del sistema gius-societario dell’ordinamento. Pertanto, il limite minimo sostanziale di capitale, derogato recentemente, potrebbe essere una scelta molto azzardata e, in quanto tale, da biasimare.

In modo quasi provocatorio, si potrebbe perfino sostenere che l’Italia dovrebbe o potrebbe tornare ad essere, in Europa, il baluardo legislativo del requisito del capitale “vero” di una entità giuridica e proporre tale modello in una sorta di “*jurisdiction shopping*”, per ragioni pratiche. In proposito, chi scrive nota non con entusiasmo che viene enfatizzato in Italia quasi in modo ripetitivo che le ultime iniziative domestiche volte a rimuovere il limite sostanziale del capitale sociale dovrebbero incoraggiare ad intraprendere attività d’impresa, ammesso che una società di capitali sia di per sé strumentale alla produzione di ricchezza¹⁰¹. E’ anche vero però che il capitale *nummo uno* è strumento esiziale e letale attraverso cui il denaro viene facilmente bruciato. Il

¹⁰¹ Nei precedenti capitoli, si è dimostrato il contrario, in quanto si è dato atto del fatto che nella stessa Gran Bretagna, la grande maggioranza delle “vere” imprese sono quelle del *sole trader*, l’imprenditore individuale.

denaro cui si fa riferimento non è tanto quello dei creditori istituzionali (banche; risparmiatori), ma anche e soprattutto quello dei creditori non finanziari (creditori involontari), inclusi i dipendenti. Pertanto, il legislatore italiano, ispirato dai giuristi nostrani - piuttosto che scimmiettare modelli stranieri, ancor peggio il modello anglo-gallese, espressione di una società che si ritiene opposta a quella italiana - potrebbe decidere di difendere orgogliosamente il modello tradizionale, ove creditori e indirettamente risparmiatori sono fortemente tutelati.

E' vero che si potrebbe al riguardo obiettare che, operando seguendo modelli tradizionali, i giovani incontrerebbero maggiori difficoltà a diventare imprenditori, ma si è visto e dimostrato in questo scritto che tale affermazione non sembra verosimile se letta proprio dalla Gran Bretagna, ove i *sole traders* - ben lungi dall'essere costituiti in società di capitali e, per verità, nemmeno in partnership - costituiscono la maggioranza. Al di là di ciò, l'Italia potrebbe più che compensare il maggior costo della costituzione della società con un diverso e più rassicurante *marketing* della propria peculiarità legislativa. Il consumatore o risparmiatore europeo o internazionale potrebbe essere allettato dall'idea di andare ad operare in un ordinamento ove i rischi relativi all'investimento in società a capitale minimo sono minori per il fatto stesso che il capitale sociale, ma anche il patrimonio, assolve anche la funzione di tutela dei creditori¹⁰². Né, d'altro canto, da un punto di vista teorico, a livello di dottrina internazionale, le spinte verso la banalizzazione del capitale sociale sono uniformi; anzi, viene talora posta all'attenzione degli operatori l'esigenza di una attenta valutazione dei connessi rischi e costi, enfatizzando gli aspetti di responsabilità dei soci¹⁰³.

¹⁰² Si potrebbe fare riferimento a un *rentier* o un individuo con reddito sicuro come un pensionato, il quale potrebbe preferire vivere in Italia, semplicemente perché risulta inferiore il rischio di credito, relativo ad una controparte adeguatamente capitalizzata.

¹⁰³ T.K. CHENG, *An economic analysis of limited shareholder liability in contractual claims*, in *Berkeley Law Journal*, 2014, 11, 113-181. In sostanza il contributo enfatizza i vantaggi della responsabilità illimitata nell'attività di impresa, particolarmente per crediti nei confronti di società strettamente connesse al socio, dunque uno scenario "*Salomon*". I costi di una responsabilità illimitata in questi casi sono senz'altro minori, e l'Autore dimostra con arguzia che i costi di monitoraggio che discendono da una controparte con responsabilità limitata sono diseconomici e possibili sono per il creditore finanziario, non per altre categorie.

In altre parole, premesso che questo scritto viene redatto e finalizzato in Gran Bretagna, si vuole affermare che l'Italia - con riferimento alla disciplina del capitale sociale ed anche di altre aree del diritto - non deve fare acquiescenza ai modelli stranieri, men che meno a quelli anglo-americani che ne costituiscono l'antitesi, ma deve semplicemente rimanere fedele ad una propria tradizione giuridica. Se per secoli l'Italia ha disciplinato con rigore la materia del capitale minimo¹⁰⁴, una ragione vi sarà stata ed è rinvenibile nel suo sostrato socio-culturale che si è rispecchiato nella sua legislazione tesa a: tutelare il risparmio; assicurare certezza dei crediti; diffondere la cultura dell'"affare" come giusto prezzo, non come scommessa o speculazione¹⁰⁵. Rimuovere, tutto d'un tratto, quel sostrato è forse un atto maldestro. Da ultimo, la riscossa del "capitale sociale vero" della *business entity* non sarebbe nemmeno in contrasto con la teoria del patrimonio sociale, autorevolmente sostenuta in Italia¹⁰⁶: è ovvio che riaffermare nuovamente l'importanza del capitale sociale formale sarebbe strumentale, seppur in via indiretta, alla riaffermazione del patrimonio netto: capitale sociale e patrimonio netto che, nelle tante scatole vuote di *limited* in Gran Bretagna, è davvero difficile rinvenire.

¹⁰⁴ Peralto accompagnata da una azione dei creditori, extra-contrattuale, ex art. 2395, c.c., la quale tutela non è riscontrabile nell'ordinamento societario britannico. Cfr. P. DE GIOIA CARABELLESE, *Le azioni derivate in Gran Bretagna in una disamina evolutiva e comparata: dalle derivative proceedings alle unfairly prejudicial conducts. Un possibile modello di riferimento per l'Italia*, di prossima pubblicazione.

¹⁰⁵ Lo scommettere su tutto è parte della tradizione britannica, ma certamente non di quella italiana.

¹⁰⁶ E' noto che per teoria del patrimonio sociale si intende quel concetto che attribuisce importanza al valore netto della società, piuttosto che all'elemento – più formale – del capitale sociale. P. SPADA, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, in *Studi e materiali consiglio nazionale del notariato*, 2007, 180 ss.; C. ANGELICI, *Le disposizioni generali sulla società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. XVI, *Impresa e Lavoro*, t. II, Torino, 1995, 200 ss.

«Tipicità speciale» delle *claims made* e prospettive rimediali: certezze acquisite e rinnovate criticità. Commento a Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437 (Pres. Mammone, Est. Vincenti)

SOMMARIO: 1. Il percorso giurisprudenziale delle *claims made*. – 2. Sistema delle fonti, funzione del giudicare e impresa assicurativa. – 3. Funzioni e utilità delle clausole *claims made* nella prospettiva d'impresa. – 4. Riconoscimento della tipizzazione delle clausole. – 5. Dal giudizio di meritevolezza alla causa in concreto: cosa cambia?

1. *Il percorso giurisprudenziale delle claims made.*

L'ascesa della clausola *claims made*¹ nell'ordinamento italiano giunge con la sentenza in commento ad uno snodo cruciale – ma presumibilmente non definitivo – del proprio contrastato percorso di riconoscimento. La tortuosa vicenda giurisprudenziale della particolare copertura assicurativa per la responsabilità civile è lunga ed ampiamente nota: per circa un decennio (2005 – 2016) la clausola è stata oggetto di decisioni altalenanti, con forti tensioni fra giurisprudenza di legittimità e merito, incontrando presunti scogli ermeneutici circa la propria compatibilità con una serie di disposizioni quali il rischio putativo (art. 1895 c.c.), la presunta inderogabilità del modello legale cd. *loss occurrence* (artt. 1917 – 1932 c.c.), la decadenza convenzionale che renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.), nonché la vessatorietà (art. 1341 c.c.)², per poi

¹In sintesi estrema: il modello *claims made* indica una particolare copertura assicurativa per la responsabilità civile che prevede la copertura di tutte le richieste risarcitorie pervenute durante la vigenza del contratto, indipendentemente da quando si sia verificato il sinistro (forma cd. “pura”) oppure prevedendo, quindi con una ulteriore limitazione dell'oggetto, una determinata soglia temporale in cui il sinistro deve essersi verificato (cd. “forma impura”). La clausola è nata come alternativa al modello legale (cd. *loss occurrence*) che prevede l'obbligo di tenere indenne l'assicurato rispetto ai fatti accaduti «durante il tempo dell'assicurazione» (art. 1917 c.c.).

² Senza minima pretesa di esaustività sul percorso: cfr. Cass. civ. n. 5624/2005, con nota di L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La Responsabilità civile*, 2005, 12, 1030 ss.; Cass. civ. n. 23741/2009; Cass. civ. n. 8235/2010; Cass. civ. n. 17783/2014; Cass. civ. n.

approdare nel maggio 2016, infine (ma poi non così infine)³, avanti alle Sezioni unite.

In quell'occasione il giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione non ha assolto appieno il proprio ruolo nomofilattico ed ha fornito una risposta "aperta", dichiarando che la clausola in esame non fosse nulla né per «inesistenza del rischio» ex art. 1895 c.c. (cd. rischio putativo)⁴, né per il problema della decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) né, tantomeno, per vessatorietà (art. 1341 c.c.), ciò nondimeno «in presenza di determinate condizioni, [potesse] tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al d. lgs. 206/2005, per il fatto di determinare a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»⁵. Le Sezioni unite, prospettando un giudizio di meritevolezza «in concreto» *case by case*, hanno così spostato la valutazione sul piano del merito, non tralasciando

3622/2014 e Cass. civ. n. 5791/2014, entrambe con nota di N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 721 ss.; Cass. Civ. n. 22891/2015, con nota di M. HAZAN, *La clausola claims made: quando è vessatoria?*, in *Danno e resp.*, 2016, 1, 96 ss.

³ B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prologo di una nuova serie?*, in *Foro It.*, 2016, 6, 2036. Per un'esposizione più articolata della parabola delle clausole ora, per tutti, cfr. M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 138 ss.

⁴ Il problema sarebbe risieduto in ciò, che non sarebbe assicurabile un evento rispetto a cui i presupposti causali si siano già verificati al momento della conclusione del contratto, in modo tale da comportare la pratica inevitabilità delle loro conseguenze, cfr. M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, 38; più approfonditamente la nota a Trib. Roma, 1° agosto 2006 di D. DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 171 ss.

⁵ Così testualmente Cass. Civ., sez. un., n. 9140/2016, su cui, per molti: M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, in questa *Rivista*, 2016, II 21 ss.; R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro It.*, 2016, 2026 ss.; A. GUARNIERI, *Le clausole claims made miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, 1238 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 1370 ss.; per un approfondimento del tema dei rapporti con la disciplina consumeristica cfr. V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Claims made fra "primo", "secondo" e "terzo" contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 525 ss.

però di segnare qualche coordinata di riferimento: da un lato sono stati sciolti i precedenti dubbi circa la legittimità astratta della clausola, dall'altro si è esplicitata chiaramente la dicotomia fra *claims made* cd. "pura" e "impura" (o "mista"), lasciando tuttavia trapelare un certo senso di pregiudizio per il secondo dei due sottotipi⁶.

