

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Luglio / Dicembre 2022

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri, Filippo Sartori,
Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Dott. Luca Lentini

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paoloefisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti
De Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini, Dott. Ernesto Bagarotto

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, rationes materiae, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (single blind peer review) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente rationes materiae, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

Sede della Redazione

Università degli Studi di Trento – Facoltà di Giurisprudenza
Via Verdi, n. 53, 38122 TRENTO

SOMMARIO

EDITORIALI

A. A. Dolmetta, Ius variandi e rinnovi contrattuali nel diritto privato d'impresa. A proposito dell'«aumento» deciso da Amazon.....1

ARTICOLI

V. Mirra, Il lato "umano" del Fintech: rischi, cultura, controlli e tutela del cliente. La potenza tecnologica al servizio della compliance.....6

B. Pezzulli, R. Tenconi, Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le "transizioni gemelle", ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.....27

F. Sabiu, L'adeguamento dei contratti nel contesto pandemico. Un focus sui contratti di finanziamento.....45

F. Ceserani, Garanzia privata infortuni: sviluppi giurisprudenziali e prospettive future.....90

B. Nascimbene, La causa UniCredit Bank Austria. Le conclusioni dell'avvocato generale: Lexitor o non Lexitor?.....162

NOTE

P. Della Rocca, Usura moratoria: verso la stabilizzazione delle posizioni espresse dalle Sezioni Unite.....176

A. Macioci, F. Molinaro, L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?.....192

F. Grasselli, Ricostruzione del corretto dare e avere tra banca e cliente: l'utilizzo del criterio del "saldo rettificato", anche in caso di mancata disponibilità di tutti gli estratti conto. Le annotazioni su "saldo attivo".....205

QUALIFICHE DEGLI AUTORI

Aldo Angelo Dolmetta, già Consigliere della Corte di Cassazione

Alessandro Macioci, Dottore di ricerca, Università La Sapienza di Roma

Bepi Pezzulli, Dottore in giurisprudenza, Attorney at Law (NY Bar) e Solicitor (England and Wales),

Bruno Nascimbene, Professore emerito di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Milano, già professore di diritto internazionale nell'Università di Genova

Federica Grasselli, Dottore di Ricerca in "Diritto ed Impresa", Università LUISS Guido Carli

Francesco Ceserani, Dottore in Giurisprudenza – Associate Chartered Institute

Francesco Molinaro, Dottorando di ricerca, Università Tor Vergata di Roma

Francesco Sabiu, Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Cagliari

Piermaria Della Rocca, Dottore in Giurisprudenza

Raffaella Tenconi, Economista

Vittorio Mirra, Professore a contratto in Diritto dei Mercati e degli Intermediari Finanziari – corso pro-gredito, Università LUISS Guido Carli

1.- Sul finire dello scorso luglio, le notizie di stampa hanno dato particolare risalto alla decisione di Amazon di aumentare in misura sensibile (da € 36,00 a € 49,90, per l'abbonamento annuale; da € 3,99 a 4,99, per quello mensile) il costo del servizio Prime, con applicazione a far tempo dalla metà del settembre successivo.

Riproducendo in modo testuale i termini della comunicazione inviata dall'impresa ai propri abbonati, le notizie di stampa hanno anche riferito che quest'ultima ha dichiarato che la «modifica» è stata «realizzata sulla base e in conformità della clausola n. 5 delle condizioni generali» di contratto predisposte per il servizio – che fonda e disciplina il *ius variandi* dell'impresa contraente¹ – e che, nello specifico, l'incremento è stato determinato da un «aumento generale e sostanziale dei costi dovuti all'inflazione, che incide sui costi specifici del servizio Amazon Prime in Italia e si basano su circostanze esterne, fuori dal nostro controllo».

2.- Per quest'ultimo proposito, talune voci non hanno mancato di riscontrare che, tuttavia, nel momento attuale, l'inflazione in Italia sta registrando una crescita intorno all'8%, mentre l'aumento, che è stato stabilito dall'impresa, supera la soglia del 38%².

L'aumento deciso in via unilaterale dall'impresa non sembrerebbe, pertanto, particolarmente coerente – e/o proporzionato – alla causa giustificativa che pur le viene abbinata, quest'ultima venendo piuttosto a indicare, secondo quanto pare almeno, una ragione di mero stile.

Col che, naturalmente, potrebbe anche aprirsi il concreto sindacato da parte degli abbonati sulla legit-

1 La clausola dell'art. 5 «termini e Condizioni Amazon Prime» così dispone: «ci riserviamo il diritto di apportare modifiche alle presenti Condizioni generali o al servizio Amazon Prime, o a qualsiasi parte di esso per motivi di legge o di regolamento, per ragioni di sicurezza, per migliorare le funzioni esistenti o per aggiungere ulteriori funzioni al servizio, per seguire il progresso tecnologico, per implementare ragionevoli adeguamenti tecnici e per garantire la continuità del Servizio». Nel prosieguo, la clausola prosegue stabilisce che, «qualora dovessimo apportare delle modifiche, te lo comunicheremo nelle forme dovute e a tempo debito, ricordandoti i diritti che potrai esercitare. Potrai rifiutare tali modifiche e manterrai la tua possibilità di cancellare la tua iscrizione ad Amazon Prime in qualsiasi momento», nonché che «a prescindere da qualsiasi modifica alle presenti Condizioni Generali o al servizio Amazon Prime, eventuali aumenti del costo dell'iscrizione non saranno tuttavia applicati fino al costo della stessa. Qualora una qualsiasi modifica sia dichiarata invalida o per qualsiasi motivo inefficace, la validità e l'applicabilità delle rimanenti disposizioni non verrà pregiudicata».

2 I dati sono riportati da Savelli, *Amazon prime, l'aumento del 38%: 4 volte l'inflazione, la concorrenza travolta*, in *Corriere della sera, Economia*, 26 luglio 2022. Si è anche detto (cfr. COSIMI, *Amazon, l'abbonamento a Prime sale a 49,90 euro dal 15 settembre*, in *Repubblica*, 26 luglio 2022) che in altri Paesi europei il colosso americano ha seguito la medesima strategia, peraltro con aumenti percentuali del costo del servizio non omogenei: Germania (+30%), Francia (+43%), Regno Unito (+20%), Spagna (+39%).

timità e correttezza della «modifica» che è stata decisa dall'impresa. Nel sistema vigente, in effetti, l'esercizio del potere di modifica unilaterale dei contenuti contrattuali resta pur sempre subordinato alla presenza, in concreto, (se non altro) di un «giustificato motivo» e della stretta coerenza della modifica apportata col motivo addotto (la presente sede esime, per vero, da una ricognizione completa, e specifica, dei requisiti a cui resta agganciata la validità ed efficacia della modifica unilaterale dei contratti in corso; su un piano generale, si debbono almeno ricordare, peraltro, i principi desumibili dagli artt. 1355 e 1349 comma 1 c.c., nonché, per i contratti coi consumatori, l'art. 33 cod. consumo).

3.- Sennonché, a meglio guardare la fattispecie – a cercare, cioè, di andare un poco oltre la nuda «notizia», che è stata comunicata dall'impresa e poi divulgata dalla stampa –, si scopre che le cose potrebbe fors'anche essere un poco diverse da come a prima vista appaiono.

Se scatta da metà settembre, l'aumento dell'abbonamento, secondo quanto stabilito nella decisione dell'impresa, diventa operativo – con riferimento ai singoli, individui rapporti – solo alla scadenza dell'abbonamento che è attualmente in essere. La modifica sopravviene al tempo del rinnovo dell'abbonamento, dunque.

Le condizioni generali predisposte dall'impresa stabiliscono, d'altra parte, che, «salva una tua comunicazione prima del rinnovo dell'iscrizione con la quale dichiari di non voler rinnovare l'iscrizione Amazon Prime e fatto altresì salvo il caso in cui cancelli la tua iscrizione Amazon Prime tramite il tuo account Amazon, ci autorizzi ad addebitare automaticamente il costo dell'iscrizione periodica ad Amazon Prime in vigore mediante il metodo di pagamento selezionato ...» (così la clausola 3.2.; l'enfasi è aggiunta). La modifica interviene, quindi, secondo condizioni predefinite e (pre)determinate *per relationem*.

4.- Insomma, «dietro» a un'operazione di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali correnti, frutto dell'esercizio di *ius variandi* imprenditoriale, potrebbe in realtà stare – in luogo, o forse a fianco (v. subito *infra*), di questa – un'operazione di «rinnovo» dei contratti già in essere.

Con la conseguenza, a seguire questa pista, che dovrebbe allora discorrersi della formazione di un nuovo accordo tra le parti: impresa predisponente, da un lato, e singolo abbonato, dall'altro. O meglio e con maggiore precisione, posto che il testo della clausola contrattuale appena riportato, fissa appunto una regola di «autorizzazione automatica»: nell'ipotesi in discorso sembrerebbe da individuare una fattispecie di c.d. rinnovo automatico, con l'esplicito bisogno, pertanto, di manifestare il proprio dissenso allo scopo di evitare l'effettivo perfezionamento dell'accordo in oggetto.

5.- Per la verità, si potrebbe pure immaginare, forse, che nella specie il comportamento di Amazon, più che discendere da una svista o da un inciampo, integri gli estremi dell'atto di (spontanea) adesione a una disciplina che, in sé, le appare potenzialmente sfavorevole (magari nel convincimento della sufficienza della motivazione addotta, come pure nella serena accettazione di contraddittori sul punto). O anche ipotizzare che, in ogni caso, tale possa essere considerata sul fronte di un riscontro oggettivo: atteso, propriamente, il richiamo che - nell'annunciare la propria decisione agli abbonati - l'impresa fa all'art. 5 delle proprie condizioni generali di contratto (sopra, n. 1, secondo capoverso)

Comunque sia di ciò, e perciò prescindere dal coinvolgimento in fattispecie della clausola n. 5, viene spontaneo chiedersi se, posti i termini della dedotta fattispecie, davvero cambierebbe qualcosa - al livello della disciplina da applicare in concreto - a costruire l'operazione sulla cennata linea del rinnovo contrattuale, piuttosto che su quella dell'esercizio del *ius variandi* dell'impresa predisponente.

In effetti, a rispondere in senso positivo al quesito - cioè, a lasciare stazionare la fattispecie sul comune binario della conclusione di un nuovo contratto - il tutto sembrerebbe venire a dipendere, almeno a guardare la sostanza dei fatti, da un semplice gioco di formule verbali. Meglio, dalla «magia» delle parole prescelte: quali appunto formate dal lemma «rinnovo contrattuale automatico».

6.- Certo, a livello di nozione di base (e quindi istituzionale) un conto è il caso del rinnovo del contratto; un altro, quello della modifica dei termini contenutistici del medesimo a seguito di una modifica *ex uno latere*. In sé, la distinzione è netta e non discutibile.

Certo è pure, tuttavia, che il genere dei contratti modificativi («regolamentari»: art. 1321 c.c.) di negozi già in essere propone un contesto specificativo davvero assai ampio e articolato.

Così è, in specie, in relazione ai modi in cui viene a formarsi il consenso: un rinnovo automatico (salva manifestazione espressa di dissenso, cioè) è cosa assai diversa dall'accordo che si è convenuto debba avvenire avanti a notaio. Né la constatazione, che entrambe le ipotesi possono (presumibilmente) essere ricondotte nell'alveo del comma 4 dell'art. 1326 c.c., viene in qualche modo a ridurre la lontananza.

E così avviene pure per il contenuto, e, poi anche, per il peso delle modifiche che risultino introdotte. Per dire: tra il caso della moratoria inerente alla restituzione di un prestito e quello del prolungamento della durata di un rapporto di fornitura di servizi ordinari intuitivamente corre, a livello di «costruzione» della fattispecie, una forte differenza strutturale. Che la riconducibilità di entrambe al disposto dell'art. 1231 c.c. lascia del tutto inalterata. A contare in proposito è, piuttosto, l'importanza che l'intervenuta

modifica abbia per le (distinte) economie dei singoli contraenti.

Se si scende dal livello di astrazione, che è proprio delle nozioni di base, emerge, quindi, che i rapporti tra modifica unilaterale di un contratto in essere e accordo rinnovativo di un rapporto, che è destinato a scadere, vengono ad aprirsi «a fisarmonica»: a seconda delle caratteristiche peculiari della tipologia di fattispecie che viene presa in considerazione.

7.- Le cose ancor più cambiano - così a me pare, almeno - quando si abbandonano proprio la schematica prospettiva del diritto privato comune, ovvero generale. Per inoltrarsi - secondo quanto, del resto, nella specie in esame si rende all'evidenza necessario - nella diversa, e più ricca, prospettiva del diritto privato d'impresa (organizzazione e azione della struttura produttiva, filiera, prodotto, mercato di riferimento, ecc.). Con specifico riferimento qui, com'è naturale, al tema del contratto contenitivo di un prodotto d'impresa (del resto, gli stessi esempi presentati nel numero precedente mutano colore quando visti al filtro del diritto d'impresa).

In effetti, assunta questa peculiare prospettiva, tra le tante ripartizioni acquisite anche quella - della conformazione temporale - tra contratti a tempo determinato e a tempo invece indeterminato si mostra «stretta» rispetto al fenomeno del reale, non adeguata a o rappresentarlo.

Il rinnovo del contratto di impresa - che in quanto tale sia contemplato già nel contesto del contratto originario - sembra possedere qualcosa di diverso dall'ordinario contratto che ha prefissato il suo termine finale di esecuzione. Pare far parte, per certi versi, di una categoria *ad hoc*, là dove tende a «perpetuare» il rapporto sul prodotto che è stato avviato col cliente.

Secondo quanto in modo ancor più marcato avviene, quando le condizioni da applicare al rinnovo vengano predisposte (o comunque portate a compiuta definizione) dall'impresa durante lo svolgimento del rapporto originario: e in tal modo acquisite, ovvero «assorbite», nella relazione che complessivamente viene a snodarsi tra questa e il cliente. Come condizioni contrattuali «allora per ora», viene proprio da dire: perché «allora per ora» è il meccanismo che porta la modifica del prodotto dentro il rapporto contrattuale.

8.- Ne segue allora, a svolgere un percorso di questo genere, che *ius variandi* e rinnovo automatico ben possono venire a manifestarsi, nel caso, come tecniche (distinte, ma) prossime per conseguire un non diverso risultato di fondo. Che è quello - per la verità, non propriamente concorrenziale - di tenere «stretto» il cliente al prodotto, pur nella manipolazione (con più o meno frequenti e intense variazioni)

dei termini di quest'ultimo.

Il che non esclude, naturalmente, la sussistenza di diversità tra le due tecniche di conservazione del cliente al prodotto (pur nella «variabilità» di quest'ultimo): come, in specie, quella relativa alla definizione del *dies a quo* di entrata in effettiva applicazione della modifica del prodotto. Come pure non esclude – è altrettanto chiaro – la possibile presenza di varianti interne a queste due tecniche: quali, in particolare, relative ai modi e costi (nel caso, pure propriamente monetari) del possibile exit del cliente (nel caso di Amazon, ad esempio, la possibilità di recesso dall'abbonamento risulta comunque spalmata sulla intera durata del rapporto).

Si tratta, peraltro, di differenze di ordine secondario, a me pare, nel senso che non incidono (almeno in linea di principio) sulla sostanza della tecnica conservativa (del cliente al prodotto) adottata dall'impresa e dunque sulla prossimità tra quella basata sull'esercizio del *ius variandi* e quella focalizzata invece sull'idea del rinnovo prefabbricato. Con la conseguenza che, anche in questa seconda ipotesi, mi parrebbe applicabile la disciplina di protezione del cliente che vale, nel sistema vigente, per l'ipotesi di esercizio del *ius variandi* (sopra, nell'ultimo capoverso del n. 2): in punto di sussistenza del giustificato motivo di modifica (come ancora sussistente, va da sé, al tempo in cui la stessa diviene effettivamente operativa), come pure di congruità dei contenuti della modifica rispetto alla causa che si assume la giustifichi.

SOMMARIO: 1. I cambiamenti richiesti dal progresso tecnologico; 2. L'effetto “disruptive” delle tecnologie; 3. Le innovazioni dal punto di vista dei regolatori: la sfida tra nuovi rischi e vecchie esigenze di tutela della clientela; 4. Gli approcci “smart” dell'Italia: dall'equity crowdfunding al regulatory sandbox ; 5. Il “fattore umano” nel Fintech: gli “upgrade” necessari per clienti e compliance; 6. La tecnologia a servizio della compliance; 7. Conclusioni.

1. I cambiamenti richiesti dal progresso tecnologico

Nell'ambito bancario e finanziario, l'evoluzione digitale era già in corso e sta accelerando vistosamente.

Il progresso tecnologico sta velocizzando i cambiamenti in ogni settore produttivo e nella vita di tutti i giorni. Le esigenze interne delle società e della clientela spingono sempre più verso interconnessioni, riscontri rapidi, automazioni e delocalizzazioni. Restrizioni, dazi nonché l'emergenza pandemica in corso stanno temporaneamente minando la globalizzazione, ma ciò non vale per il mondo *tech*, decisamente in controtendenza su tale fronte.¹

L'emergenza COVID-19 ha difatti ulteriormente confermato che la digitalizzazione è imprescindibile per la sopravvivenza del business: il progresso tecnologico sta contribuendo ad accelerare i processi di modifica del contesto socio-economico di riferimento. La digitalizzazione dei servizi finanziari e gli investimenti sostenibili hanno infatti richiesto un aggiornamento delle priorità nelle agende dei regolatori e delle autorità di vigilanza, che sono tenuti sempre più ad utilizzare strumenti propri della *data science* e della *data analytics* per intercettare e reagire ai cambiamenti della realtà economico finanziaria².

Tali fenomeni stanno mutando anche i rapporti tra gli intermediari e la loro clientela.³; gli investimenti

1 Si veda: Banca d'Italia, 'Indagine Fintech nel Sistema Finanziario Italiano', 2019, disponibile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/approfondimenti-banche-int/Allegato_2_Indagine_Fintech.pdf.