Come prevedibile, il banco di prova della giurisprudenza di merito si è dimostrato in prima battuta fallimentare per la tenuta delle clausole, specie per quelle impure⁷: i giudici di prime cure hanno costantemente dichiarato in concreto immeritevoli di tutela le *claims* sottoposte al loro giudizio, badando unicamente all'esigenza di colmare l'*horror vacui* dei buchi di copertura⁸. La prima giurisprudenza ha così adottato un atteggiamento pragmatico e demolitorio nei confronti delle clausole, facendo incondizionatamente affidamento sulla *deep pocket* dell'impresa assicurativa e sulla sua presunta capacità (economica) di far fronte alle perdite, tant'è che ha sempre accompagnato la dichiarazione invalidante con la tutela del meccanismo reale (*i.e.*

⁶ Testualmente: «è sufficiente al riguardo considerare che la prospettazione di immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d. pure, [...] mentre l'esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle 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». Orientamento confermato a stretto giro da Cass. civ. n. 2645/2016, con nota di M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 5, 619 ss.

⁷ V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 952 ss.; M. HAZAN, *La singolare vicenda delle "claims made", prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno, Gioia Vana...")*, in *ibidem*, 970 ss.; N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 682, nt. 4-6.

⁸ Emblematico sul punto Trib. Udine, sez. II, 03 maggio 2017, n. 613, in *Leggi d'Italia*, ove si parla di presunzione legale: «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela quelle clausole claims made c.d. impure, particolarmente penalizzanti [...] La motivazione della Corte legittima dunque in tale ipotesi un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2979 primo comma c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie», cfr. anche i precedenti Trib. Treviso 10 giugno 2016; Trib. Milano 17 giugno 2016 in *Dejure*; Trib. Livorno 27 luglio 2016, in *La nuova giustizia civile*, 2016, 1140.

sostituzione automatica del modello legale *ex artt.* 1339-1917 c.c.)⁹. In tale contesto di diffidenza si iscrivono due ulteriori pronunce gemelle della terza sezione che, dopo aver «ridotto a sistema» il principio di meritevolezza in tre elementi essenziali¹⁰, dichiarano che la clausola «non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti»¹¹.

Chiarita in questi termini l'eco delle prime Sezioni unite si è resa tosto evidente l'insufficienza di quel precedente, reticente nell'assumere una posizione netta, e si è deciso di optare per la sollecitazione di un nuovo intervento nomofilattico. Nel gennaio 2018 la medesima terza sezione ha così rinviato nuovamente la questione alle Sezioni unite, con un'ordinanza che sostanzialmente ricalca la motivazione dei due precedenti del 2017 (la firma peraltro è la stessa), chiedendo se siano corretti i seguenti principi di diritto:

a) «nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo c.c.»;

⁹ Nutriva già perplessità per il meccanismo di tutela reale G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 11, 1523 ss.; ID., *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, 767 ss.

¹⁰ Affermando che un patto atipico dev'essere valutato con riferimento al risultato che intende perseguire e che è immeritevole quando: a) attribuisce «ad una delle parti un ingiusto e sproporzionato vantaggio», b) pone «una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra», c) «costringe una delle parti a tendere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti».

¹¹ Per qualche considerazione critica cfr. L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 10, 1377 ss.; B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro It.*, 2017, 9: «L'odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni case by case. E quella che dovrebbe essere una valutazione casistica colpisce al cuore le clausole claims made [...] tanto valeva allora dire che “tutte le clausole claims made sono immeritevoli, salvo che – ma l'ipotesi è di minore ricorrenza – non venga in rilievo il profilo della limitata retroattività”», *cit.* 2723, cfr. anche U. CARNEVALI, il quale parla di sentenza «tombale», *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *I Contratti*, 2017, 4, 383 ss.

b) «nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 la clausola» *claims made*¹².

2. Sistema delle fonti, funzione del giudicare e impresa assicurativa.

Senza eccesso di generalizzazione, il commento alla sentenza postula alcune brevi riflessioni circa i parametri del dialogo fra i formanti – legislativo e giurisprudenziale – nel contesto sistematico del diritto dell'economia, giacché anche da qui, come meglio si dirà, prende le mosse la sentenza in esame. Ché, superato il tornante del millennio, l'interpretazione richiede da un lato lo sviluppo di una diversa sensibilità per la protezione di nuove categorie di interessi, dall'altro l'ammodernamento di alcune vecchie certezze¹³.

L'immagine piramidale dell'art. 1 disp. prel. è divenuta anacronistica: il codice civile, ridimensionato dalla Costituzione (che ha illuminato i diritti di un'inedita connotazione sociale) e dall'ipertrofia delle leggi speciali¹⁴, ha perduto primato valoriale e centralità sistematica. La proliferazione dei centri di produzione del diritto ha trasformato le tecniche legislative e i canoni classici dell'ermeneutica: l'impatto dirompente del diritto comunitario ha portato il formante legale verso una deriva di stampo finalistico, determinando lo sbiadire di generalità e astrattezza a favore di una normativa che persegue specifici obblighi di risultato (politico) di profilatura generale¹⁵.

¹² L'ordinanza n. 1465/2018 centra la propria attenzione sui due aspetti, unitariamente considerati dalla sentenza qui in commento: a) la delimitazione della nozione di sinistro, su cui: P. CORRIAS, *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in questa *Rivista*, 2018, II, 7 ss.; b) la meritevolezza del patto ai sensi dell'art. 1322 c.c., su cui: L.S. LENTINI, *Claims made fra ruolo sociale dell'impresa assicurativa e tutela del mercato: considerazioni di meritevolezza sistematica. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1645*, in questa *Rivista*, 2018, II, 49 ss.

¹³ G. ALPA, *Diritto Privato Europeo*, Milano, 2016, 371.

¹⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 4 ed.; 1999, *passim*; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1,1 ss.

Nell'affastellamento si stagliano però nitidi gli obiettivi del nuovo diritto privato regolatorio, incentrati in direzione convergente alla regolazione del mercato: protezione delle parti deboli attraverso regole di trasparenza contrattuale a riequilibrio delle asimmetrie informative, preservazione del meccanismo concorrenziale di mercato e tutela della sua stabilità¹⁶. L'obiettivo composto viene perseguito attraverso la creazione di centri di produzione del diritto diversi rispetto a quelli tradizionali, asseritamente neutrali e dotati di poteri regolamentari (sostanzialmente legislativi) che incidono pesantemente sullo statuto contrattuale: le autorità amministrative indipendenti. La derivazione pubblicistica del nuovo tipo d'intervento è frutto della caratura generale degli interessi oggi perseguiti dal contratto (*recte*: attraverso il contratto)¹⁷ – “affare tra privati” sempre meno “privato” e sempre più di “interesse generale”¹⁸ – oggetto di nuove funzionalizzazioni che lo proiettano in una più ampia dimensione mercatoria. Nella prospettiva approssimata l'affievolimento della dicotomia fra diritto pubblico e privato può essere la lente con cui gradare le decisioni anche in sede giurisprudenziale: l'idea di fondo è interpretare il contratto con consapevolezza della sua più alta funzione superindividuale intimamente connessa al mercato, senza appiattirlo nei confini di una logica meramente bilaterale. La rigidità del dato normativo rinvigorisce l'utilizzo delle clausole generali, capaci di restituire la necessaria flessibilità al procedimento interpretativo. Così concetti come «buona fede», «meritevolezza di interessi» e «causa in concreto» diventano chiave di lettura per problemi attuali, come nella sentenza in commento, non senza il rischio però di diventare armi a doppio taglio. In una

¹⁶ F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, «L'obiettivo [del legislatore] è a questo punto oltre modo chiaro: nella prospettiva economica rimuovere l'asimmetria informativa evitando insufficienze di mercato; nella prospettiva giuridica eliminare una disuguaglianza sociale all'interno del contratto, ripristinando la libertà contrattuale di entrambi i paciscenti. [...] Efficienza ed equità non confliggono, ma diventano precondizioni necessarie al fine di soddisfare un'utilità sociale, ovvero lo sviluppo virtuoso del mercato e financo la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47 Cost.), cit. 97.

¹⁷ M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 1, 103 ss.

¹⁸ E. PICOZZA – V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, cit. 273.

stagione di valorizzazione del ruolo della magistratura¹⁹, i poteri di intervento sul contratto dovrebbero essere filtrati dalla consapevolezza di contesto e ambizioni in cui il medesimo opera. Il margine di manovra lasciato alla giurisprudenza non può tradursi in un'obliterazione delle coordinate di fondo, che devono essere considerate nel momento in cui si concretizza la regola nella delicatezza dell'applicazione del singolo caso.

Le considerazioni si prestano ad una valutazione della vicenda *claims made* nella sua variegata complessità e stanno alla base del pensiero di chi ha criticato i tentativi di ostracismo compiuti dalla giurisprudenza rispetto alle clausole²⁰. Il giudizio di «meritevolezza in concreto» – o, per meglio dire, cominciando a familiarizzare coi termini della sentenza in commento, di «tutela su diversi piani» – richiede una corretta valutazione della globalità degli interessi coinvolti: non solo quello particolare dell'assicurato (e dei terzi danneggiati) a ricevere la manleva, ma anche quelli generali di mercato, la cui considerazione parte di necessità dalla funzione sociale svolta dall'impresa assicurativa e dal peculiare tipo di rischio da questa serialmente assunto.

Nel diritto delle assicurazioni l'impresa si caratterizza per un ruolo centrale, riuscendo la sua tenuta a garantire l'interesse generale «di sicurezza» della massa degli assicurati²¹. Gli studi hanno radici profonde e hanno fatto emergere l'esistenza di un legame intimo fra impresa e contratto, con pieni riverberi sul profilo funzionale. Il meccanismo di assunzione dei rischi deve fondarsi su una struttura economica professionalmente organizzata, giacché solo il procedimento tecnico-attuariale e la predisposizione del cd. «piano organico» consentono un'attività assuntiva capace di garantire un'effettiva neutralizzazione della massa di rischi omogenei. Il singolo contratto assicurativo non può essere considerato atomisticamente, ma

¹⁹ M. PENNASILICO, “*Ménage à trois*”: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 179 ss.; M. NUZZO, *Abuso del diritto e “nuovo” riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 3, 972 ss.

²⁰ Per molti: M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 935 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, “*Claims made*”, “*code lunghe*” e ostracismi giudiziali, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441.

²¹ M. MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi* in corso di pubblicazione su *Riv. dir. civ.* e consultato per gentile concessione dell'autore.

necessita di un coordinamento con la massa omogenea: le norme sulla «buona guida dell'impresa», la cui funzione è indirettamente volta al vantaggio generale che possono trarne tutti gli assicurati, esalta la funzione sociale dell'intera operazione assicurativa (art. 47 Cost.)²². Nell'economia sinallagmatica l'organizzazione imprenditoriale riesce ad emanciparsi, divenendo obbligazione di *facere* specifica ed autonoma (cd. «prestazione di sicurezza») il cui adempimento si pone nell'interesse di tutti coloro che stipulano contratti con l'assicuratore²³. L'architettura del codice civile riflette l'assunto con il principio di indivisibilità del premio, lo stesso il codice delle assicurazioni attraverso la regola dell'oggetto sociale riservato (art. 11) e la nullità di protezione per l'esercizio dell'attività senza autorizzazione (art. 167)²⁴.

L'attenzione per l'impresa costituisce il filo che lega gli ultimi interventi comunitari: la direttiva *Solvency II* (2009/138 CE), mutuando principi già noti nel bancario, fa della solvibilità dell'impresa e del principio di sana e prudente gestione le proprie linee direttrici²⁵. L'obiettivo è la protezione del mercato, la cui stabilità passa per un controllo da più fronti dell'impresa: vincoli funzionali, requisiti di capitalizzazione, requisiti specifici per i membri della *governance*, sana e prudente gestione quale regola di condotta²⁶. Il giudizio sulle *claims made* non può prescindere da tali considerazioni.