2 Interessante analisi sviluppata nella pubblicazione della Consob 'La crisi Covid-19 Impatti e rischi per il sistema finanziario italiano in una prospettiva comparata', luglio 2020, disponibile su <https://www.consob.it/documents/46180/46181/Rep-covid-19.pdf/02fa9e7c-c7f1-4348-be40-1d39b0c3e545>.

3 Interessante l'analisi effettuata in uno dei Quaderni FinTech pubblicati dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob): (B. Alemanni, A. Angelovski et al., 'Do Investors Rely on Robots? Evidence from an Experimental Study', 2020, disponibile su https://www.consob.it/documents/46180/46181/FinTech_7.pdf/6c1115c7-280f-471c-a332-5a43d78bbd0e).

futuri saranno pertanto sempre più orientati sul versante tecnologico.⁴

Il *FinTech* e tutte le innovazioni tecnologiche necessitano però di una duplice attenzione. La prima, di tipo legislativo-regolamentare, è finalizzata ad adattare le norme alla mutata realtà operativa. La seconda, di tipo umano, vista la necessità di azioni concrete per valorizzare il capitale umano⁵ all'interno delle imprese, nonché di garantire tutele specifiche per la clientela, chiamata anch'essa a rafforzarsi sotto il profilo delle conoscenze finanziarie.

Sotto il primo punto di vista, il diritto, nella sua affannosa rincorsa ai fenomeni che popolano e cambiano il mercato,⁶ è interessato da un'ondata di provvedimenti che rendono sempre più complessa (e costosa) la conformità alla legge da parte degli intermediari.⁷

Oltre alle proposte di regolamentazione avanzate in ambito europeo, sono numerose le iniziative orientate al citato adattamento dell'ordinamento giuridico. Centri di sperimentazione, canali di orientamento digitale, comitati *ad hoc*, rappresentano la risposta più immediata a tale esigenza, ma non possono certamente considerarsi risolutivi.

Il fenomeno del *FinTech* deve però contribuire a cambiare anche gli approcci interni delle banche (*policies*, metodologie, controlli), nonché i rapporti con le autorità di vigilanza, anch'esse chiamate a una modernizzazione,⁸ nella piena consapevolezza che è in atto un processo di trasformazione profondo⁹

4 Da un'indagine di Banca d'Italia è risultato che circa i tre quarti degli intermediari prevede di effettuare almeno nel lungo termine investimenti in tecnologie e servizi *FinTech*, ma attualmente la gran parte delle banche coinvolte, seppure con intensità diversa, ha iniziato a sviluppare in proprio o a collaborare con fornitori di tali servizi (si veda: Banca d'Italia, *FinTech in Italia. Indagine Conoscitiva sull'Adozione Delle Innovazioni Tecnologiche Applicate ai Servizi Finanziari*, 2017, disponibile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/analisi-sistema/stat-banche-intermediari/Fintech_Lin_Italia_2017.pdf).

5 A. Perrone, 'La Nuova Vigilanza. RegTech e Capitale Umano', in *Banca Borsa Titoli di Credito*, n. 4, 2020, p.5 16.

6 Si rimanda a G. Rossi, 'Diritto e Mercato', in *Rivista delle Società*, 1998, p.1443.

7 Il supporto tecnologico dovrebbe, a regime, abbassare tali costi di conformità.

8 Sul tema, in modo ampio, si rimanda ad D. W. Arner, J. Barberis, R.P. Buckley, 'FinTech, RegTech and the Reconceptualization of Financial Regulation', in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1 October 2016, disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2847806>.

9 Vedasi: M. Nava, 'Considerazioni del Presidente della Consob Mario Nava all'Incontro Annuale con il Mercato', Milano, 11 giugno 2018, disponibile su: <https://www.consob.it/documents/46180/46181/discorso2018.pdf/03ba6653-2154-4dac-b5c4-6b145900c919>.

che richiede un attento sfruttamento delle innovazioni rese disponibili dalla tecnologia.¹⁰

La potenza della tecnologia si scontra dunque con la resistenza della legge, la quale non può prescindere dalla tutela del cliente indipendentemente dallo strumento utilizzato per il servizio fornito.¹¹ A tal fine, gli intermediari si vedono costretti a fronteggiare delle nuove tipologie di rischi, i quali richiedono di conseguenza una sempre più attenta presenza umana sotto forma di corretta impostazione e monitoraggio, anche se effettuata in concreto con mezzi tecnologici.¹²

In altre parole, la diminuzione dei costi per i servizi non deve tradursi in violazioni legislativo-regolamentari né in una minore attenzione per i controlli effettuati dall'intermediario.

2. L'effetto “disruptive” delle tecnologie

Le definizioni descrittive della tecnologia al servizio dei servizi bancari e finanziari sono molteplici. L'approccio innovativo che deve permeare gli interventi di regolazione del settore non rende dunque necessario una classificazione ben definita, la quale potrebbe essere fine a sé stessa.¹³

La definizione di *FinTech* è necessariamente ampia consistendo nello sviluppo di nuove tecnologie digitali applicate in ambito finanziario, che possono tradursi in nuovi modelli di business, applicazioni,

10 Si richiede alle autorità pubbliche di approntare un set di regole che da un lato favorisca l'innovazione e la competitività e, dall'altro, tuteli gli investitori e i risparmiatori da possibili rischi (si veda: C, Barbagallo, “Fintech: Ruolo Delle Autorità di Vigilanza in un Mercato che Cambia”, Intervento tenuto all' “Associazione dei Docenti di Economia degli Intermediari Finanziari e dei Mercati Finanziari e Finanza d'Impresa”, 8 febbraio 2019).

11 Sul tema, J.E. Fisch, J.A. Turner, ‘Robo Advisers v. Human: Which Make the Better Financial Advisers?’, disponibile su https://housefinance.dauphine.fr/fileadmin/mediatheque/houseoffinance/documents/international_pension_workshop/15th_workshop/Turner.pdf.

12 I. Visco, ‘Intervento del Governatore Della Banca d'Italia al 27° Congresso ASSIOM FOREX’, 6 febbraio 2021. In tale circostanza è stato sottolineato che “La digitalizzazione della finanza è un fenomeno che va opportunamente governato, poiché offre grandi opportunità ma porta con sé anche nuovi rischi, compreso quello di esclusione di coloro che sono più vulnerabili. In quest'ambito si collocano le iniziative volte a garantire la tutela dell'identità della clientela e la protezione dei suoi dati”.

13 Vedasi anche Committee on the Global Financial System, Financial Stability Board, ‘Fintech Credit Market Structure: Business Models and Financial Stability Implications’, 22 maggio 2017, disponibile su https://www.bis.org/publ/cgfs_fsb1.htm.

processi e prodotti¹⁴.

La cosiddetta *Regulatory Technology (RegTech)* identifica l'applicazione della tecnologia all'attività di compliance e di vigilanza nel sistema finanziario.¹⁵

Va chiarito che la tecnologia¹⁶ ha sempre supportato l'attività di controllo di conformità, *in primis* nel settore dei mercati finanziari. Nella repressione degli abusi di mercato¹⁷, ad esempio, l'attività è già suddivisa tra una *detection* automatica effettuata a mezzo di strumenti tecnologici (i quali, opportunamente parametrati, estraggono le operazioni potenzialmente sospette), a cui segue un'analisi manuale volta a valutare tutte le informazioni in possesso dell'intermediario al fine di archiviare oppure segnalare all'autorità di vigilanza le operazioni che non si presentano giustificabili sotto il profilo della normale operatività. Altresì, sarebbe impossibile immaginare una attenta lotta al riciclaggio senza strumenti tecnologicamente avanzati per l'individuazione dell'operatività sospetta e per le valutazioni che la normativa richiede a fini segnaletici e repressivi. Ancor più essenziale risulta l'approccio tecnologico per

14 Il *Financial Stability Board* definisce il *Fintech* in tal senso: “FinTech is defined as technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on the provision of financial services” (Financial Stability Board, ‘Financial Stability Implications from FinTech, Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities’ Attention’, 27 giugno 2017, disponibile su <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/R270617.pdf>).

15 R. H. Weber, ‘Regtech as a New Legal Challenge’, in *Journal of Financial Transformation*, Capco Institute, n. 46, 2017, pp. 10-17. Vedasi anche Financial Stability Board, ‘Artificial intelligence and machine learning in financial service. Market developments and financial stability implications’, 2017, disponibile su <https://www.fsb.org/2017/11/artificial-intelligence-and-machine-learning-in-financial-service/>.

16 International Organization of Securities Commissions (IOSCO), ‘Technological Challenges to Effective Market Surveillance Issues and Regulatory Tools’, 2013, disponibile su: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD389.pdf>.

17 Regolamento (UE) n. 596/2014, considerazione n.38: “[...] Per rispecchiare il fatto che la negoziazione di strumenti finanziari è sempre più automatizzata, è auspicabile che la definizione di manipolazione del mercato fornisca esempi di strategie abusive specifiche che possono essere effettuate con qualsiasi strumento disponibile di negoziazione, incluse le negoziazioni algoritmiche e quelle ad alta frequenza”. Di conseguenza, tra le condotte considerabili quali manipolazione di mercato viene espressamente inserito “[...] l’inoltro di ordini in una sede di negoziazione, comprese le relative cancellazioni o modifiche, con ogni mezzo disponibile di negoziazione, anche attraverso mezzi elettronici, come le strategie di negoziazione algoritmiche e ad alta frequenza” (si veda: Regolamento (UE) n. 596/2014 art. 12).

le attività di reporting nei mercati finanziari (*i.e.* European Market Infrastructure Regulation (EMIR)¹⁸ o *transaction reporting*¹⁹) e per quanto concerne l'*algotrading*²⁰.

Gli strumenti tecnologici consentono pertanto ai soggetti vigilati di abbassare prospetticamente i costi di compliance²¹ (al netto degli investimenti tecnologici iniziali), assicurando altresì una risposta efficiente in termini di conformità che consenta di stare al passo con la molteplicità di norme ad alto grado di complessità e in continua evoluzione in materia.

È evidente che quanto sopra ingenera un effetto “*disruptive*”²² anche sulla vigilanza²³ da parte delle Au-

18 Per approfondimenti si veda Lucantoni, ‘Il mercato dei derivati: note preliminari ad uno studio sistematico’, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, fasc.2, 2017, pag. 182; Aditya, P. D., ‘European Markets Infrastructure Regulation (EMIR) and Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (DFA): A New Revolution of OTC Derivatives Towards Transparency’ (August 23, 2013), disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2314998>; Peters, Gareth and Vishnia, Guy, ‘Blockchain Architectures for Electronic Exchange Reporting Requirements: EMIR, Dodd Frank, MiFID I/II, MiFIR, REMIT, Reg NMS and T2S’ (August 31, 2016), disponibile su <https://ssrn.com/abstract=2832604>.

19 Per gli aspetti operativi si rimanda alle Guidelines ESMA - Transaction reporting, order record keeping and clock synchronisation under MiFID II (ESMA/2016/1452), nonché la ‘Transaction reporting MiFIR: guida alle segnalazioni alla Consob’, pubblicata nel 2020 dall’Autorità di Vigilanza.

20 Per approfondimenti si veda Abriani, Schneider, ‘Il diritto societario incontra il diritto dell’informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility’, in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2020, pag. 1326; A. Davola, Algoritmi decisionali e trasparenza bancaria, Utet, 2020.

21 I benefici attesi dallo sviluppo tecnologico si sostanziano nella maggiore fidelizzazione della clientela attraverso l’offerta di prodotti personalizzati e l’ampliamento dei canali di commercializzazione, nell’aumento dei ricavi e dell’efficienza connessi alla digitalizzazione dei processi, nella riduzione dei tempi di esecuzione delle operazioni e dei supporti cartacei, nell’aumento delle quote di mercato per l’acquisizione di nuova clientela con maggiore propensione al digitale, nella semplificazione dell’accesso ai servizi bancari e nel possibile miglioramento della reputazione rinveniente dai migliori servizi offerti alla clientela e dall’aumento del grado di educazione finanziaria. Dall’altro lato, nei progetti relativi al *FinTech* sono emerse problematiche connesse all’interoperabilità dei sistemi, alla difficoltà di raccordare le nuove applicazioni con i sistemi informatici interni, alla necessità di reperire risorse con competenze specifiche e di offrire adeguata assistenza alla clientela, agli elevati costi di investimento (si veda: Banca d’Italia, ‘FinTech in Italia. Indagine Conoscitiva sull’Adozione Delle Innovazioni Tecnologiche Applicate ai Servizi Finanziari’, 2017).

22 Sul tema: J. Dermine, ‘Digital Banking and Market Disruption: A Sense of Déjà Vu?’, *Financial Stability Review*, n. 20, 2016. Si veda anche: European Commission, ‘How Can EU Legislation Enable and/or Disable Innovation?’, 2014, disponibile su https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/39-how_can_eu_legislation_enable_and-or_disable_innovation.pdf. Inoltre: P. Hakkarainen, ‘Digitalisation Disrupts Traditional Banking?’, discorso alla “5th Afore Conference”, febbraio 2021, Francoforte, disponibile su <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2021/html/ssm.sp210203~17a2ae3848.en.html>.

23 Si auspica un mutamento da un (tradizionale) modello di “*command-and-control*” ad un approccio marcatamente più cooperativo rappresentato dal modello della “*responsive regulation*”. Si veda Y.P. Yang, C.Y. Tsang, ‘RegTech and the New Era of Financial Regulators: Envisaging More Public-Private Partnership Models of Financial Regulators’, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, n. 21(2), 2018.

torità di settore²⁴: già l'*action plan* della Commissione Europea ha evidenziato le sfide regolamentari che tali aspetti tecnologici pongono.²⁵

Da un lato tali strumenti consentono un monitoraggio continuo e in tempo reale sull'attività dei soggetti vigilati, ma dall'altro “gravano” sulla compliance e sull'autorità di vigilanza con il compito di verificare la qualità e l'adeguatezza di tali *tools*,²⁶. Si rende così indispensabile l'utilizzo di nuove competenze e di nuovi profili professionali per individuare e correggere errori nella progettazione, nello sviluppo o nell'aggiornamento dei sistemi informatici²⁷. Ad esempio, il ricorso ad algoritmi e all'intelligenza artificiale rende auspicabile (e complesso allo stesso tempo) che detti strumenti debbano essere oggetto di *disclosure* verso i “controllori”, in modo tale da poter essere verificati nella loro correttezza: ciò richiede uno sforzo ulteriore per la creazione di apposite strutture tecniche nelle autorità di vigilanza di settore.²⁸

Da ultimo, non vanno sottovalutati anche aspetti di “debolezza” umana fisiologici, i quali possono aver rilievo nelle fasi decisionali a tutti i livelli: il cosiddetto *automation bias* è infatti da considerare come fattore che tende a far trascurare analisi e approfondimenti critici in presenza di una soluzione generata e/o ritenuta corretta da un computer.²⁹

Ma le conseguenze finali saranno pur sempre ascrivibili all'essere umano: d'altronde, “la trasposizione

24 Sul tema J. Jagtiani, T. Vermilyea, L. Wall, 'The Roles of Big Data and Machine Learning in Bank Supervision', in *Forthcoming, Banking Perspectives*, 9 March 2018.

25 La Commissione Europea ha individuato le seguenti aree prioritarie per stimolare lo sviluppo della finanza digitale nell'UE: i) garantire che il quadro normativo dei servizi finanziari dell'UE sia adatto al corrente contesto digitale; ii) consentire ai consumatori e alle imprese di cogliere le opportunità offerte dall'UE; iii) mercato unico dei servizi finanziari digitali; iv) promozione di un settore finanziario basato sui dati a vantaggio dei consumatori dell'UE e delle aziende; v) rafforzare la resilienza operativa digitale del sistema finanziario dell'UE. Si noti inoltre che in Comunicazione (EU), *FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector*, 8 Marzo 2018, è scritto: “The uptake of disruptive technologies, such as distributed ledger technologies and artificial intelligence, may pose additional regulatory challenges”.

26 Sul tema E. Micheler, A. Whaley, 'Regulatory Technology – Replacing Law with Computer Code', in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 14, 2018.

27 F. Panisi, A. Perrone, 'Systems So Perfect That No One Will Need to Be Good? RegTech and the “Human Factor”', in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 2, 2018, p. 2.

28 Nuovi temi saranno pertanto all'attenzione delle autorità, ad esempio il rischio di concentrazione delle competenze tecnologiche avanzate fondamentali in pochi operatori del settore o i controlli sugli assetti proprietari di tali *player* operanti sul mercato presumibilmente oligopolistico.

29 K.A. Bamberger, 'Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age', in *Texas Law Review*, n.88, 2010, p. 702.

dell'intelligenza e della volontà dell'uomo nelle macchine non è altro che una delle tante forme di oggettivazione della sua soggettività”.³⁰

3. Le innovazioni dal punto di vista dei regolatori: la sfida tra nuovi rischi e vecchie esigenze di tutela della clientela

Le esigenze del business e della clientela richiedono un approccio alla regolamentazione finanziaria sempre più transnazionale.³¹ Occorrono dunque coordinamento tra Autorità di settore e criteri omogenei per evitare vuoti di tutela e, parimenti, assicurare un adeguato *level playing field*³² su svariati temi di natura giuridica.³³

Gli interventi sono ancora lontani dall'essere completi e definitivi, ma non può non notarsi una crescente attenzione dei *regulators*³⁴ verso questi fenomeni tecnologici “proteiformi”³⁵ che hanno “invaso” il mercato finanziario. Anche l'approccio appare correttamente dinamico e innovativo: non è infatti immaginabile un quadro regolamentare rigido che possa essere efficace nel regolare il settore.

Appare infatti arduo applicare al fenomeno *FinTech* il principio della neutralità tecnologica, il quale si

30 R. Bodei, *Dominio e Sottomissione. Schiavi, Animali, Macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 299.

31 Sui problemi della regolamentazione vedasi G. Falcone, ‘Tre Idee Intorno al C.d. “Fintech”’, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 5, 2018.