²² Il riferimento è alla «teoria dell'impresa» di Vivante: C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, Milano, 1987, ID., *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1929, 340; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione*, in *Assicuraz.*, 1942, I, *passim*; ID., *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicuraz.* 1953, I, 148.

²³ S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicuraz.*, 1959, 365; R. IPPOLITO, *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Assicuraz.*, 1981, 406; ID., *Il sinallagma contrattuale nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 512.

²⁴ O. CLARIZIA, *Contratto di Assicurazione, Impresa, Mercato: dialoghi tra passato (l'impresa requisito del contratto) e presente (nullità di protezione ed eteroregolamentazione)* in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, 1226.

²⁵ S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. Impr., Eur.*, 2016, 2, 691.

²⁶ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131.

3. *Funzioni e utilità delle clausole claims made nella prospettiva d'impresa.*

In un ordinamento in cui la responsabilità civile è sempre più (obbligatoriamente) assicurata ed in cui la solvibilità dell'impresa è valore di interesse superindividuale giuridicamente protetto non sembra più completamente rinunciabile il ricorso al modello delle *claims made*. La direttiva *Solvency II* ha modificato radicalmente le modalità di calcolo delle riserve tecniche (e, conseguentemente, dei premi) appesantendo gli oneri in testa alle imprese. L'inversione del ciclo produttivo impone che i premi incassati siano sufficienti a far fronte ai futuri sinistri e a consentire il rispetto dei nuovi parametri di riservizzazione imposti. In tale prospettiva la riqualificazione a posteriori da parte del giudice circa la delimitazione del rischio programmato contrattualmente cozza con la necessaria prevedibilità su cui dovrebbe basarsi il procedimento tecnico – attuariale²⁷.

Del resto lo sviluppo del modello di assicurazione in parola si lega a doppio filo con la recente derivazione imperialistica della responsabilità civile²⁸ e con l'emersione di nuove figure di danno di sempre più difficile calcolabilità²⁹: attraverso il nuovo modello sarebbe infatti «così possibile determinare con sicurezza il termine finale di esposizione dell'impresa al rischio assicurato, e riportare dunque entro la soglia di assicurabilità danni della cui ampiezza non è dato prevedere»³⁰. Gli è che l'equilibrio dell'impresa difficilmente può essere sostenuto attraverso l'adozione del modello previsto dal codice civile (tanto meno con una sua automatica reintroduzione giudiziale postuma), che costringerebbe a proiezioni statistico-attuariali di difficile valutazione e

²⁷ A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 301.

²⁸ Il richiamo è all'espressione di G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2016, 3, 221.

²⁹ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799 ss.; ID. *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 3.

³⁰ Sul punto M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, 1021 ss.

sostenibilità³¹, esigenza questa avvertita dalla sentenza. Sicché, per evitare la selezione avversa della fuga delle imprese dal mercato o del potenziale innalzamento dei premi assicurativi occorre riflettere sul valore dell'alternativa *claims* in una prospettiva globale.

Conscio di tali premesse muove il ragionamento delle Sezioni unite del 2018, che si soffermano più diffusamente sull'origine della clausola per affermarne la necessità e, sfruttando la funzione gnoseologica della comparazione³², ne riconoscono la tipicità "speciale", cioè (perlomeno) in quei settori caratterizzati da danni cd. lungolatenti³³. Proprio il riferimento comparatistico non è da sottovalutare, risultando molto più di un semplice esercizio retorico. Lo spunto pare piuttosto uno sforzo interpretativo che coglie l'origine del modello, nato per la sua attitudine a garantire la resistenza delle imprese sul mercato e non può essere

³¹ U. CARNEVALI, *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2016, 8-9, 759 ss.

³² La sentenza, infatti, si concentra anche sul «riconoscimento a livello di diritto positivo del fenomeno in altri paesi continentali come Francia, Spagna, Belgio». Per qualche spunto comparatistico cfr. anche R. FORNASARI, *In attesa delle Sezioni Unite: brevi note circa la disciplina della clausola claims made in Francia e Germania*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, 723 ss.

³³ «Sono ben note le ragioni storiche che hanno dato luogo [...] alle clausole *claims made*, affermatesi – in estrema sintesi – come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti [...]. Di qui l'esigenza [per l'impresa] di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi», con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo», il che risponde direttamente all'obiezione dell'ordinanza interlocutoria secondo cui: «Essa non è affatto quel baluardo contro il rischio di tracolli finanziari che certa dottrina vorrebbe far credere, ma è più banalmente una clausola conveniente per l'assicuratore: e va da sé che la validità dei contratti non si giudica in base alla loro convenienza per l'una o per l'altra parte». Il *leading case* americano, è arcinoto, riguarda un caso sullo sviluppo di patologie derivanti dall'amianto: *Keene Corp. v. Insurance Co. of North America*, 667 F.2d 1034 (D.C. Cir. 1981), seguito da un caso in cui il danno derivava da un farmaco risultato solo poi cangerogeno, *Eli Lilly and Co. v. Home Ins. Co.*, 482 N.E. 2d 467 (S.C. Indiana, 1985), ma le polizze erano già diffuse nel mercato assicurativo inglese proprio per le ipotesi di responsabilità civile, cfr. M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, cit., 1021 ss.

dimenticato anche in una prospettiva internazionale di competizione fra modelli ed ordinamenti³⁴.

4. Riconoscimento della tipizzazione delle clausole.

Come anticipato, il nuovo intervento è più consapevole della molteplicità di interessi coinvolti, nonché della complessità della questione nei suoi precipitati pratici e teorici.

In primo luogo la sentenza si sofferma più approfonditamente sulle possibili sfaccettature della copertura *claims*, abbandonando lo sfavore aprioristico nei confronti del modello impuro, il quale – si dice – nella sua «complessità», ben può essere mitigato «in base a più varianti». Già subito la sensazione è che si voglia insistere sul fatto che i correttivi di retro/ultra attività (c.d. *sunset clause* e *deeming clause*) siano idonei a impedire quella immeritevolezza «sempre e comunque» di cui parlava l'ordinanza di rinvio³⁵ e sulla considerazione che la lettura del problema non possa basarsi su di un semplice raffronto col modello legale, dovendo invece essere scrutinato nella completezza del variegato microsistema che ha dato origine alle *claims*³⁶.

Muovendo coerentemente dalle premesse, la sentenza prosegue partendo da un'«analisi di complessità già risolta sul piano del diritto positivo di più recente conio» e giunge così ad esplicitare un precetto di notevole importanza (anche se non di assoluta novità): il

³⁴ G. FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1, 40 ss.

³⁵ «Lo schema essenziale al quale si ispira il modello c.d. “*claims made*” [...] trova poi concretizzazione, nella prassi assicurativa, in base a più varianti, la cui riduzione alle due categorie più generali [pura/impura] è frutto unicamente di convenzionale semplificazione, la quale, tuttavia, non può elidere la complessità del fenomeno».

³⁶ Sul punto cfr. già A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro It.*, 2017, I, 6, «Questo modo di guardare le cose rivela un errore di prospettiva. Che consiste, a conti fatti, nel rimproverare alla clausola *claims made* di non operare come la previsione pattizia improntata al criterio di *loss occurrence*. Se, alle corti, il parametro valutativo è quello testè evocato, l'esito negativo può darsi per scontato. La *claims made* fa un altro lavoro. Per meglio dire, fa lo stesso lavoro assicurativo, ma in modo diverso. E, allora, i “buchi di garanzia”, intorno ai quali si è scatenata una sorta di caccia alle streghe, non possono essere ricostruiti in chiave statica, ossia in rapporto a ciò che una polizza dell'un tipo, sottoscritta per un dato lasso temporale, non copre rispetto a quella, di diverso lignaggio, sottoscritta per lo stesso periodo», *cit.* 930.

riconoscimento espresso nel tipo assicurativo della clausola *claims made* «da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale»³⁷ e pienamente partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni. La sentenza afferma che i recenti interventi normativi interni in tema di assicurazione della responsabilità forense (art. 2 d.m. 22 settembre 2016) e responsabilità per l'esercizio della professione sanitaria (cd. Legge Gelli-Bianco) devono essere inquadrati in una prospettiva di «circolarità tra impianto codicistico e micro-sistema speciale che, nella evidenziata saldatura tra i due ambiti, esprime una forza ordinante particolarmente efficace». Il che chiarisce, senza più possibilità d'equivoco, che il modello assicurativo della responsabilità civile può essere ormai declinato in due espressioni, entrambe tipiche e fra loro astrattamente fungibili: la forma *loss occurrence* e quella della legge Gelli a sfondo *claims made*. La «forza ordinante» delle novelle positive non è peraltro frutto di una scelta eclettica o isolata del legislatore, ma deriva da principi ormai affermati nel campo della prassi per le esigenze sopraesposte, «giacché il diritto legislativo (o di immediata derivazione) ha recuperato nel substrato della realtà materiale socio-economica una regolamentazione giuridica pattizia già diffusa nel settore assicurativo».

Il processo di tipizzazione, prima sociale poi normativa, si sviluppa naturalmente nei settori operativi caratterizzati da danni lungolatenti, dunque in primo luogo sanitario e delle professioni, ma la prospettiva di tipo funzionale non impedisce che la standardizzazione possa consentirne l'adozione in tutti i campi «giustificati dalla medesima logica assicurativa, ossia quella della copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza»³⁸. Viene cioè

³⁷ In dottrina già si era parlato di tipicità, cfr. M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di professionali per gli avvocati*, in *Contr. Impr.*, 2017, 3, 988; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la "claims made" dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 6, 1390. In giurisprudenza: Tribunale di Catania 3 aprile 2018, n. 1456.

³⁸ «Tale controllo [di meritevolezza] deve svolgersi in concreto, procedendo ad una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco nello specifico contesto in cui l'assetto di interessi programmato dal contratto li colloca. Il che dovrebbe implicare in primo luogo che sotto tale profilo non si possa continuare a discutere di clausole denominate *claims made*, ma solo di clausole specifiche in specifici contesti di rischio [...] debbono essere adattate alla tipologia di rischi di responsabilità civile cui è esposto l'assicurato. Da ciò discende che diviene essenziale considerare la

esplicitato che l'estensibilità del modello vada giustificata in considerazione dello speciale tipo di rischio assunto, la cui verificabilità a lungo termine va in un qualche modo coordinata con l'esigenza dell'impresa di farvi fronte, che altrimenti difficilmente potrebbe essere garantita la funzione sociale di sicurezza.

La considerazione compiuta dalla corte sul rapporto fra diritto e realtà sociale colma il ritardo culturale che spesso si riscontra nel rapporto fra giudici ed economia e pare quanto mai condivisibile, cogliendo la necessità, attualmente avvertita, di avere un *diritto dei privati*, inteso come strumento capace di generare istituti che diano risposte collettive a bisogni sociali diffusi. In questo senso, con le opportune cautele e correttivi, la fruibilità dell'alternativa *claims*, almeno quando non imposta in chiave totalmente prevaricatrice dall'impresa, può fornire il giusto compromesso fra protezione individuale e interessi di (stabilità del) mercato. In altre parole è evidente la distanza dall'ordinanza di rinvio: la *claims made*, eventualmente acconciata coi vari correttivi del prolungamento di copertura prima e/o dopo la naturale efficacia del contratto, può essere uno strumento flessibile che consente all'impresa di calibrare sinallagmaticamente una prevedibile gestione del rischio con un premio corrispettivamente adeguato.

5. Dal giudizio di meritevolezza alla causa in concreto: cosa cambia?

La complessità di aspetti coinvolti ed il passaggio dal piano dell'atipicità a quello del riconoscimento legale si riflette inevitabilmente sul sindacato della clausola, determinando, si afferma: «il superamento di un giudizio improntato alla logica propria della "meritevolezza", siccome ancorata al presupposto della atipicità contrattuale» e «consentendo anche una simbiosi di categorie e rimedi».