32 Le scelte sul piano normativo appaiono particolarmente complesse, in quanto una estensione dell'attuale regolamentazione prevista per gli intermediari finanziari assoggettati a regole di vigilanza perseguirebbe l'obiettivo della neutralità tecnologica, ma al contempo non si rivelerebbe sufficiente, in considerazione delle attività innovative e delle specificità operative che connotano il *FinTech* e che richiedono sia una riflessione su nuovi paradigmi normativi e regolamentari, sia un'azione coordinata a livello internazionale delle autorità di vigilanza, che possano agire in misura più uniforme in una rinnovata cornice giuridica. Si veda: C. Schena et al., ‘Lo Sviluppo del *FinTech*. Opportunità e Rischi per l'Industria Finanziaria nell'Era Digitale’, in *Consob, Quaderni di FinTech*, n. 1, 2017.

33 I seguenti temi sembrano rilevanti: i) le regole autorizzative ed il perimetro di applicabilità delle regole sul *FinTech*; ii) *innovation hub* e *regulatory sandbox*; iii) l'impatto sui *business model* esistenti (rischi e regole prudenziali); iv) i rischi informatici; v) le regole di condotta e la tutela del consumatore; vi) le implicazioni antiriciclaggio; vii) le problematiche relative a beni virtuali.

34 A partire già da Commissione Europea, *Libro Verde sui Servizi Finanziari al Dettaglio. Prodotti Migliori, Maggiore Scelta e più Opportunità per Consumatori e Impresa*, 2015.

35 Sul *FinTech* si esprime in tal senso G. Vegas ‘Audizione Dinanzi alla Commissione Finanza Della Camera’, Roma, 30 Novembre 2017.

basa sulla regola “*same services-same risk-same rules*”,³⁶ indipendentemente dal tipo di entità giuridica che offre il servizio³⁷: è stato giustamente osservato che i nuovi *players*, i quali erogano servizi facendo ricorso alle nuove tecnologie, pur operando all'interno dello stesso mercato di riferimento, costituiscono un *genus* di intermediari non sovrapponibile a quello tradizionale. Ciò rappresenta una ulteriore sfida³⁸ in termini di regolamentazione: sfida che, se correttamente (e metodologicamente) affrontata, avrebbe riflessi positivi sulla crescita dei mercati, sì da renderli “più ampi [...]”, oltre che più “liquidi e trasparenti”.³⁹

A livello europeo, sottolineare l'importanza di una strategia per la gestione centralizzata dei dati e la creazione di appositi “spazi europei” non è un concetto nuovo⁴⁰: l'obiettivo è aumentare i dati di qualità disponibili per l'uso e il loro riutilizzo e migliorare le strutture per la gestione dei dati, affinché la tecnologia sia al servizio del pubblico⁴¹ e sia uno strumento che permetta di migliorare le decisioni negli affari e nel settore pubblico.

Nell'ambito dei mercati finanziari è infatti un primario obiettivo da realizzare quello della creazione di una infrastruttura informativa che funga da punto di accesso unico al compendio informativo, finanziario e non, degli emittenti, incluso quello sulla sostenibilità, ciò per favorire la comparazione dei dati, la visibilità anche transfrontaliera delle imprese nazionali e l'efficienza allocativa dei mercati UE.⁴² Tale obiettivo probabilmente sarà uno dei punti cruciali che consentirà la “consacrazione” del ruolo chiave della tecnologia in ambito finanziario nei prossimi anni.

36 Sul tema P. Ciocca, 'Intervento in Occasione dell'Inaugurazione del Corso di Alta Formazione “Fintech e Diritto”’, Roma, 10 maggio 2018, p. 9.

37 F. Panetta, 'L'innovazione Digitale nell'Industria Finanziaria Italiana', Intervento in occasione dell'inaugurazione del “Fintech District”, tenutosi a Milano in data 26 Settembre 2017.

38 Una interessante analisi dello scenario del mercato e dei rischi e le sfide del regolatore è inclusa in S. Maijoor, 'Safely Navigating the Accelerating Digital Transformation' intervento alla Afore Consulting 5th Annual FinTech and Regulation Conference, Online, 2021.

39 G. Falcone, *op. cit.*, p. 3.

40 La Commissione Europea sosterrà inoltre la creazione di spazi dati europei comuni in materia manifatturiera, di Green Deal, di mobilità europea, di salute, di finanza, di energia, di agricoltura, di pubblica amministrazione e di competenze, vedasi Comunicazione (UE) n. 66, 2020.

41 Interessanti i concetti espressi ampiamente nella Comunicazione (UE), 'Shaping Europe's digital future', n. 67, 2020.

42 P. Ciocca, 'Dati e Finanza: Nuove Opportunità e Nuove Vulnerabilità. La Necessità di Cambiare Paradigma', intervento tenutosi all'Associazione Bancaria Italiana (ABI) in data 18 novembre 2020.

La situazione è in continuo divenire. Con l'*action plan*⁴³ della Commissione Europea sono partite delle iniziative concrete per la creazione di un *framework* normativo,⁴⁴ le quali hanno poi trovato esito nel cosiddetto pacchetto per la finanza digitale.⁴⁵

Lo sviluppo del *FinTech* non deve far dimenticare agli intermediari che il fondamento del sistema finanziario è la fiducia, la quale deve essere preservata anche in caso di utilizzo delle nuove tecnologie. Di riflesso, la regolamentazione deve monitorare gli sviluppi tecnologici, definendone standard predefiniti⁴⁶ e prevedendo norme uniformi che possano evitare rischi di arbitrarietà.⁴⁷

Economie di scala e vantaggi concorrenziali⁴⁸ dovuti all'utilizzo dei *Big Data* non devono però ridurre

43 La Commissione Europea afferma che il piano d'azione per le tecnologie finanziarie combina misure di sostegno per favorire la diffusione delle soluzioni *FinTech* e misure proattive per promuovere e incoraggiare nuove soluzioni e affrontare con determinazione i rischi e le sfide emergenti. La Commissione si prefigge di centrare il triplice obiettivo di sfruttare i rapidi progressi tecnologici a vantaggio dell'economia, dei cittadini e dell'industria dell'UE, di contribuire a rendere più competitivo e innovativo il settore finanziario europeo e di assicurare l'integrità del sistema finanziario dell'UE (si veda Comunicazione (UE), 'Piano d'Azione per le Tecnologie Finanziarie: Per un Settore Finanziario Europeo più Competitivo e Innovativo', n. 109, 8 marzo 2018).

44 Si citano, inoltre, la Risoluzione del Parlamento Europeo, 'FinTech: l'Impatto Della Tecnologia sul Futuro del Settore Finanziario', 17.7.2017 (2016/2243(INI)). Si veda anche European Banking Authority (EBA), 'Discussion Paper on the EBA's Approach to Financial Technology (FinTech)', 2017, disponibile su <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1919160/7a1b9cda-10ad-4315-91ce-d798230ebd84/EBA%20Discussion%20Paper%20on%20Fintech%20%28EBA-DP-2017-02%29.pdf?retry=1>. Si veda inoltre EBA, 'The EBA's Fintech Roadmap: Conclusions from the Consultation on the EBA's Approach to Financial Technology (*FinTech*)', 2018, disponibile su: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1919160/79d2cbc6-ce28-482a-9291-34cfba8e0c02/EBA%20FinTech%20Roadmap.pdf?retry=1>. Di assoluto rilievo anche Commissione Europea, 'Final Report of the Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation: 30 Recommendations on Regulation, Innovation and Finance', 2019.

45 Il pacchetto sulla finanza digitale comprende una nuova strategia in materia di finanza digitale per il settore finanziario dell'UE allo scopo di garantire che l'Unione abbracci la rivoluzione digitale e ne assuma la guida con le imprese europee innovative in prima linea, permettendo alle imprese e ai consumatori europei di trarre vantaggio dalla finanza digitale. Il pacchetto comprende anche una proposta relativa a un regime pilota sulle infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia di registro distribuito (DLT), una proposta per la resilienza operativa digitale e una proposta volta a chiarire o modificare determinate norme dell'UE in materia di servizi finanziari. Si veda la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0595&from=EN>.

46 Si veda. C. Lagarde, 'A regulatory approach to FinTech', in *IMF, Finance & Development*, n. 55(2), 2018

47 Sul tema Y. Yadav, 'Fintech and International Financial Regulation', in *Vanderbilt Law Research Paper n. 20(45)*, 1 settembre 2010.

48 Sul tema G. Carraro, 'Finanza, Big Data e Vantaggi Concorrenziali', in *FinTech: Diritto, Tecnologia e Finanza, Quaderni di Minerva Bancaria*, 2018, pp. 11 e ss.

il grado di tutela garantito alla clientela, attraverso strumenti di prevenzione e controllo dei “nuovi” rischi⁴⁹ tipici degli strumenti tecnologici.⁵⁰, *in primis* quelli legati alla sicurezza dei dati⁵¹ ed al trattamento degli stessi, tenuto conto delle esigenze di rispetto della normativa sulla *privacy*⁵².

Sono varie le sfaccettature che richiedono particolare attenzione con riferimento alla clientela.

Nella consulenza tramite *robo-advice*, ad esempio, vi è il duplice pericolo che le informazioni sul profilo di rischio della clientela non siano adeguatamente acquisite e/o associate al prodotto adatto al cliente.⁵³ Anche per tale modalità di prestazione della consulenza in materia di investimenti sono infatti applicate (con i necessari adattamenti al caso) le regole in materia di comportamento stabilite dal TUF⁵⁴ (si veda l'art. 21 del Testo Unico Finanziario (TUF)) con le relative conseguenze sotto il profilo sanzionatorio (si veda l'art. 190 TUF).

Nell'*equity crowdfunding*,⁵⁵ sono previsti numerosi meccanismi di trasparenza nei confronti dell'investi-

49 È acclarato che la stabilità del sistema potrebbe essere messa a rischio dalla maggiore interconnessione tra mercati e istituzioni e, quindi, dalla maggiore esposizione a fenomeni di contagio (Si veda N. Linciano, P. Soccorso, 'FinTech e RegTech: Approcci di Regolamentazione e di Supervisione', in M.T. Paracampo (a cura di), *FinTech: Introduzione ai Profili Giuridici di un Mercato Unico Tecnologico dei Servizi Finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017).

50 Sul tema W. Bauguess, 'The Role of Big Data, Machine Learning, and AI in Assessing Risks: A Regulatory Perspective', in *SEC Keynote Address: OpRisk North America*, 2017.

51 La Banca d'Italia sottolinea infatti che “un sistema informativo sicuro ed efficiente, basato su un'architettura flessibile, resiliente e integrata a livello di gruppo consente di sfruttare le opportunità offerte dalla tecnologia per ampliare e migliorare i prodotti e i servizi per la clientela, accrescere la qualità dei processi di lavoro, favorire la dematerializzazione dei valori, ridurre i costi anche attraverso la virtualizzazione dei servizi bancari” (cfr. Circ. 285/13, Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 4).

52 Per spunti sul tema si rimanda alle “Linee guida per trattamenti dati relativi al rapporto banca-clientela” - 25 ottobre 2007 (in G.U. n. 273 del 23 novembre 2007) emanate dal Garante per la Protezione dei Dati Personali.

53 Sul tema più approfonditamente Consob, 'La Digitalizzazione Della Consulenza in Materia di Investimenti Finanziari', in *Quaderni FinTech*, 2019.

54 Un procedimento di classificazione della clientela ovvero di creazione delle analisi che fondano il servizio che non siano supportate da una metodologia rigorosa e fondata su evidenze controllabili, sembrerebbe non rientrare nei canoni di comportamento previsti per la prestazione di servizi ed attività di investimento. Anche il software, infatti, va valutato e deve essere “formato” in maniera corretta e diligente (Si veda T. Baker, B. Dellaert, 'Regulating Robo Advice Across the Financial Services Industry', in *Iowa Law Review*, n. 103, 2018, pp. 715 ss.).

55 Si veda Consob, Regolamento Sulla Raccolta di Capitali Tramite portali On-line, adottato con delibera n. 18592 del 26 giugno 2013.

tore⁵⁶ affinché il gestore⁵⁷ comunichi agli investitori informazioni in merito alla gestione del portale, ai rischi derivanti dall'investimento tramite portali,⁵⁸ nonché informazioni sulle singole offerte.⁵⁹

Per quanto sopra descritto, dunque, valgono le esigenze fondamentali di *disclosure* alla clientela della documentazione precontrattuale e contrattuale e di prevenzione e tutela dei rischi informatici.

Per quanto concerne la tecnologia *blockchain* valgono, infine, la necessità di affidabilità delle informazioni fornite (in quanto la fiducia occorre anche e soprattutto in assenza di un'entità centralizzata) e la

56 *Amplius* in V. Mirra, 'L'Equity Crowdfunding e le Evoluzioni Regolatorie: Un Fenomeno in Crescita', in R. Lener (a cura di), *FinTech: Diritto, Tecnologia e Finanza*, I Quaderni di Minerva Bancaria, 2018, pp. 131 ss.

57 Sul gestore gravano inoltre anche numerosi obblighi di condotta, tra cui quelli della gestione dei conflitti di interesse, della gestione degli ordini di adesione degli investitori, di individuazione e gestione dei rischi operativi, obblighi di riservatezza e di conservazione della documentazione (si veda Consob, regolamento citato, artt. 13 e ss.).

58 Il gestore fornisce agli investitori, in forma sintetica e facilmente comprensibile, anche mediante l'utilizzo di tecniche multimediali, le informazioni relative all'investimento in strumenti finanziari tramite portali, riguardanti almeno: i) il rischio di perdita dell'intero capitale investito; ii) il rischio di illiquidità; iii) il divieto di distribuzione di utili previsto per le start-up [...]; iv) il trattamento fiscale di tali investimenti, con particolare riguardo alla temporaneità dei benefici ed alle ipotesi di decadenza dagli stessi, nel caso di start-up innovative e PMI innovative; v) i limiti all'emissione di obbligazioni e titoli di debito posti dagli articoli 2412 e 2483 del codice civile e dalle leggi speciali applicabili [...]; vi) le deroghe al diritto societario previste dall'art. 26 del decreto [D.L. 18 ottobre 2012 n. 179], nonché al diritto fallimentare previste dall'art. 31 del [citato] decreto; vii) i contenuti tipici di un business plan e del regolamento o statuto di un OICR; viii) il diritto di recesso [...] e le relative modalità di esercizio. (Consob, regolamento citato, art. 16).

59 In relazione a ciascuna offerta il gestore pubblica: a) le informazioni indicate nell'Allegato 3 e relativi aggiornamenti forniti dall'offerente, anche in caso di fatti nuovi significativi intervenuti, errori materiali o imprecisioni rilevati nel corso dell'offerta, atti ad influire sulla decisione dell'investimento, portando contestualmente ogni aggiornamento a conoscenza dei soggetti che hanno aderito all'offerta; b) gli elementi identificativi dei soggetti che ricevono e perfezionano gli ordini [...]; c) le modalità di esercizio del diritto di revoca [...]; d) la periodicità e le modalità con cui verranno fornite le informazioni sullo stato delle adesioni, l'ammontare sottoscritto e il numero di aderenti; d-bis) l'indicazione dell'eventuale regime alternativo di trasferimento delle quote rappresentative del capitale di piccole e medie imprese costituite in forma di società a responsabilità limitata previsto dall'art. 100-ter, comma 2-bis, del Testo Unico e le relative modalità per esercitare l'opzione di scelta del regime da applicare; d-ter) le categorie di investitori a cui è riservata l'offerta di obbligazioni o titoli di debito; d-quater) l'indicazione dei limiti posti dall'art. 2412 del codice civile per l'emissione di obbligazioni da parte di società per azioni e dell'art. 2483 del codice civile per l'emissione di titoli di debito da parte di società a responsabilità limitata, nonché degli eventuali, ulteriori limiti posti dalla disciplina speciale applicabile; d-quinquies) le informazioni circa l'eventuale destinazione alla quotazione su mercati regolamentati, sistemi multilaterali di negoziazione o sistemi organizzati di negoziazione degli strumenti finanziari emessi dall'offerente (si veda Consob, regolamento citato, art. 16).

necessità di minimizzare il rischio di “furti” informatici e di vulnerabilità del registro,⁶⁰ mitigabili attraverso una attività di supporto regolamentare e di protezione tecnico- informatica.

Le nuove tecnologie che domineranno il mondo della finanza (*Cloud Computing, Distributed Ledger Technology (DLT), big data & machine learning*, intelligenza artificiale)⁶¹ mutano la prospettiva dei rischi ai quali gli intermediari devono porre particolare attenzione.⁶² La fiducia nei mercati e negli intermediari non può infatti essere messa a rischio da *bias* associati al *machine learning* o da falle ed errori di natura informatica. Ciò metterebbe a repentaglio la credibilità dell'intero settore oltre a provocare danni agli investitori difficilmente quantificabili *ex ante* ma sicuramente di dimensioni gigantesche.⁶³

4. Gli approcci “smart” dell'Italia: dall'*equity crowdfunding* al *regulatory sandbox*

Il rapido sviluppo e l'eterogeneità degli strumenti tecnologici a supporto della finanza aumentano il ritardo strutturale della regolamentazione rispetto al mercato, costringendo il diritto a una continua rincorsa per evitare una rapida obsolescenza che renderebbe l'impianto normativo inefficace e inefficiente⁶⁴.

Va evidenziato però che l'Italia non si è mostrata priva di sensibilità e di strumenti giuridici per affron-

60 La tecnologia della *blockchain* è già utilizzata da circa cento banche italiane per quanto concerne le attività di rendicontazione dei conti reciproci. Attraverso il progetto “Spunta Banca DLT (Distributed Ledger Technology)”, l'ABI ha infatti coordinato e promosso l'adozione di tale tecnologia. Ad oggi circa cento banche accedono quotidianamente al proprio nodo per gestire questo processo interbancario, che è stato spostato da una modalità tradizionale con scambi di telefonate e messaggi, ad una tecnologia basata su registri distribuiti per la rendicontazione dei conti reciproci.

61 In dottrina si rimanda a M.T. Paracampo, *FinTech. Introduzione ai Profili Giuridici di un Mercato Unico Tecnologico dei Servizi Finanziari*, Giappichelli, Torino, 2020.