È invece questo il passaggio più criticabile della sentenza.

Il riconoscimento legislativo che pareva così, di primo acchito, di per sé stesso sufficiente a determinare la meritevolezza, il cui vaglio parrebbe da abbandonare, viene in realtà nuovamente minato, *inter alia*,

posizione specifica dell'assicurato, il che equivale a prendere in considerazione la tipologia o ramo di attività svolto, dall'assicurato stesso», A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti della clausola claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, cit. 700.

dalla previsione di un (altro ma sostanzialmente identico) giudizio attinente alla «causa in concreto» del negozio. Il trasferimento dal secondo al primo comma dell'art. 1322 c.c. non pare infatti, nell'argomentazione qui invero parzialmente contraddittoria, portare delle significative differenze rispetto al precedente del 2016 poiché, si prosegue: «è un *test* [quello della causa in concreto] che non prescinde, però, dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al citato capoverso dell'art. 1322 c.c.». Dopo benevole premesse sul riconoscimento delle clausole e circa la loro “naturale meritevolezza”³⁹, cresce insomma il sospetto che in realtà si stia facendo rientrare dalla finestra ciò che poche righe prima era stato accompagnato fuori la porta. Il piano della valutazione circa la causa in concreto non è l'unico livello di protezione dell'assicurato prefigurato dalla sentenza, poiché, prosegue, «si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica [...], ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto». Si fa così riferimento alle norme generali in tema di buona fede come regola di condotta sia nell'esecuzione (art. 1175 c.c., art. 1375 c.c. e art. 2 Cost.) sia nella fase di formazione del rapporto (art. 1337-1338 c.c.), con conseguente (in teoria) traslazione rimediabile nel campo del risarcimento, secondo la nota distinzione puntualmente richiamata⁴⁰, ma poi subito distrattamente ritrattata. Proseguendo in questa ibridazione di rimedi di poco agevole comprensione⁴¹, la Corte richiama così gli obblighi di trasparenza: il principio di buona fede trova nel diritto delle assicurazioni una specificazione nell'«adeguatezza» del prodotto assicurativo di cui alla

³⁹ «[per] l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti, la legge (speciale) ne detta ora, in regime di obligatorietà, le coordinate di base, inderogabili *in pejus*, individuando in esse non solo il substrato del modello negoziale “meritevole”, ma, con ciò, la stessa idoneità del prodotto assicurativo a salvaguardare gli interessi che entrano nel contratto».

⁴⁰ Il riferimento è alla nota distinzione fra regola di condotta e regole di validità come delineata dalle gemelle n. 26724/2007 e n. 26725/2007, *ex multis*: F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre n. 26725*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, 1, 1 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti.*, 2008, II, 104 ss.

⁴¹ G. MIOTTO, *Per le sezioni unite la claims made è (sempre stata) tipica, ma...*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 184.

lett. b) dell'art. 183 cod. ass. che impone, tra l'altro, all'impresa e agli intermediari nella fase di offerta e di esecuzione di «acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali»⁴², il che però nelle parole della Corte non riconduce al piano della condotta, date le sterzate argomentative. Non pare, di fatti, che il criterio della causa in concreto sia correttamente delineato come ragione pratica dell'affare⁴³, ma come un unico spettro ad ampio raggio che investe senza distinzioni tutto il procedimento contrattuale dalla fase di formazione a quella esecutiva e patologica. Sicché, ad esser giudicato, rischia di essere non tanto il senso dell'operazione economica, quanto (ancora!) la copertura o meno del singolo caso, con unica cura di valutare l'interesse esclusivamente individuale (e non contrattuale, né tanto meno generale) dell'assicurato ad avere la più conveniente (: ampia) copertura possibile, a prescindere da quanto effettivamente pattuito (e corrisposto)⁴⁴.

In altre parole il richiamo all'aspetto relativo all'informativa precontrattuale parrebbe trovare riconoscimento in quella dottrina che già aveva auspicato tale soluzione con riferimento al precedente del 2016⁴⁵, ma viene qui inserito dalla Corte in un contesto più ambiguo, con una sorta di sovrapposizione con la causa in concreto che riporta la questione sotto il profilo dell'invalidità e ancora nel campo della nullità

⁴² Non è caso il fatto che il legislatore abbia richiamato anche in questa norma, dettata in tema di trasparenza, la regola di sana e prudente gestione (lett. d), evidenziando, anche da un punto di vista sistematico, di come la regola sia dettata in funzione del più alto legame impresa-contratto, cfr. S. NITTI, *Commento all'art. 183*, in *Codice delle assicurazioni private annotato con la dottrina e la giurisprudenza* A. CANDIAN-G. CARRERO (a cura di), Napoli, 2014, 786.

⁴³ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 251.

⁴⁴ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, in *Foro It.*, 2018, I, 11 «ovvio che l'interesse dell'assicurato – di qualunque assicurato – è avere la copertura assicurativa più ampia possibile...! Senonché, certo non basta questo per dire che la massima copertura possibile è comunque l'intenzione delle parti. Se no, si finisce per identificare impropriamente la comune intenzione delle parti con l'intenzione (l'interesse) individuale di una sola parte», *cit.* 3517.

⁴⁵ M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, *cit.*; A. VICARI, *op. cit.*, A. CANDIAN, *op. cit.*, 678 ss.; sul rimedio risarcitorio precontrattuale contro polizze valide, ma sconvenienti, v. già V. BACHELET, *“No contract is an island”*: *nuovi spunti in tema di claims made (attendendo le Sezioni unite)*, in *Contratti*, 2018, 264 ss., spec. 272 ss.

(ma senza nuova sostituzione automatica reale ex art. 1917 c.c.)⁴⁶: «ne deriva che lo iato tra il primo [il contratto] e la seconda [la disciplina legale per i settori professionali] per aver la stipulazione ignorato e/o violato quanto dalla legge disposto [...] comporterà la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c. A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto, in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., così da integrare lo statuto negoziale (non già tramite il modello loss occurrence, bensì) attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa».

È questo, nonostante vi si arrivi con un percorso argomentativo contorto, il punto di maggior distacco rispetto al precedente del 2016, optandosi qui in via preferenziale per un rimedio, di natura conservativa, che tenta di ripristinare l'equilibrio contrattuale e non per una demolizione integrale della pattuizione convenuta⁴⁷. Parrebbe dire la Corte cioè che la tipizzazione della *claims*, almeno con i correttivi della legge Gelli, assicura un minimo livello di protezione capace di ripristinare la funzione minima del contratto senza che occorra (: si possa) riscrivere la pattuizione a tutto scapito dell'impresa⁴⁸. Si prospetta così, con una motivazione claudicante, uno scrutinio del contratto attraverso la lente del principio di «adeguatezza», che potrebbe, se correttamente inteso, elevare la valutazione ad un più alto

⁴⁶ In una logica che, secondo parte della dottrina è però inevitabile nei settori connotati dalla presenza di forti interessi pubblicistici, D. MAFFEIS, *Episodi patologici della prassi bancaria e cause di nullità dei contratti bancari e di investimento*, in questa *Rivista*, 2017, I: «il problema non è la certezza del diritto, ma la presenza di principi di ordine pubblico che il giudice [...] potrà chiamare con questo o quel nome – la meritevolezza degli interessi – o formula – la causa concreta – che potranno non coincidere alla perfezione, ma sono, a ben vedere, assai fedelmente tributari di principi che sono scritti in modo chiaro sia nel TUB sia nel TUF», *cit.* 193.

⁴⁷ P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 150.

⁴⁸ Non è tuttavia chiarito se il correttivo debba necessariamente prevedere una copertura decennale come nel modello Gelli-Bianco o se effettivamente anche clausola di retro e ultra attività di durata più limitata siano idonee a superare il vaglio del controllo giudiziale, si pone il dubbio M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, *cit.*, 151-152.

respiro, capace di coinvolgere la funzione utile del contratto assicurativo e le regole d'organizzazione interna dell'impresa⁴⁹. Dal riconoscimento della tipicità "speciale" deriva cioè la sostituibilità del regolamento condiviso, "in concreto inetto alla funzione di copertura del rischio", non con l'alternativa *loss occurrence* ma, parrebbe, soltanto con uno schema a sfondo Gelli⁵⁰. L'integrazione giudiziale può attingere così alle più diverse sfumature e non alla rigidità univoca del modello del codice: il che lascia, di nuovo, un ampio margine di manovra alla magistratura, a cui inevitabilmente spetterà la definizione del parametro di adeguatezza secondo uno schema casistico con esiti nuovamente incerti⁵¹.

La Corte, così definita la nuova forma di controllo giudiziale della clausola *claims made*, mantiene una certa ambiguità di fondo, richiamando sincreticamente diversi concetti (obblighi di informativa, abuso del diritto e causa in concreto) con una commistione che non esplicita i rispettivi ambiti operativi e offre solo timidamente una linea di tendenza, atteggiamento questo non nuovo in giurisprudenza⁵². Si perde, peraltro, un'importante occasione per precisare una distinzione concettuale ancora mai ben definita in sede giurisprudenziale, ossia quella dei confini fra "meritevolezza" e "causa in concreto", lasciando intravedere una lettura identica dei due concetti, che si differenzierebbero sterilmente solo per l'ambito di applicazione (la causa in concreto per i contratti tipici, la meritevolezza per quelli atipici) e che trova, come noto, da tempo tentativi di superamento in dottrina⁵³.

⁴⁹ M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1, 30; sul punto cfr. lo sforzo interpretativo di A. ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made tipizzata dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 145.

⁵⁰ Esprime insoddisfazione per il punto S. MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 158.

⁵¹ A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, in *Foro It.*, 2018, I, 11, 3523; B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *ibidem*, 3524.

⁵² Per alcune note sul punto in tema di prodotti finanziari cfr. A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. Impr.*, 2017, 3, 921.

⁵³ G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro It.*, 2018, V, cit. 221: «La definitiva acquisizione – anche

nell'elaborazione giurisprudenziale – del concetto di causa in concreto, da un lato, e, l'affermazione della rilevanza della Carta costituzionale nell'ambito del diritto dei contratti, dall'altro, inducono a chiedersi se il giudizio di meritevolezza non debba investire la totalità dei contratti e se, dunque, non abbia oggi una portata più ampia e – non foss'altro per questo – diversa rispetto ai tempi della sua comparsa nel codice», cfr. anche M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, *cit.* 803, che propone «una interpretazione positiva della meritevolezza che si pone in coerenza logica con la considerazione del principio di autonomia negoziale quale valore dell'assetto ordinamentale interno e comunitario».

Fideiussore persona fisica e attribuzione dello status di consumatore

Tribunale di Milano, Sez. VI, 29 novembre 2018

SOMMARIO*: 1. *Il fatto e le questioni* – 2. La teoria del c.d. “*professionista di riflesso o di rimbalzo*” – 3. L’innovativo orientamento assunto dalla Corte di Giustizia – 4. La questione dello status del garante nell’ambito di un contratto autonomo di garanzia – 5. Conclusioni

1. Il fatto e le questioni

Le attrici proponevano opposizione al decreto ingiuntivo n. 530/2018 emesso nei loro confronti in qualità di fideiussori di una società di capitali, chiedendo, atteso il loro status di consumatrici, che fosse accertata l’incompetenza territoriale del Tribunale di Milano adito in favore del Tribunale di Cremona, foro di loro residenza, e per l’effetto, di revocare il decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Milano limitatamente alla ingiunzione di pagamento pronunciata nei loro confronti.