62 In merito alla necessità di migliorare ulteriormente le capacità di resilienza e di risposta agli incidenti di soggetti pubblici e privati, delle autorità competenti e dell'Unione nel suo complesso nel campo della cybersicurezza e della protezione delle infrastrutture critiche, si rimanda a Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio ‘Relativa a Misure per un Livello Comune Elevato di Cybersicurezza nell'Unione, che abroga la Direttiva (UE) 2016/1148’.

63 “Si pensi a un *malware* che porti al blocco, anche solo parziale, di un'infrastruttura finanziaria principale quale la borsa; il valore effettivo dipende dall'impatto percepito, giacché i mercati sono connessi (es. un sistema di borse regionale); data la centralità degli attori del sistema finanziario rispetto agli altri settori economici ed al pubblico in generale, il valore di impatto ultimo è ancora più grande; infine, in un contesto informativo social, il valore di impatto può facilmente essere amplificato attraverso la disinformazione”. (P. Ciocca, ‘Dati e Finanza: Nuove Opportunità e Nuove Vulnerabilità. La Necessità di Cambiare Paradigma’, Intervento all'ABI in data 18 novembre 2020).

64 P. Gai et al., *Regulatory Complexity and the Quest for Robust Regulation*, in Reports of the Advisory Scientific Committee of the European Systemic Risk Board (ESRB), 2019, pp. 9 ss.

tare la sfida *tech*. Gli approcci di *better (rectius: smart) regulation* hanno iniziato a permeare le attività dei nostri regolatori,⁶⁵ delineando una evoluzione che fa ben sperare.⁶⁶

Andando indietro nel tempo, va sottolineato come l'Italia sia stata la prima nazione a regolamentare il fenomeno dell'*equity crowdfunding* tramite il Regolamento Consob n. 18592 sulla raccolta di capitali tramite portali on-line del 26 giugno 2013, il quale oggi vanta una specifica regolamentazione a livello europeo.⁶⁷

Recentemente, il cosiddetto Decreto Crescita (art. 36, comma 2-octies, del D.L. n. 34 del 30 aprile 2019, come modificato dalla Legge di Conversione n. 58 del 28 giugno 2019) ha istituito, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Comitato di Coordinamento per il *FinTech*⁶⁸: esso consiste in una cabina di regia tra autorità e ministeri per condividere esperienze e *best practice* e per incentivare un confronto con l'obiettivo di progettare *policy* condivise e coordinate che abbiano a oggetto il fenomeno *FinTech*.⁶⁹

Anche attraverso tale Comitato si cercherà di avere uno sguardo attento verso il futuro: attraverso un approccio transnazionale, si valuteranno quali *benchmark* le esperienze degli altri paesi, per introdurre strumenti innovativi di regolamentazione che possano far evolvere il nostro settore bancario e finanziario, mantenendolo appetibile e competitivo.

65 Per le ulteriori sfide affrontate in ambito europeo, si rimanda ad esempio a: Consob, 'Le Offerte Iniziali e gli Scambi di Cripto-Attività: apporto Finale', 2020, disponibile su https://www.consob.it/documents/46180/46181/ICOs_rapp_fin_20200102.pdf/70466207-edb2-4b0f-ac35-dd8449a4baf1. Sul tema si rimanda anche a: Commissione Europea, 'Proposta di Regolamento UE Relativo ai Mercati Delle Cripto-Attività e che Modifica la Direttiva (UE) 1937/2019', (COM(2020) 593 final).

66 Sul tema per tutti si rimanda a V. Mirra, V. Miscia, 'L'Air Delle Autorità Indipendenti: Banca d'Italia e Consob', in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 2, 2013, pp. 517 ss.

67 Regolamento (UE) n. 1503/2020. Sul tema si rimanda altresì a: J. Armour, L. Enriques, 'The Promise and Perils of Crowdfunding: Between Corporate Finance and Consumer Contracts', in *The Modern Law Review*, n. 81(1), 2018, pp. 51-84.

68 Il Comitato riunisce in qualità di membri permanenti: il Ministro dell'Economia e delle Finanze, il Ministro dello Sviluppo Economico, il Ministro per gli Affari Europei, la Banca d'Italia, la Consob, l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni (IVASS), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), il Garante per la Protezione dei Dati Personali, l'Agenzia per l'Italia Digitale (Agid) e l'Agenzia delle Entrate.

69 Il Comitato ha il compito di individuare gli obiettivi, definire i programmi e porre in essere le azioni per favorire lo sviluppo della tecno-finanza, anche in cooperazione con soggetti esteri, nonché di formulare proposte di carattere normativo e agevolare il contatto degli operatori del settore con le istituzioni e con le autorità.

Un esempio eclatante in tal senso è rappresentato dal cosiddetto *regulatory sandbox*, strumento di “importazione” anglosassone.

Più nello specifico, l'articolo 36 del citato Decreto Crescita ha previsto di disciplinare con appositi regolamenti⁷⁰ le condizioni e modalità di svolgimento di una sperimentazione relativa alle attività di tecno-finanza (*FinTech*) volte al perseguimento, mediante nuove tecnologie, dell'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo: il cosiddetto *sandbox*, peraltro già attivo nel Regno Unito e che ha visto la nascita e crescita di nuove start-up con business innovativo.⁷¹

Tale “*box*” è un metodo sperimentale di approccio alla regolamentazione, rivolto agli operatori della tecno-finanza, i quali, mediante nuove tecnologie quali l'intelligenza artificiale e i cosiddetti registri distribuiti, perseguono l'innovazione di servizi e di prodotti nei settori finanziario, creditizio, assicurativo e dei mercati regolamentati.⁷²

Il *sandbox* rappresenta uno strumento di grande innovazione giuridica che dimostra consapevolezza del fatto che gli strumenti tradizionali non sono sufficienti per far fronte alla miriade di nuovi servizi finanziari ad alto contenuto tecnologico⁷³.

Anche le tecniche di *better regulation* a volte possono risultare non determinanti e inefficaci: analisi di impatto della regolamentazione, consultazioni pubbliche, valutazione di impatto della regolamentazione, *open hearings* ecc., non sempre permettono di fornire una risposta normativa adeguata, e soprattutto con tempistiche ragionevoli, che consenta altresì un rapido sviluppo economico del *FinTech*.

Si crea pertanto un periodo di sperimentazione caratterizzato dalla durata massima di diciotto mesi

⁷⁰ Lo schema di regolamento è stato posto in consultazione pubblica dal MEF nel 2020.

⁷¹ Molte delle quali hanno ottenuto poi l'autorizzazione ad operare come istituti di pagamento o istituti di moneta elettronica.

⁷² Si veda. D.L. 39/2019, art. 36, comma 2-bis.

⁷³ La *sandbox* regolamentare è un ambiente controllato dove intermediari vigilati e operatori del settore *FinTech* possono testare, per un periodo di tempo limitato, prodotti e servizi tecnologicamente innovativi nel settore bancario, finanziario e assicurativo. La sperimentazione avverrà in costante dialogo con le autorità di vigilanza (Banca d'Italia, CONSOB e IVASS), potendo eventualmente beneficiare di un regime semplificato transitorio. In Italia, il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 30 aprile 2021, n. 100, attuativo della delega prevista dal Decreto-Legge 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. “Decreto Crescita”), definisce la “Disciplina del Comitato e della sperimentazione *FinTech*”, cioè la cosiddetta “*sandbox* regolamentare” di attività *FinTech* presso le autorità di vigilanza. Le prime finestre temporali per le richieste di ammissione alla sperimentazione sono state aperte nel novembre 2021 dalla Banca d'Italia.

(prorogabili per un massimo di ulteriori dodici mesi) e che consente varie deroghe alle previsioni standard di legge: sono infatti previsti requisiti patrimoniali ridotti, adempimenti semplificati e proporzionati alle attività che si intende svolgere, tempi ridotti delle procedure autorizzative e definizione di perimetri e limiti di operatività.⁷⁴

Tale sperimentazione⁷⁵ consente di valorizzare al massimo lo sviluppo del business ad alto contenuto tecnologico e innovativo, in quanto tale non ancora incanalabile in requisiti normativi prefissati, minimizzandone i costi e accelerandone gli adempimenti autorizzatori. Dall'altro lato si permette di valorizzare altresì le competenze delle Autorità di Vigilanza, avvicinandola alla realtà operativa della start-up al fine di analizzare i profili economici e giuridici rilevanti, agevolandone in tal modo una risposta di carattere normativo (possibilmente entro i diciotto mesi della sperimentazione) ovvero interpretativo. L'osservazione del periodo di sperimentazione, infatti, consente di rilasciare autorizzazioni per l'esercizio di attività riservate da svolgersi all'interno del periodo e nei limiti della sperimentazione stessa, ma può comportare la deroga o la disapplicazione temporanee degli orientamenti di vigilanza o della regolamentazione delle Autorità di Vigilanza.⁷⁶

È dunque evidente un desiderio di adattamento della regolamentazione alla realtà in divenire: anche il *regulator* vuole diventare “*smart*”.

5. Il “fattore umano” nel Fintech: gli “upgrade” necessari per clienti e compliance

Le recenti evoluzioni sopra delineate rendono necessario ripensare al ruolo dell'individuo nella duplice veste di cliente e di operatore all'interno degli intermediari.

Per l'utilizzo di tutti questi nuovi strumenti che la tecnologia rende disponibili e per cogliere appieno le opportunità che essi incorporano, occorre anche un avanzamento della clientela in termini di conoscenze. Si deve anteporre nuovamente l'intelligenza umana a quella digitale, specificamente al fine di

⁷⁴ Si veda. D.L. 39/2019, art. 36, comma 2-ter.

⁷⁵ È possibile stabilire delle misure differenziate e adeguate in considerazione delle particolarità e delle esigenze dei casi specifici; esse hanno carattere temporaneo e garantiscono adeguate forme di informazione e di protezione a favore di consumatori e investitori, nonché del corretto funzionamento dei mercati (si veda. D.L. 39/2019, art. 36, comma 2-quinquies).

⁷⁶ Va chiarito che è auspicabile che anche laddove le aziende ammesse alla sperimentazione non riescano ad ottenere l'autorizzazione entro i diciotto mesi, esse possano adattare il proprio business e ottenerla anche successivamente, magari sfruttando le intervenute innovazioni legislative in merito.

valorizzare quest'ultima.

L'innalzamento del livello delle competenze finanziarie dei cittadini con un'azione diffusa e organica di informazione e di educazione è indispensabile per consentire ai risparmiatori di valutare il più correttamente possibile opportunità e rischi delle scelte di investimento.⁷⁷

Nel confronto europeo l'Italia si caratterizza per una popolazione mediamente più anziana e con minori competenze digitali. Gli studi della Consob confermano le limitate conoscenze finanziarie degli italiani,⁷⁸ unite a una sopravvalutazione delle proprie competenze in materia di scelte economiche e di investimento, sebbene l'attitudine verso la digitalizzazione sia nel complesso positiva.⁷⁹

Le autorità di settore non sono rimaste passive in nessun senso. Sono varie le iniziative delle autorità di vigilanza e di enti pubblici volte ad ampliare il dialogo e la conoscenza su questi temi, tra cui le nuove configurazioni dei portali delle autorità di vigilanza, che prevedono apposti spazi per il *FinTech*, i canali internet dedicati (ad esempio, il “*FinTech Channel*” di Banca d'Italia)⁸⁰, gli *innovation hub*, gli osservatori,⁸¹ le iniziative per la diffusione della conoscenza o le raccolte tematiche sul tema (su tutti i “Quaderni *FinTech*” pubblicati dalla Consob).⁸²

77 Si veda I. Visco, 'Intervento del Governatore Della Banca d'Italia presso la Commissione Finanze e Tesoro del Senato della Repubblica', Roma, 30 marzo 2017.

78 La quota di intervistati che risponde correttamente a domande su conoscenze finanziarie di base oscilla dal 38% al 60% (Consob, *Report on Financial Investments of Italian Households*, 2020, disponibile su <https://www.consob.it/documents/46180/46181/rf2020.pdf/ccfe7ad2-810f-4490-bd7e-413daa24c391>).

79 Con riferimento a specifici ambiti dell'innovazione finanziaria concernenti le cripto-valute, il trading online e fenomeni quali il *robo advice* e il *crowdfunding* emerge un livello di attività molto contenuto: solo il 5% del campione, infatti, riferisce di avere effettuato trading online e le percentuali risultano inferiori negli altri casi. La quota di individui che dichiarano di avere una conoscenza, seppur basilare, di servizi finanziari digitalizzati è più alta tra gli investitori, dove si passa dal 13% per il *robo advice* al 30% circa per le valute virtuali e il *crowdfunding* al 44% per il trading online (*ibid*).

80 Attraverso tale canale vengono sottoposti alla Banca d'Italia progetti a contenuto tecnologico parzialmente o totalmente innovativo e relativi al settore finanziario, che sono sottoposte a un vaglio multifunzionale con un approccio flessibile (ad esempio attraverso incontri o contatti telefonici). In tal modo si facilita una agile raccolta di informazioni relative alle caratteristiche generali del progetto e ad alcuni aspetti specifici dello stesso in merito a norme applicabili, modelli di business, potenziali problemi di compliance ecc.

81 Per tutti si cita l'Osservatorio e Forum UE Sulla Blockchain.

82 C. Schena, et al., 'Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e Rischi per L'industria Finanziaria nell'Era Digitale', in *Consob, Quaderni di FinTech*, n. 1, 2018.

L'istituzione del Comitato⁸³ di Programmazione e Coordinamento delle Attività di Educazione Finanziaria⁸⁴ (attivo dal 2017) e la realizzazione di una “strategia nazionale per l'educazione finanziaria, assicurativa e previdenziale”⁸⁵ completano il quadro al fine di allineare il nostro Paese alle migliori prassi internazionali.

L'adozione di tale strategia è fortemente raccomandata a livello internazionale: recentemente, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha auspicato al riguardo un approccio coordinato e duraturo che riconosca l'importanza dell'alfabetizzazione finanziaria, anche attraverso normative, ne definisca la portata e sia coerente con altre strategie che promuovono la prosperità eco-

83 Previsto da L. 17 febbraio 2017, n.15, art. 24-bis.

84 Il Comitato è composto da undici membri ed è presieduto da un direttore, nominato dal Ministro dell'Economia e delle Finanze d'intesa con il Ministro dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica tra personalità con comprovate competenze ed esperienza nel settore. I membri diversi dal direttore, scelti con i medesimi criteri, sono designati: dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, dal Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della ricerca, dal Ministro dello Sviluppo Economico, dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, dalla Banca d'Italia, dalla Consob, dall'IVASS, dalla Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (COVIP), dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti e infine dall'Organismo di Vigilanza e Tenuta dell'Albo dei Consulenti Finanziari (OCF).

85 È stato pubblicato un programma nazionale consistente in un piano operativo che delinea concretamente le principali iniziative attraverso le quali verrà data attuazione alla “Strategia Nazionale per l'Educazione Finanziaria, Assicurativa e Previdenziale” nel triennio 2017-2019.

nomica e sociale.⁸⁶

Si vuole creare una “circuito virtuoso” di conoscenza e di scambio tra soggetti privati e pubblici, che consenta una simbiosi nell’ottica di progresso, per aiutare a far correre insieme business e regolatore.⁸⁷

Il progresso, però, si fonda sempre sul capitale umano: la tecnologia e gli strumenti tecnologici sono solo uno strumento da regolare.

All’evoluzione e alla diffusione della cultura della compliance va associata la consapevolezza della necessità di resilienza. L’intermediario deve definire i livelli di protezione che si prefigge e controllarli in modo da garantirne il corretto funzionamento e il costante aggiornamento. Il tutto attraverso un approccio trasparente e collaborativo con le autorità di vigilanza. Esponenti aziendali, management e

86 Si raccomanda, *inter alia*, “[...] di identificare le questioni rilevanti in materia di alfabetizzazione finanziaria e affrontarle in funzione delle priorità. Tra tali questioni vanno annoverati: accesso a, e uso di, prodotti e servizi finanziari del settore formale, compresi quelli digitali; pianificazione e gestione delle proprie finanze sul breve termine; risparmio e investimento; gestione dei crediti; pianificazione e risparmio in vista del pensionamento; gestione dei rischi; e assicurazione. Nell’affrontare tali questioni, i Paesi Aderenti dovrebbero: a) Promuovere la sensibilizzazione e la comprensione circa le caratteristiche di prodotti e servizi finanziari tradizionali e innovativi e dei rischi finanziari ad essi associati; b) Offrire ai consumatori gli strumenti necessari per: valutare prodotti, servizi e fornitori disponibili; decidere se servirsene o meno, tenendo conto della loro situazione personale e della eventuale complessità di ogni prodotto, nonché di commissioni, spese, penalità e interessi; gestire efficacemente gli eventuali rischi connessi; c) Promuovere la sensibilizzazione e la comprensione circa: i diritti e le responsabilità dei consumatori in quanto detentori di prodotti finanziari, anche per quanto riguarda la conoscenza dell’informativa disponibile e obbligatoria e degli strumenti che favoriscono la trasparenza (documenti contenenti le informazioni chiave, siti comparatori di prezzi); le pratiche illecite, sleali o discriminatorie (termini e condizioni scorretti, pratiche commerciali aggressive, pratiche illegali in materia di recupero crediti); le modalità di reclamo e di richiesta di risarcimento; d) Incoraggiare le persone ad agire e favorire cambiamenti nel comportamento che possano migliorare la situazione personale, per esempio promuovendo l’adozione di scelte consapevoli e attive che incoraggino a risparmiare maggiormente o limitino l’assunzione di rischi inopportuni; e) Fornire consigli di base imparziali che aiutino i consumatori ad affrontare sistemi e processi decisionali complessi, come la gestione dei crediti e la formulazione di piani pensionistici, qualora le loro informazioni e competenze di base siano insufficienti, e fornire loro gli strumenti per affrontare il settore della consulenza finanziaria, anche tramite i robo-advisor (consulenza finanziaria automatizzata)”. Si veda OCSE, *Raccomandazione del Consiglio sull’Alfabetizzazione Finanziaria*, 29 ottobre 2020.

87 In ambito finanziario non può che concordarsi con le conclusioni del primo studio sul *FinTech* pubblicato dalla Consob, nel quale si sottolinea come “[...] si renda necessario, da un lato, un profondo ripensamento della relazione di clientela e della gestione del rischio reputazionale, che porti ad un accrescimento delle competenze operative e della capacità di offerta adeguata agli effettivi bisogni finanziari; dall’altro, una approfondita disamina delle condizioni alle quali gli investimenti in ICT, in tecnologie e in società *FinTech* siano in grado di generare applicazioni operative davvero efficaci per la clientela ed anche una congrua redditività per le banche” (si veda, C. Schena, et al., *op. cit.*).

funzioni di controllo sono gli attori consapevoli che devono sviluppare questo approccio cosciente.⁸⁸

6. La tecnologia a servizio della compliance

La tecnologia è un motivo di sviluppo e di cambiamento anche delle attività di controllo all'interno degli intermediari.

L'aumento delle sanzioni per le violazioni di legge perpetrate dagli intermediari associato alla numerosità di materie da presidiare e al proliferare di adempimenti verso le autorità (es. antiriciclaggio, *market abuse*, *transaction reporting* ecc.) hanno dato crescente rilievo alla funzione della compliance.

Tale funzione ha sviluppato le proprie attività anche mediante l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale per le proprie analisi.

Attraverso strumenti *tech*, la compliance può effettuare analisi automatizzate in grado di associare dati, eventi e comportamenti così da identificare in maniera più veloce ed efficace potenziali elementi di rischio.⁸⁹

Allo stesso modo, la medesima funzione di controllo può provvedere a individuare e monitorare gli adeguamenti alla normativa esterna, nonché rinvenire i dati necessari per le proprie valutazioni periodiche sullo stato di conformità.

A tali fini è sicuramente di grande importanza essere in grado di costruire un database completo, che garantisca una interconnessione tra i dati presenti in banca: tramite appositi algoritmi, l'intermediario deve essere in grado di confrontare le informazioni inserite in differenti database ed evidenziare potenziali anomalie. Attraverso controlli incrociati di questo genere, moltiplicati e velocizzati dalla tecnologia, si individuano gli interventi necessari per limitare i rischi di non conformità.

Anche in questo caso, i grandi investimenti che il *tech* richiede da soli non bastano, in quanto occorre valorizzare il capitale umano per diverse ragioni. Anzitutto, per la creazione di una metodologia e di una organizzazione che ottimizzi appieno quanto sopra e che consenta di gestire l'aumento di mole dei dati

⁸⁸ Promuovendo il principio *“tone from the top”*. Si veda P. Ciocca, 'Dati e Finanza: Nuove Opportunità e Nuove Vulnerabilità. La Necessità di Cambiare Paradigma', Intervento all'ABI in data 18 novembre 2020.

⁸⁹ Un esempio di tecnologia utile per la compliance può individuarsi nella *blockchain*, che grazie alle proprie caratteristiche di sicurezza, affidabilità, controllo dell'informazione, immutabilità e condivisione, minimizza il rischio di alterazione o dispersione delle informazioni utili ai fini del controllo.

da trattare e analizzare. Inoltre, per implementare un adeguato settaggio del sistema che consenta una corretta analisi dei *trend* e che individui le anomalie e la tipologia di interventi necessari. Infine, per una evoluta attività di programmazione delle attività di *follow-up* ove le tipologie di interventi saranno associate automaticamente a seconda delle incongruenze e/o dei rischi rilevati.

Gli strumenti del *FinTech* risultano pertanto utilissimi per il monitoraggio continuo di normative, per l'automatica individuazione dei processi, per lo smistamento delle attività (testi normativi, corrispondenza) per l'individuazione e l'effettuazione dei controlli (per materia, processo aziendale, rilevanza, urgenza ecc.).

7. Conclusioni

Lo sviluppo delle tecnologie e degli strumenti di controllo che sfruttano un approccio *data driven* rappresenta un grande passo in avanti per gli intermediari, ma richiede altresì investimenti per aggiornare costantemente conoscenze e metodologie da sviluppare.

In altre parole, siamo di fronte a strumenti con potenzialità di impatto epocale, i quali tuttavia senza una programmazione e un approccio metodologico forte porterebbero solo a risultati incerti: una perenne incertezza dei risultati, condurrebbe a infiniti controlli su falsi positivi e falsi negativi che renderebbero inutile e forse addirittura dannoso l'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Servono dunque più “intelligenze” per migliorare il presidio di conformità, pilastro indispensabile nella struttura delle banche,⁹⁰ sfruttando il potenziale umano per le attività *core* e valorizzando il loro intervento grazie agli strumenti tecnologici che mettono a disposizione più dati, più connessioni, più legami, più *red flag*, per razionalizzare e rendere più incisivi gli interventi delle funzioni di controllo. Ciò sempre con l'obiettivo di proteggere la clientela, rafforzandone la tutela attraverso la prevenzione e il controllo dei rischi tipici associabili all'utilizzo di strumenti tecnologici.

In conclusione, possiamo affermare che tutto ciò che concerne il *Tech* è affascinante, potente e ci consente di “correre” verso il futuro. Il vero “supereroe”, però, rimane l'individuo, il creatore del *Fintech*, il quale è l'unico soggetto che può e deve regolare e controllare lo sviluppo di tale fenomeno. Ma si sa

⁹⁰ Alla funzione di controllo si interessano con crescente attenzione le Autorità di Vigilanza (per tutti si veda Banca d'Italia, Circolare n. 285/13; EBA, 'Orientamenti sulla Governance Interna', 2018).

che “da grandi poteri derivano grandi responsabilità”⁹¹: tale grande responsabilità è e rimarrà quella di assicurare la tutela del cliente, la parità di trattamento e la fiducia nel sistema.

Serve il contributo di tutti: attraverso l’incremento dell’educazione finanziaria, una legislazione coerente e incisiva⁹² e non sovrabbondante, una evoluzione dei rischi, delle *policy* e dell’organizzazione interna degli intermediari⁹³.

Dalla crisi emergono sempre nuove opportunità. Non bisogna lasciarcele sfuggire.

91 Citazione comparsa per la prima volta in “Amazing Fantasy” nell’agosto 1962, ed. Marvel, nei racconti del famoso supereroe Spiderman.

92 Imprescindibili appaiono gli utilizzi di tutte le tecniche di cosiddetta *better regulation*, nonché degli strumenti innovativi descritti nel presente contributo.

93 A. Perrazzelli, “L’Accelerazione Digitale del Sistema Finanziario: Nuove Sfide per il Mercato e per le Autorità”, intervento presentato al *webinar* “Open Finance: il Futuro del Banking a Portata di Mano, Associazione CIVITA – CBI” in data 25 febbraio 2021, ha sottolineato che “La sfida culturale è quindi probabilmente quella più ardua per il supervisore: investire in capitale umano, incrementare le proprie conoscenze e competenze in una logica di apprendimento continuo – anche attraverso un confronto franco con l’industria e con le altre Autorità nazionali e internazionali – resta probabilmente il modo più efficace per affrontare tale sfida”.

SOMMARIO [*; **]: 1. Introduzione- 2. La transizione energetica: (i) la finanza verde e il *Nuclear Energy (Financing) Bill* e il modello RAB- 3. La transizione energetica: (ii) la strategia sull'eolico- 4. Innovazione non-tecnologica: la *Alternative Liquidity Facility* per la finanza islamica- 5. La transizione digitale: (i) le riforme al mercato dei capitali- 6. La transizione digitale: (ii) in via di sviluppo, l'integrazione tra finanza intermediata e finanza decentralizzata- 7. Conclusioni-

1. Introduzione

Sono passati due anni dalla data effettiva della Brexit. Per tutte le difficoltà che essa, secondo un numero di forse premature previsioni,¹ avrebbe dovuto causare, l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea non ha innescato alcuna significativa perdita permanente di capacità economica britannica; piuttosto, essa è emersa come un veicolo per tentare di riposizionare l'UK al vertice di una dirompente trasformazione dell'economia mondiale.²

* Bepi Pezzulli ha conseguito il J.D. alla Columbia University e si è abilitato come Attorney-at-Law a New York, Avvocato in Italia e Solicitor in Inghilterra e Galles. Svolge analisi sull'impatto dell'innovazione sui mercati finanziari, la regolamentazione finanziaria, l'architettura finanziaria, la stabilità finanziaria, la governance e la gestione del rischio. Il suo interesse di ricerca è lo statecraft economico. In precedenza, ha lavorato presso Sullivan & Cromwell e Shearman & Sterling a New York e ha ricoperto vari ruoli di direzione legale e compliance presso BlackRock a Londra.

** Raffaella Tenconi ha conseguito un M.Sc. in Global Market Economics alla London School of Economics. Ha fondato e dirige ADA Economics, una società di ricerca economica e politica con sede a Londra. La sua ricerca combina modelli econometrici e analisi sperimentale per valutare la reazione del settore privato ai cambiamenti della legislazione economica a livello europeo. In precedenza, ha lavorato come Senior Economist presso Bank of America Merrill Lynch e ha ricoperto vari ruoli di ricerca macroeconomica presso Wood & Co, Dresdner Kleinwort e Lombard Street Research.

1 V. in generale John Cassidy, *The Economic Arguments Against Brexit*, THE NEW YORKER (May 23, 2016), <https://www.newyorker.com/news/john-cassidy/the-economic-arguments-against-brexit>. Thomas Sampson et al., *Economists for Brexit: A Critique*, CENTRE FOR ECONOMIC PERFORMANCE, <https://cep.lse.ac.uk/pubs/download/brexit06.pdf>. Julia Rampen, *The 7 brilliant arguments Theresa May once made against Brexit*, THE NEW STATESMAN (October 26, 2016), <https://www.newstatesman.com/politics/the-staggers/2016/10/7-brilliant-arguments-theresa-may-once-made-against-brexit>. Rafal Kierzenkowski et al., *The Economic Consequences of Brexit: A Taxing Decision*, OECD Economic Policy Paper No. 16 (April 2016), <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jm0lsvdkf6ken.pdf?expires=1645305430&id=id&accname=guest&checksum=8164CB69ADFEA76244CDCE6D482EF0BA>.

2 HM GOV'T, THE BENEFITS OF BREXIT. HOW THE UK IS TAKING ADVANTAGE OF LEAVING THE EU (January 2022), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1054643/benefits-of-brexit.pdf.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

A far data dalla Brexit, il governo britannico ha intrapreso un ciclo di profonda ricalibrazione della politica industriale, concepita per assicurare che l'UK sia *leader* e beneficiario delle “transizioni gemelle”.³ Il termine “transizioni gemelle” descrive la Quarta Rivoluzione Industriale o Industria 4.0, basata sulla digitalizzazione dell'economia e sulla decarbonizzazione dell'economia attraverso l'impiego di tecnologia innovativa. In questo senso, essendo basate sul medesimo processo di trasformazione dell'economia, la transizione digitale e la transizione energetica sono transizioni gemelle.⁴

Nel nuovo paradigma economico, l'UK non è un concorrente diretto di USA o Cina, che hanno già costruito una posizione di vantaggio comparativo nella tecnologia sottostante. Più pragmaticamente, Londra punta a costruire una posizione di vantaggio strategico attraverso il trasferimento di capacità scientifica e tecnologica al settore industriale, allo scopo di costruire una economia basata sull'innovazione.⁵ Poiché per conseguire questo obiettivo, il *first mover advantage* è fondamentale, il governo conservatore ha agito velocemente ed eseguito una revisione completa della strategia di politica industriale. La revisione strategica ha implicato un notevole sforzo a livello legale e regolamentare implementato attraverso legislazione e riforme.

Al di fuori dell'UE, l'UK è meglio posizionato per assicurarsi i benefici della nuova strategia, e può, in una certa misura, recuperare rilevanza per la sterlina, dopo che il GBP ha perso centralità nel commercio internazionale contro la lenta ma continua crescita di euro e renminbi come valute di riserva.⁶

Dal punto di vista britannico, cavalcare le transizioni gemelle significa rafforzare il ruolo della City di Londra quale hub globale di servizi finanziari e legali per influenzare lo sviluppo delle “*big six*” tecnologie digitali (*blockchain*, *big data*, intelligenza artificiale, *e-commerce*, realtà virtuale e *cloud*) e promuov-

3 Alan Warr, *Tech priorities for government leaders and departments for 2022*, GOVERNMENT BUSINESS, <https://governmentbusiness.co.uk/features/technology-priorities-government-leaders-and-departments-2022>.

4 *What is twin transitions?* INSIGHT (December 14, 2021), https://www.insight-erasmus.eu/what-is-twin-transition/?utm_source=rss&utm_medium=rss&utm_campaign=what-is-twin-transition.

5 HM GOV'T, *GLOBAL BRITAIN IN A COMPETITIVE AGE: THE INTEGRATED REVIEW OF SECURITY, DEFENCE, DEVELOPMENT AND FOREIGN POLICY* (March 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/975077/Global_Britain_in_a_Competitive_Age_the_Integrated_Review_of_Security__Defence__Development_and_Foreign_Policy.pdf.

6 INTERNATIONAL MONETARY INSTITUTE, RENMIN UNIVERSITY OF CHINA, *RMB INTERNATIONALIZATION REPORT 2021 – THE NEW DEVELOPMENT PATTERN OF DUAL CIRCULATION AND CURRENCY INTERNATIONALIZATION* (July 2021), <http://www.imi.ruc.edu.cn/docs/2021-09/7409bfbb66b7490d98c1722350908fe1.pdf>.

vere la loro adozione a livello globale.⁷ Per consolidare la *leadership* globale, certi fattori-chiave sono necessari: una regolamentazione competente e sofisticata, una intermediazione finanziaria estesa e affidabile e una infrastruttura legale capace di sostenere la proliferazione di *crypto-assets* esistenti e futuri.⁸ Soprattutto, sono necessarie fonti di energia abbondanti e resilienti, in mancanza delle quali la transizione digitale e la transizione energetica strozzano, piuttosto che incoraggiare, la crescita. Infine, serve una forza lavoro altamente specializzata, versata in tutti gli aspetti del balzo tecnologico, politicamente necessaria per rendere questa nuova realtà socialmente accettabile ed economicamente vantaggiosa per la maggioranza elettorale.

2. La transizione energetica: (i) la finanza verde e il Nuclear Energy (Financing) Bill e il modello RAB

Con questo prisma in mente, l'UK ha intrapreso un programma di riforme legali e regolamentari, noto come agenda “*Global Britain*”, basato sul ruolo globale della *City* di Londra e sulla capacità dei mercati di finanziarie le riforme necessarie se attratti dai giusti incentivi.⁹ Il Miglio Quadrato ha accettato la sfida della trasformazione economica: preso atto che essere il centro di gravità della finanza globale non sarebbe più sufficiente per favorire le ambizioni dell'agenda *Global Britain*, i mercati hanno incentivato il sistema industriale a rendersi flessibile, innovativo e resiliente agli *shocks*. Il rapporto annuale di *The CityUK*, la lobby dell'industria dei servizi finanziari, sullo stato dell'industria fornisce un'illustrazione del vantaggio competitivo che la *City* garantisce a Londra e all'UK.¹⁰ Gli intermediari finanziari hanno svolto un ruolo cruciale durante la pandemia di Covid-19, mitigando lo *shock* economico causato dalla crisi sanitaria. Questo è accaduto grazie alla capacità dei mercati di adattarsi ai cambiamenti e di finanziare l'Erario. Secondo i dati di PWC, una società di revisione contabile, il settore dei servizi finanziari ha

7 Bepi Pezzulli and Raffaella Tenconi, *The Recovery of the City of London's Competitive Advantage in Global Capital Markets: Renouncing Inherited EU Law to Restore English Common Law*, 63 VA. J. INT'L L. ONLINE 33 (2021),

https://static1.squarespace.com/static/5f0a3654a47d231c00ccd14f/t/6153b830a27eb461937703f7/1632876593009/Pezzulli+%26+Tenconi_The+Restoration+of+the+City+of+London%27s+Competitive+Advantage_Final+to+Author+092721.pdf. See also

BARNABAS REYNOLDS, RESTORING UK LAW: FREEING THE UK'S GLOBAL FINANCIAL MARKET (Sheila Lawlor Ed., 2021).

8 Id.

9 V. Collection. *Global Britain: delivering on our international ambition*, COMMONW. & FOREIGN OFFICE (June 13, 2018, last updated September 23, 2019), <https://www.gov.uk/government/collections/global-britain-delivering-on-our-international-ambition#:~:text=Global%20Britain%20is%20about%20reinvesting,confident%20on%20the%20world%20stage>.

10 THECITYUK, SUPPORTING RECOVERY, SHAPING AN AGENDA FOR THE FUTURE. ANNUAL REPORT AND ACCOUNTS 2020-21 (September 2021), <https://www.thecityuk.com/assets/2021/Reports/dbb2406edd/Supporting-recovery-shaping-an-agenda-for-the-future-Annual-report-and-accounts-2020-21.pdf>.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

contribuito £75,6 mld in tasse nell'ultimo anno fiscale, impiegando il 3% della forza lavoro (1,1 mln di addetti); numeri che costituiscono il 10% del gettito fiscale aggregato.¹¹

I mercati sono stati straordinariamente ricettivi alla crisi, sviluppando nuovi prodotti e nuove specializzazioni, in linea con le priorità politiche generali e i cambiamenti geopolitici. A cominciare dalla finanza verde.

Il *London Stock Exchange* (LSE) è stata la prima grande Borsa valori a lanciare un segmento dedicato ai *green bonds*.¹² Lo speciale *Sustainable Bond Market* (SBM) comprende *green*, *sustainability* e *social bonds*.¹³ Nell'ultimo anno, ci sono stati più di 240 *sustainable bonds* attivi quotati sul LSE offerti da più di 60 emittenti, che hanno raccolto £50 mld.¹⁴ Secondo i dati di Morningstar, una società di analisi finanziaria, ci sono 20 fondi di *green bonds* distribuiti in UK;¹⁵ tra i gestori, figurano Allianz, AXA, BNP Paribas, Credit Suisse, BlackRock, ISS and Mirova.¹⁶ Sul lato *equity*, ci sono ora più di 125 *green funds*, *Exchange Traded Funds* (ETF) e ETS (strumenti per la negoziazione di emissioni di Co2) quotati sul LSE, che forniscono capitale privato per finanziare la transizione energetica.¹⁷ La vitalità britannica contrasta con la crisi europea; mentre Londra si posiziona in cima al *Green Finance Index*;¹⁸ il blocco a 27 appare attana-

11 CITY OF LONDON CORPORATION, THE TOTAL TAX CONTRIBUTION OF UK FINANCIAL SERVICES IN 2020, 13TH EDITION, <https://www.cityoflondon.gov.uk/assets/Business/total-tax-contribution-2020.pdf>.