A sostegno della loro richiesta le opposenti lamentavano che la parte creditrice avesse prestato credito alla debitrice principale nonostante fosse a conoscenza della precarietà delle sue condizioni patrimoniali, senza, tra l’altro, informare preventivamente i fideiussori di tale circostanza e senza ottenere la loro autorizzazione. Evidenziavano, altresì, la mancanza di qualsivoglia collegamento fra il loro status di fideiussori e quello della debitrice principale, avendo esse garantito le obbligazioni della predetta società di capitali non certamente per procacciarsi un vantaggio di natura economica collegato all’attività di impresa, ma solo in virtù di un legame affettivo e di solidarietà familiare intercorrente con la società garantita, a prescindere da qualsivoglia rapporto di matrice professionale e chiedevano, dunque, la liberazione dalla obbligazione fideiussoria assunta ai sensi dell’art. 1956 c.c.

* I paragrafi 1,2,3 sono stati redatti da Vincenza Cinzia Meccola, i paragrafi 4 e 5 da Carmela Robustella.

Si costituiva parte opposta contestando l'eccezione di incompetenza ex adverso formulata e ritenendo invece valida la deroga convenzionale prevista in ambito fideiussorio in favore del Tribunale di Milano adito.

Il Tribunale di Milano concludeva dichiarando la propria incompetenza per essere competente il Tribunale di Cremona e revocava, altresì, il decreto ingiuntivo opposto.

2. La teoria del c.d. “professionista di riflesso o di rimbalzo”

L'ordinanza in commento affronta la questione relativa alla individuazione della qualifica in termini di *status* del fideiussore persona fisica risolvendola in base al criterio funzionale esistente fra detto soggetto fideiussore e l'attività del debitore principale garantito. Il quesito verte su come debba essere inquadrato giuridicamente il garante/fideiussore “persona fisica” che presti garanzia ad un “professionista” - nella fattispecie, una società - benché estraneo agli scopi professionali perseguiti da quest'ultimo. Ci si chiede, in altri termini, se esso debba essere qualificato come “professionista” ovvero “consumatore” con conseguente possibilità di ricorrere all'apparato rimediabile tipico della disciplina consumeristica, e nel caso di specie all'applicazione della nullità di protezione *ex art. 36 Cod. cons.*

La sentenza che ci occupa è connotata da un carattere di novità rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario orientato alla teoria del “*professionista di riflesso o di rimbalzo*”,¹ secondo il quale

¹ La giurisprudenza italiana di legittimità è orientata in senso conforme alla tesi del professionista “di rimbalzo” o “di riflesso”, ribadendo che «la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore». Cfr., fra le altre, Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2149, con nota di F. DI MARZIO, *Intorno alla questione di consumatore*, in cui chiaramente si asserisce che «[...] la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. In tal senso è decisivo il carattere di accessorietà della fideiussione, in virtù del quale il contratto che costituisce l'obbligazione fideiussoria è collegato con il contratto costitutivo dell'obbligazione principale e proprio in virtù di tale collegamento rientra nell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva». Nello stesso senso, Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Mass. Foro It.*, 2005; Cass., 13 maggio 2005, n. 10107 in *Mass. Foro It.*, 2005; Cass., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, 1175; in *Dir. prat. soc.*, 2006, 72 ss., con commento di P. LONGHINI, “*Factoring*” e fideiussione rilasciata da socio della

il fideiussore, stante la natura accessoria dell'obbligazione fideiussoria, assume la veste, *per relationem*, di professionista in ragione della posizione che viene a rivestire il debitore principale nel rapporto garantito. Partendo da tale prospettiva, il contratto principale attrarrà il contratto accessorio, ovvero la fideiussione, sia sotto il profilo oggettivo, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito e quello costitutivo dell'obbligazione fideiussoria, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che lo *status* del debitore principale "influenza e condiziona" quella del fideiussore in ordine alla qualifica di consumatore.

La mancanza di autonomia costituisce, infatti, l'elemento che notoriamente distingue il negozio fideiussorio, assoggettato al regime

società cedente: profili di tutela; in *I Contratti.*, 2007, 225, con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*; Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, in *Diritto e Giustizia.*, 2011, 506, con nota di S. BORTOLOTTI, *Il fideiussore di una società non è un consumatore*, in cui si attesta che in presenza di un contratto di fideiussione è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore all'obbligazione garantita; Cass., 7 gennaio 2013, n. 180, in *www.dirittoprivatoinrete.it*, la quale, ribadendo il carattere dell'accessorietà del contratto di fideiussione, osserva come tale prerogativa, trasferita sul piano processuale, costituisce uno dei criteri che derogano le regole generali in tema di competenza per territorio nei rapporti obbligatori, favorendo in tale ipotesi la soluzione del *simultaneus processus* (art. 31 c.p.c.) Più di recente, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, in *www.dirittobancario.it*. Tutte le pronunce sono concordi nel negare che una persona fisica che garantisca personalmente il debito di un soggetto professionista possa assurgere al ruolo di consumatore. Anche parte della giurisprudenza di merito si attesta sull'orientamento accolto dalla Suprema Corte: cfr. Trib. Spoleto, 2 novembre 2015; Trib. Milano, 12 giugno 2012, n. 7188; in *Banche dati giuridiche*; Trib. Padova, 9 gennaio 2012, n. 47, in *www.dirittobancario.it*. e in *Notariato*, 2013, 691, con nota di M. RINALDO, *Contratto di fideiussione e ambito applicativo della disciplina dettata dal codice del consumo*; Trib. Bologna, 12 giugno 2014, n. 20870 in *www.ilcaso.it*, il quale osserva che "con riferimento al garante ha affermato che: "la parte utilizzatrice è operatore commerciale, e non può avvalersi della più pertinente tutela apprestata per il consumatore; anche la fideiussione, d'altro canto, avendo natura accessoria al contratto commerciale, deve essere qualificata come un contratto ad uso del commercio, stipulato per finalità estranee alla sfera della vita privata del garante, e non beneficia della tutela del codice del consumo". In senso critico, G. DE CRISTOFARO, *Discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, V. ROPPO e A. M. BENEDETTI (diretto da), Milano, 2014, 46, il quale correttamente osserva che il problema va impostato in termini diversificati in relazione alle discipline diverse a cui si ricorre.

legale tipico, dal contratto autonomo di garanzia, e in genere dalle garanzie a prima richiesta, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 1322 cc, comma 2², e che si caratterizzano per la legittimità dell'escussione della garanzia, senza la preventiva valutazione della validità e vigenza del rapporto principale.

Ne consegue che l'accessorietà costituisce non solo uno degli elementi tipici del contratto fideiussorio, ma anche il carattere distintivo di questo negozio rispetto alle altre forme di garanzie personali atipiche del credito fondate sulla tendenziale totale autonomia ed indipendenza del rapporto di garanzia con quello principale. La teoria non arriva ad escludere la ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione degli artt. 33 e ss del Cod. cons., ma opera in modo indiretto, moderando la rilevanza del contratto di fideiussione ed attraendo la tutela del fideiussore in quella del debitore principale, quasi fosse costui l'unico soggetto coinvolto nell'operazione negoziale complessiva³.

Inoltre, l'obbligazione fideiussoria deriva la propria validità ed efficacia dall'obbligazione principale, *ex art.* 1939 c.c., e non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose di quelle del contratto, estendendosi altresì a tutti gli accessori del debito garantito.

In senso contrario alla teoria del “professionista di rimbalzo”, oltre a qualche isolato precedente della giurisprudenza di merito⁴, si è

² Cass., Sez. Un., 18 febbraio, n. 3947, in *Notariato*, 2010, 4.

³ In tal senso M. SESTA, *I contratti bancari, Commentario al Capo XIV BIS C.C.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 108, il quale legittima l'applicabilità della disciplina dei contratti del consumatore alla fideiussione grazie al collegamento negoziale tra i due contratti, in forza del quale la fideiussione soddisferebbe i requisiti della sinallagmaticità e della cessione di beni o prestazione di servizi; conseguentemente, egli sostiene che sia un dato di coerenza con la precedente affermazione ritenere che la qualifica soggettiva del fideiussore resti assorbita da quella del debitore principale. Ne emergerebbe che il principio di attrazione delle qualifiche soggettive trovi la sua origine e razionale giustificazione nella riflessione relativa alla ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione della disciplina di tutela e non a questioni relative al presupposto soggettivo.

⁴ Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corriere di merito*, 2006, 317. La pronuncia *de qua* rileva che «lo status di consumatore [...] tuttavia, va giudizialmente riconosciuto ogni volta che la garanzia rilasciata in favore di un professionista provenga da persona che non partecipa, né in modo indiretto né direttamente, all'attività imprenditoriale cui si riferisce il credito garantito». Più recentemente, in termini analoghi, Trib. Brescia, 22 maggio 2018, n. 1548, in *www.ilcaso.it*.

espressa anche la dottrina maggioritaria⁵, la quale ha evidenziato come l'indagine non debba avere ad oggetto l'individuazione dello *status* del debitore principale bensì, in armonia con la disciplina di protezione del consumatore, la matrice degli interessi che in concreto spingono il fideiussore a prestare una garanzia personale. Da tale osservazione emerge, pertanto, che, qualora non sussista un collegamento tra la posizione del garante e l'attività economica esercitata dal debitore principale (si pensi alla fideiussione prestata dal coniuge o da un parente dell'imprenditore), l'attribuzione al primo della qualifica di consumatore sarebbe allora ammissibile e legittima.

3. *L'innovativo orientamento assunto dalla Corte di Giustizia*

La Corte di Giustizia⁶, rivedendo il suo precedente orientamento⁷, ha affermato da ultimo che è «in capo alle parti del contratto di garanzia o

⁵ Cfr. E. SIMONETTO *La fideiussione prestata da privati*, Padova, 1985, 109-117; M. GRANIERI *Natura accessoria della fideiussione*, in *Danno e resp.*, 1998, 773; E. GUERINONI, *La fideiussione negoziata fuori dai locali commerciali*, in *I Contratti*, 1999, 742; TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorieta della fideiussione*, in *I Contratti*, 1999, 738, 136 ss.; M. LOBUONO, *Contratto e attività economica nelle garanzie personali*, Napoli, 2002, 103 ss., critico nei confronti dell'applicazione restrittiva delle norme a tutela del consumatore; F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, 104 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 534-537; A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, in www.dirittobancario.it; L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *I Contratti*, 2015, 195 ss.; P. SIRENA-D. FARACE, *I contratti del consumatore*, in *I contratti bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), in *Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO -E. GABRIELLI (diretto da), Torino, 2016, 267 ss.; V. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 173.

⁶ Corte Giust. UE, ordinanza 19 novembre 2015, in curia.europa.eu; analogamente L. VIZZONI, *Cassazione e vicenda fideiussoria: fra qualifica soggettiva del garante e abusi del creditore*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 291 così l'ABF di Milano (Collegio di Milano, 27 settembre 2016, n. 8296, in www.arbitrobancariofinanziario.it, 27), in riferimento a due fideiussioni *omnibus* rilasciate da un socio di s.r.l., impronta la qualificazione soggettiva del garante su un'attenta analisi della posizione di questi rispetto all'operazione compiuta dal debitore principale, approdando all'attribuzione della veste giuridica di consumatore sulla scorta di indici univoci e concordanti.

⁷ Corte Giust. CE, 17 marzo 1998, C-45/96, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1999, II, 129 ss., con note di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori da locali commerciali e*

di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito». La Corte ammonisce, tuttavia, che l'attribuzione della qualità di consumatore non è conseguenza diretta dell'assenza della qualifica di imprenditore, dovendosi altresì integrare il requisito negativo dell'assenza di qualsiasi collegamento di natura funzionale tra gli interessi del fideiussore e quelli del garantito.