12 Factsheet (February 19, 2021), Sustainable Bond Market (SBM), THE LONDON STOCK EXCHANGE GROUP, <https://www.lseg.com/sites/default/files/content/documents/London%20Stock%20Exchange%20Sustainable%20Bond%20Market%20Factsheet%20effective%202019%20Feb%202021.pdf>.

13 Ibid.

14 2020 – A year of green milestones for the Sustainable Bond Market, LONDON STOCK EXCHANGE (January 6, 2021), <https://www.londonstockexchange.com/discover/news-and-insights/2020-year-green-milestones-sustainable-bond-market>.

15 Valerio Baselli, *Why Invest in Green Bonds?*, MORNINGSTAR (December 18, 2020), <https://www.morningstar.co.uk/uk/news/208107/why-invest-in-green-bonds.aspx>.

16 Id.

17 LONDON STOCK EXCHANGE, NAVIGATING THE GREEN FINANCE LANDSCAPE (2019), https://docs.londonstockexchange.com/sites/default/files/documents/lseg_green_finance_issuer_guide.pdf.

18 Z/YEN, THE GLOBAL GREEN FINANCE INDEX 9 (APRIL 2022), www.longfinance.net/programmes/financial-centre-futures/global-green-finance-index/.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

gliato dall'emergenza dei prezzi energetici¹⁹ e diviso sui criteri base della tassonomia verde.²⁰

Londra ha adottato una strategia precisa. La scelta politica è stata quella di non lasciare l'onere di implementare la transizione energetica nelle mani dei soli mercati. L'UK ha impiegato denaro del contribuente per sussidiare l'innovazione nucleare. Lo sviluppo di uno dei primissimi *small modular reactors* (SMR) è stato finanziato con £210 mln di denaro pubblico trasferiti a Rolls-Royce SMR.²¹ In associazione con una quota di capitale privato pari a £250 mln, l'investimento finanzia la fase 2 del progetto “Nucleare a basso costo” per renderlo operativo in UK.²² Il nucleare a basso costo è fondamentale per creare una fonte di energia potenzialmente infinita, affidabile e pulita per consentire all'UK di ridurre la dipendenza dagli idrocarburi fossili e l'esposizione alla volatilità del prezzo del gas naturale.²³ I reattori nucleari di nuova generazione sono meno costosi da costruire rispetto agli impianti nucleari tradizionali, grazie alle dimensioni ridotte.²⁴ La componentistica modulare consente alle parti di essere prodotte in impianti specializzati e trasportate su gomma verso i siti nucleari, con un risparmio di tempi e costi.²⁵ Rolls Royce SMR stima che ogni mini-reattore nucleare è capace di fornire energia elettrica a 1 milione di case, l'equivalente di una città come Leeds.²⁶

La partnership pubblico-privato con Rolls Royce è la più grande collaborazione ingegneristica mai formata in UK. Ed ha conseguenza significative: massimizza la capacità scientifica interna, crea nuova proprietà industriale, ricostruisce una supply chain domestica, e posiziona l'UK come leader globa-

19 Michael Winfrey et al., *The Energy Price Surge Is Squeezing Europe's Economy*, BLOOMBERG (January 12, 2022), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-01-12/the-energy-price-surge-is-squeezing-europe-s-economy>.

20 V. in generale *Questions and Answers on the EU Taxonomy Complementary Climate Delegated Act covering certain nuclear and gas activities*, EUROPEAN COMMISSION (February 2, 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_22_712. Nikolaus J. Kurmayer, *Germany considering lawsuit against EU taxonomy*, EURACTIV (February 8, 2022), <https://www.euractiv.com/section/energy/news/germany-considering-lawsuit-against-eu-taxonomy/>. Camilla Naschert, *Resist green label for natural gas, nuclear, EU taxonomy advisers say*, S&P GLOBAL (January 24, 2022), <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/resist-green-label-for-natural-gas-nuclear-eu-taxonomy-advisers-say-68541647>.

21 *UK backs new small nuclear technology with £210 million*, DEP'T FOR BUS., ENERGY & INDUS. STRATEGY (November 9, 2021), <https://www.gov.uk/government/news/uk-backs-new-small-nuclear-technology-with-210-million>.

22 Id.

23 Id.

24 Id.

25 Id.

26 Id.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

le nell'innovazione nucleare. Il nucleare di nuova generazione è una tecnologia esportabile all'interno del network delle democrazie liberali che attribuisce ulteriore credibilità all'agenda *Global Britain*. Il CEO di Rolls Royce Warren East ha illustrato le prossime applicazioni industriali: “La tecnologia Rolls-Royce SMR – ha detto – è una soluzione di energia pulita che offre scalabilità per molteplici applicazioni industriali: in particolare, accanto alla produzione di energia elettrica, la produzione di idrogeno e carburanti sintetici”.²⁷ L'economia britannica, a differenza di altre, sta capitalizzando la transizione energetica. Il progetto SMR, si stima, può creare 40mila posti di lavoro tra addetti alla produzione e addetti all'export.²⁸

Il progetto Nucleare a basso costo è stato deliberato mentre il Parlamento discuteva il *Nuclear Energy (Financing) Bill* che ha introdotto un nuovo modello di finanziamento per gli impianti di produzione nucleare, conosciuto come *Regulated Asset Base (RAB)*.²⁹ Il modello RAB è un metodo già usato in UK per il finanziamento di grandi infrastrutture, ad esempio acquedotti, ferrovie, reti per il gas e reti elettriche.³⁰ Due recenti applicazioni sono state il Terminal 5 dell'aeroporto di Heathrow e il *Thames Tideway Tunnel*.³¹

Tale modello viene utilizzato per incentivare gli investimenti privati in progetti pubblici, fornendo un ritorno sicuro sugli investimenti ai finanziatori.³² Nell'ambito di questo meccanismo, le società energetiche gestiscono il progetto infrastrutturale, assumendo la proprietà degli assets e dei costi operativi.³³ In cambio, saranno in grado di raccogliere entrate, attraverso le bollette dell'elettricità, e potranno an-

27 *Funding secured to enable small modular reactor delivery to meet net zero*, ROLLS ROYCE SMR (November 8, 2021), <https://www.rolls-royce-smr.com/press/funding-secured-to-enable-small-modular-reactor-delivery-to-meet-net-zero>.

28 Id.

29 *A new generation of power generation - UK government legislates for RAB model to fund nuclear new builds*, SLAUGHTER & MAY (November 3, 2021), <https://my.slaughterandmay.com/insights/briefings/a-new-generation-of-power-generation-uk-government-legislates-for-rab-model-to-fund-nuclear-new-builds>.

30 *Future funding for nuclear plants*, DEPT FOR BUS., ENERGY & INDUS. STRATEGY (October 26, 2021), <https://www.gov.uk/government/news/future-funding-for-nuclear-plants>.

31 Umesh Ellichipuram, *UK unveils new funding model for nuclear power stations*, POWER TECHNOLOGY (October 27, 2021), <https://www.power-technology.com/news/uk-funding-model-nuclear/>

32 Id.

33 Sam Forsdick, *How do you solve a problem like Wylfa Newydd? Exploring the regulated asset base nuclear financing model*, NS ENERGY (January 22, 2019), <https://www.nsenergybusiness.com/features/regulated-asset-base-model-nuclear/>

che ricevere sussidi governativi.³⁴ Ciò garantisce un tasso di rendimento più lungo, che riduce il rischio di investimento per i progetti ad alta intensità di capitale, come la costruzione di centrali nucleari.³⁵ Nella nuova formulazione, la società appaltatrice non deve aspettare l'inizio della produzione di energia per cominciare a ricevere entrate, ma riceve un flusso di entrate regolamentate dal Governo in relazione alle sue attività di progettazione, costruzione, messa in servizio e funzionamento del progetto nucleare.³⁶

Il modello incentiva l'investimento privato attraverso la riduzione del rischio e della volatilità degli introiti futuri. La nuova legge è concepita per attrarre maggiori investimenti privati domestici, al fine di ridurre i costi di costruzione, le bollette energetiche e la necessità di ricorso ad investimenti esteri. Inoltre, facilita la transizione energetica nel corso dei prossimi 20 anni, quando la domanda globale di energia è prevista in crescita e le fonti energetiche incontreranno colli di bottiglia per effetto della fine del ciclo di vita della capacità nucleare esistente.³⁷

All'aumento della capacità nucleare, verrà associata l'adozione di una *smart grid* nazionale. Le “reti intelligenti” sono reti di fornitura elettrica che utilizzano dispositivi digitali di monitoraggio, comunicazione e automazione per rilevare e reagire alle variazioni di utilizzo. Le reti intelligenti sono in grado di reindirizzare l'energia in caso di guasto per consentire un più rapido ripristino delle forniture energetiche.³⁸ Esse sono composte da “microreti”. Le microreti sono reti elettriche che incorporano fonti di generazione e carichi normalmente collegati alla rete principale. Se necessario, le microreti possono funzionare anche in “modalità isola”, quando sono scollegate dalla rete principale.³⁹ Le microreti sono basate sulla tecnologia *blockchain* e consentono il *trading* di energia P2P, e pertanto contribuiscono all'efficienza della distribuzione energetica facendo incontrare sul l'eccesso e la penuria di energia.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 DEP'T FOR BUS., ENERGY & INDUS. STRATEGY, RAB MODEL FOR NUCLEAR. GOVERNMENT RESPONSE TO THE CONSULTATION ON A RAB MODEL FOR NEW NUCLEAR PROJECTS (2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/943762/Nuclear_RAB_Consultation_Government_Response-.pdf.

37 *Nuclear Power in the UK*, UK PARLIAMENT (December 1,2001), <https://lordslibrary.parliament.uk/nuclear-power-in-the-uk/>

38 *Smart grids and Micro grids*, VATTENFALL, <https://network-solutions.vattenfall.co.uk/services/smart-grids-and-micro-grids>.

39 Id.

L'UK sta investendo miliardi nell'industria nucleare. Nella *Spending Review* recentemente presentata al Parlamento, il Cancelliere dello Scacchiere Rishi Sunak ha annunciato un bouquet di misure. Queste comprendono: (i) £1,7 mld di fondi pubblici per la costruzione *ex novo* di un nuovo impianto nucleare *full-scale*; (ii) un Fondo per la capacità nucleare da £120 mln per abbattere le barriere all'ingresso di nuovi entranti; (iii) un Fondo per l'innovazione nucleare da £385 mln, annunciato nel discorso del Primo Ministro Boris Johnson “*10 Point Plan for a Green Industrial Revolution*”.⁴⁰

3. La transizione energetica: (ii) la strategia sull'eolico

L'UK sta anche investendo massicciamente nell'eolico. Nuove turbine fornite dall'azienda danese Ørsted, sono capaci di generare 1.32GW di energia rinnovabile, e rendono Hornsea 2 il più grande impianto eolico offshore al mondo.⁴¹ Assieme ad Hornsea 1, l'impianto è capace di produrre energia rinnovabile per 2,3 milioni di case.⁴² Hornsea è anche un'operazione di marketing globale che esibisce la capacità ingegneristica britannica. L'impianto è localizzato a 89 km dalla costa orientale dell'UK; l'energia prodotta verrà trasportata dalle 165 turbine lungo 375 km di cavi fino alla *offshore substation* (oss) e da lì alla *reactive power compensation station* (RCS).⁴³ Poi convergerà dentro la rete elettrica nazionale via 390 km di cavi offshore e 40 km di cablaggio alla *Killingholme substation* nel Lincolnshire.⁴⁴

Hornsey non è l'unico progetto attivo. In Scozia sono attivi il primo impianto eolico galleggiante al mondo (Hywind) nei pressi di Peterhead e il Progetto Beatrice, nel fiordo Moray.⁴⁵ Con essi, la Scozia produce già più di 4.5GW di energia rinnovabile. Ma Edimburgo continua ad innovare: la prima turbina Vestas

40 BECKY MAWHOOD ET AL., NUCLEAR ENERGY (FINANCING) BILL 2021-22 (January 7, 2022), <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9356/CBP-9356.pdf>. HM GOV'T, THE TEN POINT PLAN FOR A GREEN INDUSTRIAL REVOLUTION (November 2020), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/936567/10_POINT_PLAN_BOOKLET.pdf.

41 Maryam Adeeb, *Ørsted's Hornsea 2 offshore wind farm generates 1st power*, S&P GLOBAL (December 21, 2021), <https://www.spglobal.com/marketintelligence/en/news-insights/latest-news-headlines/216-rsted-s-hornsea-2-offshore-wind-farm-generates-1st-power-68158307>.

42 *The world's biggest offshore wind farm, Hornsea 2, generates first power*, Ørsted (December, 21, 2021), <https://orsted.com/en/media/newsroom/news/2021/12/20211220460511>.

43 Ibid.

44 Ibid.

45 *Marine renewable energy*, CABINET SECRETARY FOR RURAL AFFAIRS AND ISLANDS, <https://www.gov.scot/policies/marine-renewable-energy/offshore-wind-energy/>.

V164-10.0 MW è stata installata a Seagreen, un impianto da 1.1GW.⁴⁶ Seagreen è in fase di espansione. Una volta completato, sarà capace di produrre 5,000 GWh di energia rinnovabile all'anno.⁴⁷ Tale capacità produttiva è sufficiente per fornire energia pulita a 1,6 mln di case e tagliare 1,6 mln di tonnellate di emissioni di carbonio.⁴⁸ Nucleare ed eolico consentiranno all'UK di raggiungere l'obiettivo Net Zero entro il 2050.⁴⁹

4. Innovazione non-tecnologica: la Alternative Liquidity Facility per la finanza islamica

L'innovazione ha permesso all'UK di costruire una posizione di leadership in un altro segmento ad alta crescita dell'economia. Secondo i dati dell'*Islamic Finance Country Index* pubblicato su base annuale da Edbiz Consulting, l'UK è il più grande mercato di finanza islamica al di fuori del mondo musulmano.⁵⁰ 5 banche islamiche e altre 15 con un desk islamico detengono depositi per £6 mld.⁵¹ Per aumentare questo segmento del mercato bancario, la *Bank of England* ha lanciato una linea di credito istituzionale, denominata *Alternative Liquidity Facility* (ALF), che permette al pool di liquidità islamico di essere fungibile con la liquidità domestica in GBP.⁵² L'ALF è strutturata come una *wakalah*, cioè un fondo di debito. Le banche possono depositare contante nel fondo e ricevono un ritorno basato sull'andamento di un portafoglio sottostante composto di *sukuk*, bond islamici. Il fondo, ha spiegato la BOE, ha acquistato *sukuk* emessi dalla *Islamic Development Bank*.⁵³ La ISDB è una banca di sviluppo multilaterale *Shari'a-compliant* con un rating AAA. Quindi la ALF fornisce alle banche islamiche la “flessibilità necessaria ad adempiere ai requisiti di capitale *High Quality Liquid Assets* (HQLA) richiesti dalla normativa interna-

46 GLOBAL WIND ENERGY COUNCIL, GLOBAL OFFSHORE WIND REPORT (2021), <https://gwec.net/wp-content/uploads/2021/09/GWEC-Global-Offshore-Wind-Report-2021.pdf>.

47 *Seagreen reaches another milestone as 5100 tonne jacket installed*, SEAGREEN WIND ENERGY (January 5, 2022), <https://www.seagreenwindenergy.com/post/seagreen-reaches-another-milestone-as-5-100-tonne-jacket-installed>.

48 Adnan Durakovic, *Europe's First 10 MW Wind Turbine Stands Offshore Scotland*, OFFSHOREWIND.BIZ (December 8, 2021), <https://www.offshorewind.biz/2021/12/08/europes-first-10-mw-wind-turbine-stands-offshore-scotland/>.

49 HM GOV'T, NET ZERO STRATEGY: BUILD BACK GREENER (October 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1033990/net-zero-strategy-beis.pdf.

50 EDBIZ CONSULTING, ISLAMIC FINANCE COUNTRY INDEX (2020), <https://gifr.net/publications/gifr2020/ifci.pdf>.

51 BRITISH EMBASSY BISHEK, ISLAMIC FINANCE IN THE UK, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/503491/2015047_Is_Fin_A5_AW_ENG_WEB.pdf.

52 *The Alternative Liquidity Facility*, BANK OF ENGLAND (December 2, 2021), <https://www.bankofengland.co.uk/news/2021/december/the-alternative-liquidity-facility>.

53 Ibid.

zionale Basilea III⁵⁴, col che esse possono detenere riserve di attivi senza ricorrere al meccanismo degli interessi, ha dichiarato Andrew Hauser, *Executive Director, Markets* della BOE.⁵⁵ Threadneedle Street è stata la prima banca centrale occidentale ad offrire una linea di credito istituzionale di questa natura.⁵⁶

Ci sono anche 7 ETF islamici per un controvalore di £6 mld⁵⁷ e 68 *sukuk* per un controvalore di £51 mld quotati sul LSE⁵⁸, tra i quali una obbligazione sovrana del Tesoro britannico per £500 mln.⁵⁹

L'introduzione dell'ALF, secondo quanto dichiarato da Rhys Phillips, *Head of Sterling Markets* della BOE “aiuta il settore della finanza islamica in UK a competere nel mondo musulmano e rafforza il ruolo dell'UK nella finanza globale”.⁶⁰

Anche questa scelta è coerente con la strategia a lungo termine di diversificare l'economia britannica rispetto al mercato europeo, in previsione di continue tensioni sul commercio col blocco a 27 post Brexit e la possibilità di sostituirlo con commercio con regioni a più alta crescita nell'economia internazionale.