In una successiva pronuncia, la Corte di Giustizia⁸ ha stabilito che la nozione di consumatore, ai sensi dell'art. 2, lettera b) della direttiva 93/13, ha carattere oggettivo⁹ - essendo irrilevante qualsiasi indagine circa l'intento soggettivo del contraente, alla luce del principio generale di irrilevanza dei motivi in ambito contrattuale - sicché la ricorrenza o meno dello *status* di consumatore deve essere valutato conformemente ad un criterio funzionale volto a stabilire se il rapporto contrattuale in oggetto rientri o meno nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. Tale conclusione è in linea con il concetto di consumatore delineato dalla dottrina la quale attribuisce allo *status* di consumatore carattere occasionale e contingente, cui non corrisponde una individuazione di carattere naturalistico né una individuazione di carattere socio economico del contraente debole¹⁰.

Alcuni Collegi ABF hanno recepito le indicazioni della dottrina maggioritaria. Sebbene anche in questa sede non siano mancate

accessorietà della fideiussione, la quale, di fronte al caso del figlio fideiussore chiamato a garantire l'esposizione debitoria dei genitori imprenditori verso una banca, ha escluso la possibilità di riconoscere al garante la qualità di consumatore. Analogamente anche Corte Giust. CE, 23 marzo 2000, C-208/98, in *Foro It.*, 2000, IV, c. 201.

⁸ Corte Giust. UE, ordinanza del 14 settembre 2016, in *curia.europa.eu*. Questa importante ordinanza della Corte di Giustizia Europea è stata recentemente richiamata anche da Cass., 13 dicembre 2018, n. 32225, in *www.itagiure.giustizia.it*, che richiama l'impostazione della giurisprudenza europea in merito al carattere oggettivo della nozione di «consumatore», che deve « essere determinata alla luce di un criterio funzionale consistente nel valutare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito di attività estranee all'esercizio di una professione. Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se il contraente in questione possa essere qualificato come «consumatore» ai sensi della suddetta direttiva».

⁹ M. FRATTINI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2017, 527. In giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, 685.

¹⁰ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 13.

soluzioni aderenti all'orientamento del «professionista di rimbalzo»¹¹, alcune decisioni si sono discostate da questo impianto, sottolineando come, ove la qualifica soggettiva del debitore garantito dovesse ritenersi l'unico criterio per decidere dello *status* di consumatore o professionista assunto dal garante, potrebbe giungersi al paradosso di considerare consumatore - qualora il debitore principale rivesta tale *status* - anche il fideiussore professionale (come nel caso della banca o dell'assicurazione che garantisca il pagamento di canoni di locazione)¹². La soluzione adottata dalla pronuncia in commento appare la più coerente e logica e, all'uopo occorre operare una puntualizzazione: il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria è indubbiamente un elemento inconfutabile, che si evince dalla stessa natura giuridica della funzione svolta dal contratto *de quo*. È noto che la fideiussione consta anche di una causa derivata, giustificata dal rapporto sottostante che il fideiussore garantisce obbligandosi personalmente, e rafforzando, pertanto, le pretese creditorie del contraente-creditore. Il collegamento negoziale appena delineato non legittima un totale assorbimento della fideiussione nel contratto principale, atteso che, se si procedesse in questa direzione, verrebbe inevitabilmente svilita la *ratio* stessa del contratto di fideiussione, il

¹¹ ABF, Napoli, 16 marzo 2016, n. 2386; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n.2698; ABF Roma, 26 luglio 2013, n.4109, tutte consultabili in www.arbitrobancariofinanziario.it

¹² ABF Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, in dirittobancario.it; nello stesso senso, ABF Roma, 7 aprile 2010, n. 205, *ivi*; ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 323, in www.arbitrobancariofinanziario.it; ABF Roma, 28 febbraio 2013, n. 1136, *ivi*; ABF Napoli, 8 aprile 2015, n. 2698, *ivi*, ABF, Roma, 9 marzo 2017, n. 2422, *ivi*. Sulla stessa linea una recente decisione ABF, Collegio di Coordinamento, 8 giugno 2016, n. 5368, in www.arbitrobancariofinanziario.it, stabilisce che, nel caso in cui una persona fisica, nel rivestire il ruolo di socio, abbia garantito l'adempimento delle obbligazioni di una società commerciale, spetta all'organo giudicante determinare se questi abbia operato nell'ambito di un'attività professionale o sulla scorta di collegamenti funzionali con la società, tra i quali il rivestire il ruolo di amministratore o la detenzione di partecipazioni rilevanti, o, se di contro, egli abbia agito per fini di natura privata (Nella specie, il socio di cooperativa edilizia, privo di partecipazioni rilevanti e incarichi gestori, nel sottoscrivere la garanzia fideiussoria - volta a agevolare la concessione di un finanziamento alla società per la realizzazione di immobili -, è risultato essere mosso non già da un esclusivo *favor societatis*, quanto, piuttosto, da un interesse mutualistico a divenire proprietario di un immobile. Ciò ha favorito la qualificazione del socio garante quale consumatore).

quale sarebbe deprivato di qualsivoglia autonomia. Una prima peculiarità del collegamento negoziale che si realizza mediante il contratto di fideiussione è la diversità soggettiva delle parti che operano nei singoli contratti. Infatti, il debitore principale è terzo rispetto al contratto di fideiussione ed il fideiussore è terzo rispetto al contratto principale e, benché la fideiussione non sia valida se non lo è l'obbligazione sottostante ed il fideiussore possa far valere tutte le eccezioni fondate sul rapporto principale, il debitore principale non può far valere, a sua volta le eccezioni fondate sul rapporto di fideiussione e gli obblighi posti a carico del debitore principale non sono certamente vanificati dall'invalidità del contratto di fideiussione.¹³

Il fideiussore, allorquando garantisca l'obbligazione altrui, sebbene coinvolto in un'operazione economica più ampia, pone in essere un'operazione giuridica unitaria ed autonoma rispetto al rapporto garantito. La circostanza che la fideiussione sia "accessoria" rispetto all'obbligazione garantita non implica una identità fra l'obbligazione principale e quella garantita, nè si può legittimare un totale assorbimento del negozio accessorio in quello principale¹⁴.

¹³ Inoltre, mentre la funzione del contratto di fideiussione non può essere assolta in mancanza di un rapporto sottostante da garantire, il rapporto sottostante si presta ancora a soddisfare gli interessi con esso perseguiti dalle parti anche al venir meno della garanzia. Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 482 il quale chiarisce come «in tal caso i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione.». Particolarmente rilevante in merito la sentenza Cass., 5 febbraio 2008, n. 2655, in *Resp. civ. prev.* 2008, 9, 1911, nella quale si esclude che la qualifica tributaristica del debito principale possa comunicarsi al debito fideiussorio poiché: «[...] l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva, data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia, ma anche oggettiva in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo», alla luce della quale diviene difficile ritenere coerente che addirittura le qualifiche soggettive del debitore principale possano attrarre quelle del fideiussore.

¹³ Si veda G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Roma- Napoli, 1980, 95 ss.

¹⁴ I contratti misti rientrano nei contratti atipici in senso lato, ai sensi dell'art. 1322 comma 2 e, come i contratti innominati, hanno una sola causa unitaria. Tuttavia mentre nell'ipotesi dei contratti atipici l'unica causa è originale, nei contratti misti pur essendo unica la causa, questa è la risultante della fusione di due o più contratti nominati. A differenza del contratto misto che è figura unitaria caratterizzata da un'unica causa, i contratti collegati sono due o più contratti completamente autonomi

Alla luce di quanto appena esposto emerge che occorre operare un distinguo fra unità logica dei due negozi, che deriva dall'accessorietà della fideiussione rispetto al negozio principale, e "disunità" reale, che riguarda l'indipendenza oggettiva e soggettiva delle due obbligazioni¹⁵. Si pensi, a tal proposito, alla causa della fideiussione che è uniforme e si sostanzia nella garanzia del credito, mentre l'obbligazione garantita può avere qualsiasi causa idonea alla sussistenza del negozio giuridico. Anche in relazione alla tutela del contraente debole bisogna, pertanto, ribadire l'autonoma considerazione che spetta al contratto fideiussorio.

4. *La questione dello status del garante nell'ambito di un contratto autonomo di garanzia*

La teoria del "professionista di rimbalzo", proprio perché basata sul carattere accessorio del contratto di fideiussione rispetto al credito garantito, non dovrebbe poter trovare applicazione nelle ipotesi in cui venga stipulato un contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), che si caratterizza, in modo chiaro ed inequivocabile, per l'autonomia dell'obbligazione di garanzia rispetto all'obbligazione

tra di loro, sia quanto alla causa, sia quanto alla struttura, ma connessi tra di loro in quanto preordinati al raggiungimento di un unico interesse. I contratti collegati sono quindi caratterizzati da una pluralità di negozi, e quindi da una pluralità di cause, e da una connessione funzionale tra gli stessi, ossia unificati da un nesso di interdipendenza e finalizzati alla realizzazione di un unico scopo finale consistente nella realizzazione dell'operazione economica complessiva. Si veda G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, cit., 95 ss., che ritiene l'autonomia della fideiussione enunciata nello stesso art. 1936 c.c. mediante l'espressione «personalmente», con la quale si esprimerebbe il collegamento diretto, vale a dire senza interferenza strutturale con il rapporto principale, tra fideiussore e creditore di modo che «in seguito all'assunzione dell'obbligazione, il fideiussore deve la propria prestazione, sulla base di un titolo autonomo rispetto a quello che giustifica la prestazione del debitore c.d. principale e, adempiendola, dà attuazione ad un obbligo proprio e non altrui». Cfr., inoltre, G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 104, 248, il quale precisa che, sul piano del rapporto, l'obbligazione del fideiussore e quella del debitore principale, pur avendo il medesimo oggetto, si differenziano sotto il profilo causale: la prima avrebbe causa di garanzia, la seconda la trarrebbe dal rapporto contrattuale principale. In altre parole, esse sarebbero due obbligazioni, benché identiche, diverse.

¹⁵ In tal senso L. VIZZONI, *Verso una tutela "consumeristica" del fideiussore: spunti di riflessione*, in *I contratti*, 2015, 3, 195.

garantita¹⁶. Se, infatti, come si è detto, in conseguenza dell'accessorietà che connota il tipo fideiussorio, è la qualifica del debitore principale ad attrarre inevitabilmente quella del fideiussore, cosicché, anche se il rapporto di garanzia è stipulato tra un professionista e un consumatore a quest'ultimo non potrà applicarsi la disciplina consumeristica se il debitore del rapporto di base, nel cui interesse è prestata la garanzia, è un professionista, nelle garanzie cd. autonome questa *vis attrattiva* del rapporto di base rispetto al rapporto di garanzia dovrebbe essere esclusa, poiché il tratto qualificante di queste garanzie è rappresentato proprio dalla carenza del requisito dell'accessorietà.

Come è noto, infatti, tra gli strumenti di tutela del credito attualmente in uso nella prassi dei rapporti commerciali, le garanzie autonome¹⁷ sono quelle che meglio consentono di assicurare la soddisfazione incondizionata dell'interesse economico del creditore-beneficiario, poiché vincolano all'adempimento il garante anche se l'obbligazione principale sia estinta o, addirittura, non sia mai sorta.

¹⁶ Sull'applicabilità della teoria del professionista di rimbalzo anche alle garanzie reali del credito e, in particolare, al nuovo modello di pegno non possessorio, istituito con l'art. 1 del d.l. n. 59/2016 — c.d. Decreto Banche – poi convertito nella l. 30 giugno 2016, n. 119, v. L. VIZZONI, *Spunti in tema di qualificazione dei contraenti e posizione del terzo garante nel nuovo scenario delle garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, II, 445 ss.

¹⁷ Nell'ordinamento italiano si è soliti denominare questa particolare forma di garanzia anche con la locuzione “contratto autonomo di garanzia” o “garanzia automatica” o “a prima richiesta”. Il rilascio di tali garanzie da parte del garante si pone come momento esecutivo di una complessa operazione economica che si realizza attraverso una serie di autonome pattuizioni intercorrenti tra almeno tre soggetti: ordinante, garante e beneficiario. L'ordinante si obbliga nei confronti del creditore, in conseguenza della conclusione del contratto posto a fondamento del rapporto di base, sia ad eseguire le obbligazioni da esso derivanti sia a procurargli una garanzia autonoma che copra tutti i rischi dell'inadempimento; il debitore-ordinante, conseguentemente, conferirà mandato al garante di prestare una garanzia al creditore-beneficiario che sia autonoma rispetto alle vicende che interessano il rapporto principale e il garante assumerà, pertanto, l'impegno di pagare un determinato importo al creditore-beneficiario allo scopo di garantire la prestazione dovutagli dal debitore principale, rispetto alla quale, però, egli rimane estraneo. Nella pratica del commercio internazionale, inoltre, è piuttosto frequente che l'operazione si presenti più articolata per la presenza di un contro garante. V., in argomento, S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003, 15 ss.

Trattandosi, infatti, di garanzie personali atipiche¹⁸, in quanto connotate dall'autonomia rispetto all'obbligazione principale, il garante¹⁹ assume l'impegno di pagare, a semplice richiesta del beneficiario, una determinata somma di denaro allo scopo di garantire la prestazione a quest'ultimo dovuta da un terzo²⁰, rinunciando a far

¹⁸ Sull'argomento esiste un'ampia letteratura e, pertanto, in via solamente indicativa, cfr. per tutti G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in A.A.VV., *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 1052 ss; ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 169 ss; ID., *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, I, 1 ss.; S. MACCARONE, *Il contratto autonomo di garanzia*, III, in *Dizionari di diritto privato*, N. IRTI (a cura di), Milano, 1981; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, 171 ss.; ID., voce «Garanzia (contratto autonomo di)», in *Novissimo Dig.*, Appendice, III, Torino, 1982, 918 ss; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991; ID., *Le garanzie bancarie <<a prima domanda>>*, in A.A.VV., *Le garanzie contrattuali*, U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), Milano, 1994, 209; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Napoli, 1990; ID., *Le garanzie atipiche*, Vol. I, *Garanzie personali*, Milano, 1999.

¹⁹ La dottrina, G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., 1067, non ha mancato di rilevare che la qualità soggettiva del garante assume un ruolo determinante nella funzione cauzionale assolta dalla garanzia che, pertanto, potrebbe essere prestata solo da un soggetto dotato di sicura solvibilità. Sul punto anche M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1994, 176, la quale rileva che “nulla vieta (...) che tali garanzie, oltre che dalle banche, vengano rilasciate da altri soggetti, quali ad esempio compagnie di assicurazioni, società finanziarie, e simili. Nella prassi tuttavia le garanzie bancarie risultano le più diffuse; ciò è probabilmente dovuto alla solidità patrimoniale tradizionalmente e universalmente riconosciuta agli istituti di credito e al fatto che i costi delle garanzie emesse da banche normalmente risultano più contenuti”.

²⁰ La prassi ci mostra varie tipologie di garanzie autonome le quali assumono specifiche peculiarità a seconda dello scopo a cui sono dirette. Le forme maggiormente in uso sono: la “garanzia dell’offerta” (*bid bond*), la “garanzia di buona esecuzione” (*performance bond*) e la “garanzia contro anticipo” (*repayment guarantee* ovvero *advance payment bond*). La garanzia di mantenimento dell’offerta normalmente si rilascia nella fase antecedente la stipulazione del contratto di base, in genere un contratto d’appalto, e mira a tutelare il committente dal rischio che il vincitore della gara si rifiuti di stipulare il contratto alle condizioni indicate nel bando. In tal caso il garante si obbliga a pagare al beneficiario, a semplice richiesta di quest’ultimo, una somma predeterminata che, in genere, non supera il 10% del valore dell’opera commissionata. La garanzia di buona esecuzione, invece, mira a tutelare il beneficiario contro il rischio d’inadempimento, totale o parziale, o di ritardo nell’adempimento del contratto di base. Il garante, in tal caso, si obbligherà nei

valere qualsivoglia eccezione relativa al sottostante rapporto obbligatorio garantito.

Si delinea, pertanto, in maniera evidente l'allontanamento delle garanzie in parola, tuttora prive di una specifica regolamentazione legislativa nel nostro ordinamento²¹, dall'archetipo legale della fideiussione: ed infatti, mentre nelle garanzie di tipo fideiussorio tra

confronti del beneficiario a versargli una somma determinata nel momento in cui lamenterà l'inadempimento o l'inesatto adempimento della prestazione dedotta in contratto. Infine, la "garanzia contro anticipo", che trova generalmente applicazione nei contratti di appalto, copre il rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi già corrisposti (nell'ipotesi in cui questi si sia reso inadempiente). Per una panoramica delle diverse tipologie di garanzie esistenti v. U. DRAETTA, *Le garanzie bancarie come forma di autotutela dei contratti internazionali*, in AA.VV., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale*, U. DRAETTA - C. VACCÀ (a cura di), cit., 242.

²¹ L'ammissibilità di tale figura negoziale, sorta alla fine dell'800 nell'ordinamento tedesco, ha incontrato forti resistenze nell'ordinamento italiano, nel quale l'autonomia della garanzia autonoma ha dovuto misurarsi con la previsione contenuta nell'art. 1325, n.2, c.c., espressione del principio di causalità. Infatti, poiché nel contratto autonomo di garanzia il garante è tenuto ad eseguire la propria prestazione anche in caso di invalidità o di altri vizi del rapporto principale, ci si è chiesti se ciò non desse luogo alla previsione di un negozio astratto. Al riguardo G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantiervetrag*, cit., 1064 ss, supera l'obiezione rilevando che per rendere causali questi contratti basta la dichiarazione in essi dello scopo di garanzia mentre la giustificazione ed il fondamento della prestazione vanno ricercati al di fuori del negozio stesso. La giurisprudenza, invece, dopo un iniziale tentativo di ricondurre il contratto autonomo di garanzia nell'alveo della modello fideiussorio e riscontata la difficoltà di incasellare in maniera sistematica un modello contrattuale sorto per soddisfare le esigenze del commercio internazionale, retto essenzialmente dalla *lex mercatoria*, ne statuisce l'ammissibilità in quanto contratto diretto a perseguire interessi ritenuti meritevoli di tutela. È opinione diffusa, infatti, che le garanzie autonome favoriscano lo sviluppo dei traffici giuridici, rendendo possibili importanti operazioni che, in assenza di adeguate garanzie, sarebbero difficili da realizzare. In tal senso, v. per tutte Cass., 1° ottobre 1987, n. 7341, in *Foro It.*, 1988, I, 103 ss., con note di M. VIALE, *Sfogliando la margherita: << Garantiervetrag >> e fideiussione <<omnibus >> in Cassazione*, e di A. CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il <<big sleep >> delle sezioni unite*. Può, quindi, affermarsi che l'introduzione della garanzia autonoma nel nostro sistema di diritto positivo rappresenti una conferma di quella teoria comparatistica secondo la quale il diritto circola in rapporto all'efficienza delle soluzioni che propone. Sul punto si veda U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: An essay in Comparative Law and Economics*, in *Internal Review of Law and Economics.*, 1994, 14 ss.

l'obbligazione principale e quella fideiussoria esiste un vincolo di accessorietà tanto sotto l'aspetto strutturale, per cui l'invalidità dell'obbligazione principale rende invalida anche la fideiussione, quanto sotto l'aspetto funzionale, poiché il fideiussore si obbliga ad eseguire nei confronti del creditore la stessa prestazione a cui è tenuto il debitore principale; nelle garanzie autonome, invece, il tratto qualificante è rappresentato proprio dalla carenza del requisito dell'accessorietà che consente, dunque, di "sganciare" l'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale, rendendo la prima completamente insensibile alle vicende che ineriscono al rapporto di base.

In forza di tale autonomia il garante si obbliga, dunque, incondizionatamente verso il beneficiario non tanto a garantirgli l'adempimento dell'obbligazione gravante sul debitore principale, il cui contenuto ben può consistere in una prestazione diversa (il più delle volte anche disomogenea²²) rispetto a quella necessariamente pecuniaria a cui è obbligato il garante, quanto piuttosto a ristorarlo del danno derivante dall'inadempimento del debitore principale²³

²² La prestazione a cui si obbliga il garante ha sempre ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, che andrà ad indennizzare il beneficiario nell'ipotesi di mancata soddisfazione del risultato economico sotteso all'obbligazione garantita rimasta inadempita; viceversa, la prestazione a cui si obbliga il debitore principale, nella maggior parte dei casi, non ha carattere pecuniario e può consistere nella consegna di cose determinate o in un fare (ad esempio stipulare un contratto, fornire delle merci, rilasciare un immobile). In tali ipotesi, quindi, il garante non esegue una prestazione omogenea a quella dovuta dal debitore principale, così come accade, invece, nella fideiussione, specie quando non sia previsto il beneficio di preventiva escussione (*ex art. 1944, 2° comma, c.c.*): in tal caso, infatti, il fideiussore si obbliga ad eseguire la prestazione come se fosse egli stesso il debitore. L'obbligo assunto dal garante in una garanzia autonoma, invece, mira ad un riequilibrio degli interessi in gioco, assicurando al beneficiario l'equivalente di ciò che il debitore principale avrebbe dovuto eseguire.

²³ La garanzia autonoma, quindi, risponde ad esigenze diverse da quelle proprie della fideiussione, poiché è diretta a garantire non già l'adempimento di un'obbligazione altrui, quanto piuttosto il danno derivante dall'inadempimento del debitore principale. Cfr. in tal senso, *ex multis*: M. VIALE, *I contratti autonomi di garanzia*, in *Nuova giur. comm.*, 1990, II, 180; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, 179 e ss.; P. DE SANNA, *Accessorietà ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988, 79 e ss.; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1987, 127; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 939.

espletando, così, una funzione eminentemente indennitaria, estranea a quella che propriamente connota il tipo fideiussorio²⁴.

Il garante, in virtù della accennata rinuncia pattizia alla possibilità di opporre le eccezioni rifluenti dal rapporto di base, non potrà sottrarsi dall'eseguire il pagamento in favore del beneficiario, giacché, ha assunto nei suoi confronti l'obbligazione di pagare un debito proprio, non già altrui²⁵.

In questa prospettiva, pertanto, non può che condividersi l'opinione di chi²⁶ attribuisce alla garanzia autonoma una funzione eminentemente indennitaria, considerato che, attraverso la stessa, si mira a lasciare indenne il beneficiario dai rischi derivanti dalla mancata o non corretta esecuzione dell'obbligazione principale. Al beneficiario della garanzia, in altri termini, si assicura una tutela assimilabile a quella derivante dalla costituzione in suo favore di un deposito cauzionale²⁷, in quanto la prestazione a cui si obbliga il garante altro non rappresenta che un mero equivalente economico²⁸ dell'obbligazione principale rimasta inadempita.