5. La transizione digitale: (i) le riforme al mercato dei capitali

Nell'anno della pandemia, Londra ha conquistato la leadership europea nelle quotazioni in Borsa.⁶¹

54 Why Islamic finance has an important role to play in supporting the recovery from Covid – and how the Bank of England's new Alternative Liquidity Facility can help, speech by Andrew Hauser, given during UK Islamic Finance Week 2020, <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2020/andrew-hauser-ifn-uk-onair-forum-and-report-2020>.

55 Id.

56 BANK OF ENGLAND, *supra* nota 52.

57 *Islamic Finance*, LONDON STOCK EXCHANGE GROUP, <https://www.lseg.com/sukuk>.

58 *Sukuk*, LONDON STOCK EXCHANGE, <https://www.londonstockexchange.com/raise-finance/debt/our-products/sukuk>.

59 *UK bolsters Islamic finance offering with second Sukuk*, HM TREASURY (March 25, 2021), [https://www.gov.uk/government/news/uk-bolsters-islamic-finance-offering-with-second-sukuk#:~:text=The%20UK%20has%20bolstered%20its,today%20\(25%20March%202021\).&text=%C2%A3500%20million%20of%20Sukuk%2C%20the%20Islamic%20equivalent%20of%20a,the%20Middle%20East%20and%20Asia](https://www.gov.uk/government/news/uk-bolsters-islamic-finance-offering-with-second-sukuk#:~:text=The%20UK%20has%20bolstered%20its,today%20(25%20March%202021).&text=%C2%A3500%20million%20of%20Sukuk%2C%20the%20Islamic%20equivalent%20of%20a,the%20Middle%20East%20and%20Asia).

60 BANK OF ENGLAND, *supra* nota 52.

61 Jack Barnett, *Exclusive: London rides wave of floats to snatch Europe listing crown*, CITYAM (December 20, 2021), <https://www.cityam.com/exclusive-london-rides-wave-of-floats-to-take-europe-listing-crown/#:~:text=London%20has%20ridden%20the%20crest,by%20consultancy%20KPMG%20has%20found>.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

KPMG, una società di revisione contabile, ha riportato numeri precisi.⁶² Ancora una volta, i risultati sono attribuibili a decisioni di politica industriale. A novembre 2020, il Cancelliere dello Scacchiere aveva annunciato nel suo discorso “*Future of Financial Services*”, tenuto alla Camera dei Comuni, l'intenzione di emendare i regolamenti di quotazione in Borsa, ed aveva incaricato Lord Jonathan Hill di preparare una proposta di riforma.⁶³ L'obiettivo affidato a Lord Hill era di elaborare una proposta di riforma ai regolamenti di quotazione in Borsa per attrarre a Londra imprese innovative e ad alta velocità di sviluppo alla ricerca di capitale di finanziamento alla crescita.⁶⁴

La *UK Listing Review* aveva esaminato le modalità per migliorare la posizione dell'UK come destinazione internazionale per le IPOs, snellire il processo di raccolta di capitale per le imprese, e mantenere gli alti standard di *governance*, *shareholders rights* e trasparenza che costituiscono una parte del vantaggio competitivo di Londra.⁶⁵

Le raccomandazioni della *Lord Hill Review* richiedevano: (i) la predisposizione di un report annuale inviato al Parlamento dal Cancelliere dello Scacchiere sullo stato dell'industria dei servizi finanziari; (ii) emendamenti ai regolamenti di quotazione in Borsa per permettere di quotare emittenti con classi di azioni duali e *special purpose acquisitions vehicles* (SPAC); (iii) la riduzione del flottante minimo; (iv) il riposizionamento del segmento standard del listino di Borsa; (v) una semplificazione dei requisiti applicabili al prospetto di quotazione; (vi) l'introduzione di tecnologia per aumentare la partecipazione del mercato *retail* al mercato dei capitali e migliorare l'efficienza del processo di raccolta; (vii) revisioni alla missione istituzionale della *Financial Conduct Authority* (FCA) in linea con la *Future Regulatory Framework Review*⁶⁶ per aggiungere il compito di aumentare l'attrattività dell'UK come giurisdizione commerciale e finanziaria.⁶⁷

62 *2021 UK IPO volumes surge, defying market uncertainty and volatility*, KPMG (December 21, 2021), <https://home.kpmg/uk/en/home/media/press-releases/2021/12/2021-uk-ipo-volumes-surge-defying-market-uncertainty-volatility.html>.

63 The Chancellor of the Exchequer Rishi Sunak, *Future of Financial Services*, Volume 683: debated on Monday November 9, 2020. UK Parliament Hansard, <https://hansard.parliament.uk/commons/2020-11-09/debates/D5E911A9-1270-457F-9F6A-57AE5C272FBA/FutureOfFinancialServices>.

64 Id.

65 JONATHAN HILL, *UK LISTING REVIEW* (March 3, 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/966133/UK_Listing_Review_3_March.pdf.

66 *Future Regulatory Framework (FRF) Review: Proposals for Reform*, HM TREASURY (November 9, 2021), <https://www.gov.uk/government/consultations/future-regulatory-framework-frf-review-proposals-for-reform>.

67 HILL, *supra* nota 65.

Il 19 aprile 2021, il Cancelliere dello Scacchiere ha annunciato l'impegno del governo in risposta alla *Lord Hill Review*.⁶⁸ Il governo ha comunicato la decisione di trasporre in legge tutte le raccomandazioni, inclusa la comunicazione annuale al Parlamento e gli emendamenti al prospetto di quotazione.⁶⁹

Proprio la pubblicazione della *Lord Hill Review* a marzo 2021, ha aiutato la City a conseguire i risultati descritti. 113 imprese si sono quotate a Londra nell'arco del 2021, superando i livelli pre-pandemici, in un chiaro segno dell'efficacia della ripresa economica dopo l'abisso della crisi da Covid-19.⁷⁰ Nel 2019, le quotazioni a Londra furono 27⁷¹, mentre nel 2020, nel pieno della circolazione del virus cinese, le IPOs furono 26.⁷²

Le nuove regole permettono agli emittenti con classi di azioni duali di quotarsi sul segmento premium e aprono la porta alla quotazione delle SPAC. Le SPAC hanno riscosso grande interesse a Wall Street; \$140 mld di investimenti in questi veicoli societari sono stati raccolti attraverso la quotazione a New York nel 2021.⁷³

Le SPAC hanno una funzione positiva nell'economia.⁷⁴ L'attivazione di programmi di *quantitative easing* da parte di tutte le maggiori banche centrali, compresa la BOE, ha cambiato il panorama degli investimenti ed ha strutturalmente rafforzato gli investimenti in *equity* contro gli investimenti in debito. La di-

68 UK Listings Review: Government response, Statement made on April 19, 2021, UK Parliament, Written questions, answers and statements, <https://questions-statements.parliament.uk/written-statements/detail/2021-04-19/hcws919>.

69 HM TREASURY, UK LISTINGS REVIEW (November 19, 2020), <https://www.gov.uk/government/publications/uk-listings-review>.

70 KPMG, *supra* nota 62.

71 PWC, IPO WATCH EUROPE ANNUAL REVIEW (2019), <https://www.pwc.co.uk/audit-assurance/assets/pdf/ipo-watch-q4-2019-annual-review.pdf>.

72 *London's IPO market proves resilient in 2020 despite COVID-19 and Brexit-related uncertainties*, PWC (December 17, 2020), <https://www.pwc.co.uk/press-room/press-releases/london-s-ipo-market-proves-resilient-in-2020-despite-covid-19-an.html>.

73 Megan J. Penick, *SPACs: Their Current Status and the Future of Regulation*, MICHELMAN & ROBINSON LLP (November 16, 2021), <https://www.mrllp.com/blog-spacs-their-current-status-and-the-future-of-regulation-megan-penick>.

74 V. *in generale* Max H. Bazerman and Paresh Patel, *SPACs: What You Need to Know*, HARV. BUS. REV. 99, no. 4 (July-August 2021), 102-111. Michael D. Klausner et al., *A Sober Look at SPACs*, YALE J. ON REG., 2022, Volume 39, Issue 1, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 559, NYU Law and Economics Research Paper No. 20-48, European Corporate Governance Institute – Finance Working Paper No. 746/2021, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3720919> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3720919>

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

mensione, la profondità e la liquidità dei mercati azionari globali hanno acquisito importanza nel mondo del QE. Pat Mathewson nota che la grande domanda di SPAC nei mercati dei capitali si è verificata in un contesto di “ricerca del rendimento”⁷⁵ e di una carenza di risparmi a livello mondiale,⁷⁶ recentemente esacerbata dalla pandemia Covid-19. Inoltre, spiega Mathewson, la tendenza è funzione della domanda repressa da parte degli investitori, in particolare quelli al dettaglio, che cercano un'esposizione a settori di frontiera come i veicoli elettrici o la tecnologia spaziale e che tradizionalmente sono stati esclusi dal processo di IPO.⁷⁷ La domanda è inoltre guidata da ulteriori incentivi, come una struttura che fornisce un limite teorico a qualsiasi rischio di ribasso derivante dall'investimento e *warrant* per l'acquisto di azioni in futuro a un prezzo specifico.⁷⁸ E' vero che il *momentum* è in calo mentre la politica monetaria viene ricalibrata nel 2022-23. Tuttavia, la restrizione alla liquidità è una fase transitoria che non toglie importanza al *trend* secolare. Le SPAC possono favorire ed accelerare le consolidazioni industriali, che nel contesto globale sono una necessità per il successo, ma la loro sostenibilità a lungo termine dipenderà dalla qualità del management e dalla efficacia delle politiche di vigilanza.

I volumi delle IPOs potrebbero essere ulteriormente aiutati dall'entrata in vigore delle nuove regole proposte nella *Khalifa Review* mirate al settore *fintech*. Le nuove regole introducono un regime speciale per i visti nel settore tecnologico per attrarre talento globale ed aumentare la forza lavoro nel settore *fintech*, la istituzione di un *sandbox* per favorire la sperimentazione di nuova tecnologia, e l'istituzione del *Centre for Finance, Innovation, and Technology*, per migliorare il coordinamento tra gli agenti dell'ecosistema *fintech* e accelerarne la crescita.⁷⁹

Sulla finanza digitale, Londra sta consolidando una posizione di *leadership* a livello globale. Secondo i dati del *Digital Economy Council* elaborate da *Dealroom*, nel 2021, le *fintechs* britanniche hanno raccolto

75 Pat Mathewson, *SPAC(e) In Focus – Finance at the Final Frontier*, LONDON ECONOMICS (March 7, 2022), che cita John Y. Campbell and Roman Sigalov, *Portfolio Choice with Sustainable Spending: A Model of Reaching For Yield*, NBER Working Paper Series, April 2020. Available at https://www.nber.org/system/files/working_papers/w27025/w27025.pdf.

76 Id., che cita Neil Irwin, *This is a Terrible Time for Savers*, THE NEW YORK TIMES, (August 9, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/08/09/upshot/terrible-time-for-savers.html>.

77 Id., che cita *What is a SPAC*, THE ECONOMIST, (April 13, 2021), <https://www.economist.com/the-economist-explains/2021/04/12/what-is-a-spac>

78 Bazerman and Patel, *supra* nota 74.

79 HM TREASURY, THE KHALIFA REVIEW OF UK FINTECH (February 26, 2021), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/978396/KalifaReviewofUKFintech01.pdf.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

£26 mld di *equity* dai fondi di *venture capital*.⁸⁰ Nel mentre, 116 unicorni hanno superato la soglia di £1 mld di capitalizzazione.⁸¹ Il successo della politica industriale è anche funzionale al programma *Leveling Up* del governo: Cambridge è diventata il maggiore centro di alta tecnologia in UK, precedendo di poco Manchester, con Belfast, Cardiff and Edimburgo nella top 10 per capitale raccolto.⁸²

La Brexit ha anche portato una significativa riallocazione di lavoro tra UK e UE. Tuttavia, questa è una prima fase, che è già seguita da una ri-accelerazione dell'espatrio verso l'UK di forza lavoro europea. La forza del mercato immobiliare è una evidenza del processo. Secondo i dati di Knight Frank, una società di consulenza immobiliare, il flusso di investimenti verso proprietà commerciali nel centro di Londra si è attestato a £3,8 mld al mese. Investitori USA hanno finanziato il 47% delle acquisizioni, seguiti da investitori domestici britannici per il 29% e investitori asiatici responsabili per l'11% dei volumi.⁸³ Il fatto che i fondi di *private equity* abbiano intensificato le proprie operazioni di investimento in questa fase del ciclo suggerisce un'aspettativa di una ulteriore crescita del mercato immobiliare.

6. La transizione digitale: (ii) in via di sviluppo, l'integrazione tra finanza intermediata e finanza decentralizzata

Il ciclo di ricalibrazione della politica industriale non è ancora concluso. La prossima mossa potrebbe essere il lancio di una *Central Bank Digital Currency* (CBDC). In un'intervista con il quotidiano *CityAM*, l'ex cancelliere dello Scacchiere Philip Hammond ha chiesto una strategia di regolamentazione sulla cripto-finanza per mantenere il ruolo globale della City nel settore dei servizi finanziari.⁸⁴ Lord Hammond di Runnymede, che recentemente è entrato in Copper, una Borsa per la negoziazione e lo scambio di criptovalute, come *Senior Adviser*, ne fa una priorità geopolitica: le potenze emergenti vedono la

80 DEALROOM, 2021: LONDON TECH REACHES NEW HEIGHTS (2022).

81 Leah Montebello, *A quarter of the UK's unicorns were created in 2021 alone as the tech sector shines*, CITYAM (December 20, 2021), <https://www.cityam.com/a-quarter-of-the-uks-unicorns-were-created-in-2021-alone-as-the-tech-sector-shines/>.

82 *UK tech sector achieves best year ever as success feeds cities outside London*, DEP'T FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT (December 20, 2021), <https://www.gov.uk/government/news/uk-tech-sector-achieves-best-year-ever-as-success-feeds-cities-outside-london>.

83 Leah Montebello, *US investors pump £1bn into Central London offices since September*, CITYAM (December 8, 2021), <https://www.cityam.com/us-investors-pump-1bn-into-central-london-offices-since-september/>.

84 Lily Russell Jones, *Crypto could give London a unique post-Brexit advantage says Hammond*, CITYAM (December 1, 2021), <https://www.cityam.com/crypto-could-give-london-a-unique-post-brexit-advantage-says-hammond/>.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

cripto-finanza come un'opportunità per competere contro l'UK nel sistema finanziario internazionale.⁸⁵ Copper è un *first mover*. L'azienda integra finanza intermediata e finanza decentralizzata in un unico servizio e piattaforma di negoziazione e scambio, uno sviluppo che Lord Hammond vede come inevitabile.⁸⁶ L'avvertimento di Lord Hammond ha fatto eco alle preoccupazioni di Sir Jeremy Fleming. In una rara intervista con il *Financial Times*, il direttore del GCHQ, l'agenzia britannica di *signal intelligence* e di *cyber security*, ha parlato contro la Cina e la sua CBDC, il cripto-renminbi.⁸⁷ Sir Jeremy ha avvertito che il cripto-renminbi, già lanciato dalla *People's Bank of China*, è uno strumento di guerra ibrida. Le sue caratteristiche lo rendono capace di raccogliere informazioni alla fonte e in transito, e di controllare e filtrare le transazioni finanziarie. La Cina ha investito enormi risorse per promuovere il cripto-renminbi come strumento di pagamento durante le Olimpiadi invernali di Pechino.⁸⁸ Ogni visitatore straniero che abbia installato un *wallet* sul proprio telefono cellulare per utilizzare la criptovaluta cinese durante l'evento, ha fornito dati sensibili direttamente al Partito comunista cinese. Il cripto-renminbi non viene scambiato su una piattaforma decentralizzata, come fa il bitcoin, ma su una blockchain convalidata centralmente dalla PBOC. La posta in gioco è molto alta. La PBOC ha lanciato una strategia normativa sulla cripto-finanza, con l'obiettivo di influenzare le regole del sistema finanziario internazionale nel contesto tecnologico e digitale, nel tentativo di creare un ordine monetario internazionale alternativo alle valute fiat, alla supremazia del dollaro e al signoraggio delle banche centrali. In assenza di un quadro normativo condiviso, Pechino, facendo la prima mossa, potrebbe aver costruito un vantaggio competitivo. Da qui, è partita la modalità di massimo allarme.

Le preoccupazioni di Lord Hammond e Sir Jeremy sono condivise dalla BOE dal punto di vista della stabilità finanziaria. La *Old Lady* ritiene che la crescente integrazione delle criptovalute nel settore finanziario potrebbe rappresentare una minaccia per l'economia, già allo stato attuale delle cose.⁸⁹ Molto lavoro è ancora necessario per permettere al sistema finanziario intermediato di essere integrato in modo sicuro con il sistema basato su blockchain. Collegare i due è un passo evolutivo necessario, ma

⁸⁵ Id.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Roula Khalaf and Helen Warren, *UK spy chief raises fears over China's digital renminbi*, FINANCIAL TIMES (December 11, 2021), <https://www.ft.com/content/128d7139-15d6-4f4d-a247-fc9228a53ebd>.

⁸⁸ Jason Xue and Andrew Galbraith, *China ready to offer digital yuan payment services to Olympics visitors*, REUTERS (January 19, 2022), <https://www.reuters.com/world/china/china-ready-offer-digital-yuan-payment-services-olympics-visitors-2022-01-19/>.

⁸⁹ Is 'crypto' a financial stability risk? Speech by Jon Cunliffe, given at SIBOS on October 13, 2021, <https://www.bankofengland.co.uk/speech/2021/october/jon-cunliffe-swifts-sibos-2021>.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

che solo pochi paesi sono credibilmente in grado, e disposti, a fare nel prossimo decennio. L'UK è quello che probabilmente avrà più successo. La tecnologia basata su *blockchain* potrebbe alla fine diventare il veicolo più efficace per sostenere la transizione ESG, in quanto costruirebbe la tracciabilità e la trasparenza dei dati necessari per gli standard ESG nei prossimi anni.

Parlando alla conferenza annuale SIBOS di SWIFT, il Vice governatore per la stabilità finanziaria Jon Cunliffe ha riferito che un numero crescente di intermediari finanziari sta occupando lo spazio della cripto-finanza. Il mercato globale delle criptovalute ha raggiunto 2,7 trilioni di dollari nel 2021, e 2,3 milioni di risparmiatori in UK possiedono criptovalute per un valore medio di £300.⁹⁰ Il Vice governatore Cunliffe sostiene quindi che è necessaria una regolamentazione urgente poiché i mercati si avvicinano al punto in cui “una correzione dei prezzi nel mercato finanziario decentralizzato potrebbe riversarsi su altri mercati e trasmettere il contagio agli intermediari finanziari”.⁹¹ È quindi necessario concordare degli standard sia a livello nazionale che internazionale per permettere il lancio di una CBDC britannica, il “Bitcoin” nel gergo del Miglio Quadrato, ma anche la coesistenza di criptovalute pubbliche e private.

7. Conclusioni

Con la Brexit, l'UK ha fatto un passo di lato (in Europa) per fare un balzo in avanti (nel mondo). L'uscita dall'UE ha incentivato una revisione politica audace e riforme legali e regolamentari radicali che mirano a rendere l'UK il sistema legale e finanziario *leader* globale nelle transizioni gemelle. Piuttosto che focalizzarsi sulle complicazioni connesse alla separazione dall'Europa, l'agenda *Global Britain* aspira a rendere l'UK l'hub globale per i servizi finanziari e legali, al fine di influenzare la trasformazione dell'economia, e promuovere la distribuzione delle tecnologie digitali a livello globale. In tempi di VUCA,⁹² la Brexit è stata una bussola in acque inesplorate.

L'agenda *Global Britain* globale va avanti rapidamente attraverso riforme legali e regolamentari. Il governo britannico ha già modificato porzioni significative di legislazione per posizionare il sistema giuri-

⁹⁰ Id.

⁹¹ Id.

⁹² VUCA è un acronimo - usato per la prima volta nel 1987, basato sulle teorie di leadership di Warren Bennis e Burt Nanus, adottato per descrivere la volatilità, incertezza, complessità e ambiguità delle situazioni emergenti. L'U.S. Army War College ha introdotto il concetto di VUCA per descrivere il mondo multilaterale risultante dalla fine della guerra fredda. V. U.S. Army Heritage and Education Centre, USAHEC Ask us a Question, *Who first originated the term VUCA (Volatility, Uncertainty, Complexity and Ambiguity)?* (November 22, 2021), <https://usawc.libanswers.com/faq/84869>.

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

dico inglese come un porto sicuro per l'innovazione e migliorare la competitività del sistema-paese. Le azioni più significative sono state la *Lord Hill Review* per quanto riguarda i mercati dei capitali; la *Khalifa Review* per quanto riguarda la transizione digitale, e l'*Alternative Liquidity Facility* della BOE per quanto riguarda la finanza alternativa. Il governo di Sua Maestà ha anche fatto passare in Parlamento il *Nuclear Energy (Financing) Bill*. La legge stabilisce un nuovo modello di finanziamento per i progetti nucleari, il *Regulated Asset Base*, al fine di accelerare la decarbonizzazione dell'economia britannica. L'industria ha fatto il resto; il *Sustainable Bond Market* della LSE si è dimostrato capace di mobilitare un grande pool di capitale privato per finanziare la transizione energetica. A sua volta, la capacità dei mercati di contribuire capitali ha portato il governo a continuare a promuovere la costruzione di parchi eolici e a puntare sull'energia nucleare, allontanando ulteriormente l'UK dalle difficoltà dell'UE, come evidenziato dalla gestazione contorta della tassonomia verde. In questo modo, l'UK ha anche decorrelato la sua economia dal rischio dell'Eurozona e spera di recuperare la rilevanza come valuta di riserva della sterlina, in parte persa a causa dell'aumento dell'EUR e del ruolo del CNY nel commercio internazionale.

L'UK ha anche utilizzato la crisi pandemica per ristrutturare la base produttiva e cambiare la geografia economica del paese. Il Cancelliere Rishi Sunak ha concepito un piano d'intervento in tre fasi: quella di sostegno immediato all'economia attraverso un'espansione del bilancio pubblico, quella di rientro del debito attraverso un piano di austerità fiscale, e quella della trasformazione industriale. Una parte degli interventi pubblici, pari al 15% del PIL, hanno avuto la funzione di accompagnare i segmenti produttivi obsoleti verso l'uscita dall'economia, finanziando con le risorse disponibili *una tantum* le parti colpite dalla potatura dei rami secchi. L'altra parte è andata a spese per investimento per rifocalizzare l'industria britannica su settori ad alto valore aggiunto, alta intensità tecnologica, ed alto grado di economia della conoscenza. All'esito della pandemia, l'economia UK sarà re-indirizzata sui servizi professionali, sul fintech (i servizi finanziari alimentati dall'intelligenza artificiale), sul manifatturiero avanzato (capacità produttiva amplificata dalla robotica), su agri-tech e food-tech (per garantirsi l'indipendenza alimentare), sulle tecnologie per l'efficienza energetica (lavorando in sinergia con il settore della finanza verde), e sulle *life sciences* (in particolare, la biologia sintetica per migliorare lo sviluppo di biofarmaci dalle cellule).

La Brexit appare essere uno sforzo su larga scala di ricalibrazione politica per riposizionare l'UK al vertice di una trasformazione altamente dirompente dell'economia mondiale.

Tutto questo non è neutrale dal punto di vista geopolitico. Mentre la Cina tenta di costruire un ordine monetario alternativo nel cyberspazio, facendo leva sulla tecnologia blockchain, la ricalibrazione politi-

Un passo di lato e un balzo in avanti. La Brexit ha incentivato il Regno Unito ad abbracciare le “transizioni gemelle”, ma sono le riforme legali e regolamentari a poter rendere Global Britain un successo.

Bepi Pezzulli e Raffaella Tenconi

ca dell'UK potrebbe condurre all'emissione di una criptovaluta britannica e al lancio di un'iniziativa globale per integrare il sistema finanziario intermediato con il sistema finanziario decentralizzato basato sulla *blockchain*.

Se questo dovesse accadere, i fatti convaliderebbero la teoria molto avversata di Friedrich von Hayek espressa in *The Denationalisation of Money*, 1976,⁹³ due anni dopo che allo studioso austriaco fu assegnato il Premio Nobel. Hayek prevedeva la coesistenza di moneta legale e moneta decentralizzata. Mentre il mondo affronta la vulnerabilità, l'incertezza, la complessità e l'ambiguità del XXI secolo, si è riscoperto il senno di poi.

93 FRIEDRICH VON HAYEK, *THE DENATIONALISATION OF MONEY* (1976).

SOMMARIO: 1. L'incidenza della pandemia e delle misure per il suo contenimento sui rapporti contrattuali. – 2. Strumenti legali e convenzionali di gestione della sopravvenienza pandemica. – 3. L'adeguamento del contratto nel panorama del diritto nazionale e sovranazionale. – 4. Analisi di alcune fattispecie di settore: l'adeguamento dei contratti di finanziamento e di assicurazione. – 5. L'obbligo di rinegoziare ai tempi del Covid-19. L'oscillante posizione di dottrina e giurisprudenza. – 6. La rinegoziazione dei contratti di finanziamento tra emergenza sanitaria e obblighi di solidarietà. – 6.1. L'obbligo di pagamento delle rate del finanziamento alla luce di un'interpretazione sistematica dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. – 6.2. L'inesigibilità delle rate del finanziamento e obbligo di rinegoziazione del contratto. – 7. Conclusioni.

1. L'incidenza della pandemia e delle misure per il suo contenimento sui rapporti contrattuali

L'incidenza della pandemia da Covid-19 sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, com'è noto, ha formato oggetto di un nutrito dibattito dottrinale. In un arco temporale insolitamente breve, sull'onda della straordinarietà del fenomeno, si sono avvicendati numerosi contributi aventi ad oggetto, in particolare, i rapporti tra la normativa emergenziale e gli istituti generali del diritto civile, nonché la selezione dei rimedi tesi al riequilibrio delle posizioni contrattuali incise dalla sopravvenienza pandemica¹.

Le soluzioni individuate sono molteplici e variegate, anche in considerazione dell'eterogeneità delle circostanze da cui scaturiscono gli effetti sul contratto. Soltanto in via di prima approssimazione, infatti, tali fattispecie possono essere ricondotte ad unità attraverso il ricorso alla generica nozione di «emergenza sanitaria». Il fenomeno dell'incidenza *lato sensu* pandemica sui rapporti contrattuali, a ben vedere, appare articolato, potendosi individuare almeno tre aree patologiche di contatto tra il primo e i secondi.

L'inadempimento di determinate prestazioni ovvero il ritardo sono talora determinati, anzitutto, dalla

¹ Si rinvia alla dottrina citata da A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, p. 16, nota 1, oltre ai riferimenti bibliografici relativi agli specifici argomenti oggetto del presente contributo.

circolazione del virus *tout court*². La tematica presenta tuttora dei profili di attualità: sebbene il governo abbia decretato la fine dello Stato di emergenza³, la persistente diffusione del Covid-19 impatta, sia pure in misura inferiore rispetto al recente passato, sui rapporti contrattuali in essere, determinando talvolta l'impossibilità – totale o parziale, definitiva o temporanea – della prestazione. Non può infatti escludersi che, in determinati contesti, l'esecuzione della prestazione sia inibita dal pericolo del contagio, in quanto l'adempimento richiederebbe al debitore uno sforzo che va oltre quello cui egli è tenuto in forza dell'ordinaria diligenza ex art. 1176 c.c.⁴

In secondo luogo sull'esecuzione dei contratti hanno inciso, in misura persino più pregnante rispetto alla diffusione del contagio in sé, i provvedimenti adottati dalle autorità pubbliche per il contenimento del virus, tra cui la chiusura forzata di diverse attività commerciali ovvero l'introduzione di limitazioni per il loro svolgimento, nonché la restrizione di talune libertà personali. Tale incidenza ha raggiunto il suo apice durante il *lockdown*⁵, per poi progressivamente degradare in funzione dell'allentamento degli stessi strumenti di prevenzione e controllo, in vista dell'ormai minore severità del quadro epidemiolo-

2 L'infezione virale, ad esempio, può determinare la temporanea o permanente incapacità del lavoratore subordinato di eseguire la prestazione lavorativa. Di tale eventualità è consapevole, del resto, lo stesso legislatore, che peraltro qualifica il contagio da Covid-19 avvenuto in ambito lavorativo come un infortunio sul lavoro. Infatti, a mente dell'art. 2, comma 2, del c.d. decreto Cura Italia (d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27), «nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato». Il tema è affrontato da A. G. DIANA, *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano 2021, p. 130 ss.

3 Lo stato di emergenza, deliberato dal Consiglio dei ministri il 31 gennaio 2020, è stato da ultimo prorogato fino al 31 marzo 2022. Il d.l. 24 marzo 2022, n. 70, recante «Disposizioni urgenti per il superamento delle misure di contrasto alla diffusione dell'epidemia da COVID-19, in conseguenza della cessazione dello stato di emergenza», contiene, tra l'altro, disposizioni volte a consentire il «rientro nell'ordinario», senza disporre, com'è intuibile, alcuna ulteriore proroga dello stato di emergenza.

4 Nel trattare il tema della impossibilità della prestazione collegata al contesto pandemico, la dottrina si è occupata maggiormente di quegli impedimenti che discendono dai provvedimenti di contenimento del virus, sovente trascurando il dato che a rendere impossibile la prestazione è talora il rischio per il debitore di contrarre il virus stesso. Di quest'ultima circostanza dà conto E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, II, 2020, p. 242, secondo cui l'impossibilità sopravvenuta può derivare «tanto da ragioni di fatto quanto dal c.d. *factum principis*». Sul ruolo della diligenza nell'ambito dell'esecuzione del rapporto obbligatorio v. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento (corso di diritto civile)*, Milano 1975.

5 Con tale espressione si vuole far riferimento al protocollo d'emergenza con cui, in alcuni circoscritti periodi del più ampio arco temporale in cui è imperversata la pandemia, è stata disposta «la chiusura totale delle attività produttive e degli esercizi commerciali»: così L. REGAZZONI, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)*, in *Riv. trim.*, 2021, IV, p. 1219 ss.

gico⁶.

Le difficoltà di adempimento della prestazione contrattuale discendono infine dalla crisi economica conseguente alla drastica riduzione dei redditi di coloro che esercitano un'attività imprenditoriale rientrante nel novero di quelle sospese dall'autorità amministrativa. L'impotenza economica derivante dalle misure emergenziali, nonostante il progressivo allentamento delle stesse, si ripercuote sulla capacità degli operatori economici di onorare i propri impegni contrattuali⁷.

Alla luce di quanto sin qui esposto, è evidente che il tema degli effetti della situazione sanitaria sui rapporti contrattuali in corso sia tutt'altro che lineare e abbia, invero, una natura composita. I fatti contrattualmente rilevanti, *ut supra* descritti, sebbene connessi a vario titolo alla pandemia in atto, non necessariamente si identificano con essa, manifestando talvolta dei profili di autonomia. L'inadempimento in taluni casi può così dipendere non dalla circolazione del virus, ma dal comando autoritativo diretto a contrastarla. La riduzione dei flussi di cassa registratasi nel periodo di *lockdown* è parimenti suscettiva di innescare una serie di inadempimenti a catena, anche in una fase post-emergenziale.

In questo senso si sono rivelate corrette le previsioni di coloro che, già nelle prime fasi della pandemia, paventavano che la fine del periodo emergenziale non sarebbe coinciso con un ritorno alla normalità, e che gli effetti delle misure adottate si sarebbero protratti oltre tale periodo⁸.

2. Strumenti legali e convenzionali di gestione della sopravvenienza pandemica

Il carattere frastagliato del quadro appena illustrato ha rappresentato un ostacolo alla ricerca di soluzioni univoche in materia di tutele contrattuali. A distanza di oltre due anni dall'avvento della pandemia nel nostro Paese, difatti, non appare ancora del tutto soddisfatta l'esigenza di certezza che sottostà all'individuazione delle tecniche rimediali invocabili al cospetto dell'emergenza sanitaria.

Lumi al riguardo non possono che provenire dalle categorie tradizionali del diritto civile. In quest'ordine

6 Per una disamina più approfondita della situazione epidemiologica in Italia alla data di stesura del presente contributo, v. il documento redatto dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS) "Covid-19: sorveglianza, impatto delle infezioni ed efficacia vaccinale. Aggiornamento nazionale 6 luglio 2022", che illustra, tra l'altro, l'efficacia della campagna vaccinale nel prevenire infezioni, ricoveri ospedalieri e decessi.

7 C. CICERO, *Sul rapporto giuridico nella crisi di emergenza sanitaria*, in ID. (a cura di), *I rapporti giuridici al tempo del Covid-19*, Napoli 2020, pp. 14-15.

8 Cfr. per tutti C. PILIA, *Le tutele dei diritti durante la pandemia Covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?*, in *Pers. merc.*, 2020, II, p. 78 e C. CICERO, *o.c.*, pp. 14-15.

di idee, la dottrina più attenta ha qualificato la pandemia e i relativi provvedimenti di contenimento quali sopravvenienze contrattuali, contrassegnate dai caratteri dell'imprevedibilità e della straordinarietà, in grado di determinare l'impossibilità ovvero l'eccessiva onerosità della prestazione⁹.

L'alterazione dell'originario equilibrio contrattuale può tradursi, *in primis*, nell'impossibilità della prestazione, che può discendere, tra l'altro, dalle misure anti-Covid. I provvedimenti che hanno determinato la sospensione di una moltitudine di attività imprenditoriali «non essenziali» sono qualificabili, in particolare, alla stregua di un *factum principis*, idoneo a impedire in maniera oggettiva l'esecuzione della prestazione¹⁰.

Quando l'impossibilità è totale e definitiva, la parte di un contratto sinallagmatico, liberata ai sensi del I comma dell'art. 1256 c.c., non può chiedere la prestazione della controparte e, se questa è già stata eseguita, deve restituirla, secondo il dettame dell'art. 1463 c.c. Opera, infatti, la risoluzione del contratto, che discende dal venir meno del sinallagma contrattuale¹¹.

A tal proposito acquistano rilevanza, oltre ai principi generali, anche alcuni contingenti interventi legislativi: gli art. 88 e 88-*bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 espressamente ravvisano ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'ambito dei contratti «di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, inclusi quelli cinematografici e teatrali, ed i biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura», nonché dei «contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, [...] contratti di soggiorno e [...] contratti di pacchetto turistico», per i quali i prov-

9 P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici nei contratti assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, p. 1391 e M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, XII, p. 319, il quale suggerisce, peraltro, la distinzione tra sopravvenienza sanitaria e sopravvenienza strettamente economica.

10 L. BIARELLA, *Factum principis (Act of God) e forza maggiore (Force Majeure) all'epoca del Covid 19*, in www.guidaldirittodigital.ilsole24ore.com, pp. 16-17.

11 V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano 2011, pp. 935-936.

vedimenti di contenimento del virus hanno precluso in via definitiva l'adempimento¹².

Nei contratti a prestazioni corrispettive il rimedio demolitorio è azionabile, ai sensi dell'art. 1464 c.c., anche nel caso in cui la prestazione sia impossibile non nella sua totalità, ma soltanto in parte: in tal caso, quando il creditore non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale, può domandare al giudice la risoluzione del contratto. Diversamente, se l'*accipiens* conserva l'interesse a ricevere la parte di prestazione rimasta possibile, ha diritto a una corrispondente riduzione della controprestazione da lui dovuta.

L'impossibilità della prestazione può differenziarsi anche sotto un profilo temporale, potendo atteggiarsi come «definitiva» oppure «temporanea». Quando l'impedimento all'esecuzione della prestazione è limitato a un periodo circoscritto, l'obbligazione si estingue ovvero sopravvive in base alla regola espressa dall'art. 1256, co. 2 c.c.¹³

La legge non ha disciplinato espressamente le conseguenze dell'impossibilità temporanea in ambito contrattuale¹⁴. Nel silenzio del legislatore, secondo una dottrina il rimedio offerto al contraente, la cui prestazione sia divenuta impossibile solo temporaneamente, sarebbe la risoluzione *