Alla luce di queste considerazioni, in questa sede solo oleograficamente delineate, si ritiene che la tesi estremamente formalistica del “professionista di riflesso” non possa trovare applicazione nelle garanzie autonome, poiché l'insensibilità del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito che le caratterizza consentirebbe l'applicabilità al rapporto di garanzia della disciplina del codice del consumo, ogniqualevolta il garante sia qualificabile come consumatore, indipendentemente dal fatto che il rapporto principale

²⁴ Y. POULLET, *Les garanties contractuelles dans le commerce International*, in *Droit et prat. comm. interne.*, 1979, 404.

²⁵ Sul punto v. S. MONTICELLI, *Garanzie autonome e tutela dell'ordinante*, cit., 10.

²⁶ F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 180 e ss.; S. MONTICELLI, *op. ult. cit.*, 20.

²⁷ In tal senso v. F. BENATTI, voce *Garanzia (contratto autonomo di)*, cit., 919. Ma v. anche VIALE, *Le garanzie bancarie*, cit., 183, la quale sottolinea come, a differenza delle cauzioni in denaro, la garanzia autonoma presenta l'indubbio vantaggio di evitare lunghe e costose immobilizzazioni di ricchezza. In giurisprudenza, per tutte, Cass. Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

²⁸ Vedi, in tal senso, i rilievi di F. MASTROPAOLO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, II, 560 ss.

intercorra tra due professionisti. In altri termini, laddove la garanzia sia qualificata come autonoma, la natura del rapporto garantito non esplicherà alcuna influenza sul rapporto di garanzia, il quale sarà pertanto oggetto di una qualificazione sua propria. Dal che consegue che, se la garanzia è prestata da un soggetto che agisce per scopi estranei a una attività professionale, sia pure per garantire un professionista, questi potrà assumere la qualifica di consumatore, con relativa applicazione delle tutele previste. Questa soluzione, sostenuta da una parte della dottrina, ha trovato una timida apertura anche in giurisprudenza²⁹ la quale, pur continuando a sostenere con convinzione che la qualifica professionale del soggetto garantito si riflette anche sulla figura del fideiussore, nonostante questi agisca per scopi estranei all'attività professionale, ha ritenuto ammissibile un'indagine di tipo diverso, ove la garanzia sia qualificabile come autonoma.

Il carattere autonomo della garanzia, dunque, esclude che la natura del rapporto garantito possa riverberarsi sul rapporto di garanzia, il quale sarà, pertanto, oggetto di una qualificazione giuridica a sé stante. Ne discende l'importanza del compito dell'interprete, il quale è chiamato ad effettuare un'analisi approfondita della concreta fattispecie di garanzia, al fine di verificare se si tratti di fideiussione ovvero di garanzia autonoma, risultando, nel secondo caso, sicuramente più agevole optare per la soluzione favorevole al garante-consumatore³⁰. A tal fine, in considerazione del fatto che l'espressione "a prima richiesta" riveste un valore solo "segnalatico" della possibile autonomia della garanzia,³¹ dovendosi escludere che tale clausola abbia, da sola, la capacità di rendere la garanzia pienamente autonoma dal contratto base, sarà compito dell'interprete verificare che ricorrano gli altri indici

²⁹ Cass., 29 novembre 2011, n. 25212, cit., ma vedi, in senso contrario, Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, cit.

³⁰ S. IACHELLI, *La qualità di consumatore nel contratto di fideiussione*, in www.camminodiritto.it, 7, 2018

³¹ In tal senso Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 273; la quale evidenzia come occorre fare riferimento non solo alla clausola "a prima richiesta" bensì alla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze vanno individuate sul piano dell'autonomia e non sul quello della causa, dal momento che la clausola di pagamento può riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessoria sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia. Cfr. Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.

segnalatici che rendano palese l'intenzione delle parti di determinare un netto distacco della garanzia dal rapporto principale³². Perché siffatta autonomia possa essere inequivocabilmente individuata, dovranno ricorrere ulteriori espressioni quali “senza contestazione/o senza sollevare eccezioni di sorta” ovvero espressioni quali “in base all'insindacabile giudizio del beneficiario”, cui spesso viene anteposto l'avverbio “incondizionatamente”³³.

Deve, tuttavia, segnalarsi una recente pronuncia della Cassazione³⁴ nella quale si è sostenuto che la teoria del professionista “di riflesso” o “di rimbalzo” possa essere estesa anche al contratto autonomo di garanzia, “essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita – quale

³² In proposito, la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare che la presenza, nell'ambito delle garanzie personali, della sola clausola “a prima richiesta” non possa costituire una prova inconfutabile dell'autonomia della garanzia, potendo avere, tale clausola, al più valore segnalatico. Sul punto v. G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, cit., 172; S. BONELLI, *Le garanzie bancarie nel commercio internazionale*, cit., 43; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, cit., 40. Tali rilievi hanno trovato accoglimento nelle pronunce della giurisprudenza, in cui si evidenzia che, “ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia in luogo di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego delle espressioni “a semplice richiesta” o “a prima richiesta” del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia.”. Sono quindi necessari una pluralità di indizi come, ad esempio, affiancare alla previsione della garanzia a prima richiesta quella in cui si precisa che non è possibile sollevare eccezioni oppure quella in cui si puntualizza che il pagamento dovrà avvenire in base all'insindacabile giudizio del beneficiario o che il pagamento dovrà avvenire incondizionatamente. Questo insieme di previsioni viene ritenuto idoneo a distaccare il rapporto di garanzia dall'obbligazione principale e, dunque, a renderlo autonomo. Cfr., in tal senso, Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 1140, con nota di I. PAGANI, *Distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione*; Cass., 3 marzo 2009, n. 2356; Cass., 17 gennaio 2008, n. 903; Cass., 9 novembre 2006, n. 23900, in *Contratti*, 2007, con nota di M. MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19484, in *Rep. Foro It.*, 2005; Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *I Contratti*, 2004, 10, 915, con nota di M. PECORARO; Cass., 4 luglio, 2003, n. 10574, in *I Contratti*, 2004, 3, 271; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, 245; Cass., 19 luglio, 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002; II, 654; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, I, 1271.

³³ S. MONTICELLI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Comm. cod. civ.*, E. GABRIELLI (diretto da), *Dei singoli contratti, leggi collegate*, V, Torino, 2011, 180.

³⁴ Cass., 5 dicembre 2016, n. 24846, cit.

elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa – e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore”.

Le argomentazioni del Supremo Collegio non convincono e non si ritiene possano essere condivise. Come è stato condivisibilmente affermato³⁵ proprio laddove la garanzia personale prestata dal consumatore, sia pure rilasciata nell'interesse di un imprenditore per un debito connesso all'attività di impresa, sia qualificabile come autonoma “bisognerà escludere ogni *vis attrattiva* del rapporto di base rispetto al rapporto di garanzia e ritenere conseguentemente applicabili a quest'ultimo, segnatamente in favore del garante-consumatore, i meccanismi di tutela previsti dal Codice del consumo *ex art. 33*”. L'insensibilità del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito, infatti, consente all'interprete la possibilità di valutare l'applicabilità o meno della disciplina del codice del consumo avendo riguardo *esclusivamente* alla qualifica soggettiva rivestita dal garante al momento del rilascio della garanzia, a nulla rilevando qualunque considerazione circa l'inserimento funzionale della garanzia nell'attività d'impresa garantita. Il carattere autonomo delle garanzie in parola, infatti, impedisce, come si è detto, qualsiasi collegamento col rapporto garantito, tanto è vero che nei procedimenti di escussione il garante è tenuto al pagamento sulla base della semplice richiesta del beneficiario, senza avere la possibilità di sindacare il merito della pretesa creditoria.

Nell'ipotesi in cui venga prestata una garanzia personale autonoma riferita ad un contratto di finanziamento alle imprese, dovrà, pertanto, escludersi, per espressa volontà delle parti, ogni interdipendenza fra i due contratti. Ne consegue che al rapporto di garanzia dovrà applicarsi la disciplina di protezione del Codice del consumo allorquando il

³⁵ In tal senso, S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 136.

garante sia qualificabile come consumatore, sebbene il rapporto principale sia stato stipulato fra due imprenditori (banca-finanziaria ed il sovvenuto)³⁶.

5. Conclusioni

Le considerazioni della dottrina preferibile riguardo alla posizione del garante in relazione al suo *status* soggettivo tanto nel caso di contratto autonomo di garanzia che di fideiussione finiscono per avvicinarsi, sino quasi a coincidere. A norma dell'art. 3 del codice del consumo lo scopo per il quale la persona agisce e che fa da spartiacque tra la figura del consumatore e quella del professionista è riferito all'attività svolta dalla persona stessa e non certo all'attività di un terzo, sia esso pure il debitore garantito. Dunque, sia che si tratti di un fideiussore o di un garante "atipico", il criterio per l'attribuzione della qualifica di consumatore non cambia ed è quello della riferibilità o meno della garanzia all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale del garante, a nulla rilevando quella del garantito. In tal senso, la sentenza del Tribunale di Milano in commento, discostandosi dal principio di conio giurisprudenziale del professionista di riflesso, applica la disciplina del consumatore alla fideiussione prestata a favore di un professionista da una persona fisica che agisce per fini estranei alla propria (o altrui) attività professionale, essendosi integrata la situazione meritevole di protezione tipizzata dall'art. 3, lett. a) del cod. cons. Così statuendo, il tribunale territoriale, pur condividendo l'indubbio asservimento funzionale del rapporto accessorio rispetto a quello principale, finisce per ammettere che il nesso di interdipendenza tra i due negozi non può essere tale da determinare che ogni vicenda del contratto principale si comunichi al contratto subordinato: il collegamento funzionale tra il negozio principale e fideiussorio opera, infatti, solo sul piano oggettivo, mentre sul piano soggettivo non sembra ipotizzabile alcun automatismo tra la qualifica del debitore principale e quella del suo garante. Tale automatismo, peraltro, condurrebbe a risultati applicativi inaccettabili, come nel caso in cui il negozio principale sia posto in essere da un consumatore e la fideiussione a garanzia dell'inadempimento sia

³⁶ S. MONTICELLI, *op. cit.*, 137.

rilasciata dalla banca, alla quale dovrebbe, per assurdo, applicarsi la disciplina consumeristica del debitore principale³⁷. Si ritiene, infatti, che lo *status* soggettivo di una parte non possa essere mutuato, né trasmesso da un soggetto ad un altro, anche se questi soggetti risultano parti di contratti funzionalmente collegati tra loro, poiché la qualifica di consumatore o professionista deve essere appurata avendo riguardo esclusivamente allo scopo per il quale il fideiussore abbia garantito le obbligazioni dell'impresa e al ruolo che egli viene a svolgere nell'economia complessiva dell'affare. Nel caso in esame, il fine (non professionale) per il quale le opponenti si erano risolte a stipulare con la banca una garanzia fideiussoria in favore dell'impresa è stato quello di consentire al congiunto di ottenere un finanziamento e, dunque, al momento del rilascio della garanzia hanno agito per fini estranei all'attività professionale del debitore principale, ricorrendo, pertanto, i presupposti per l'applicazione della tutela consumeristica.

Può concludersi, dunque, che la sentenza in commento, connotata, come segnalato al principio di queste brevi annotazioni, da un chiaro elemento di novità rispetto all'orientamento prevalente, merita senz'altro di essere apprezzata positivamente.

³⁷ Pur consapevoli che, in tali circostanze, l'applicabilità della disciplina di protezione al rapporto di fideiussione è esclusa dalla qualifica di professionista della banca garante, la dottrina, provocatoriamente, non ha mancato di sottolineare le conseguenze aberranti cui può condurre la tesi dell'automatismo fra la qualifica del debitore principale e quella del garante. Cfr. A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit., 2; ID., *Trasparenza dei prodotti bancari*, Milano, 2013, 61, nt. 12.

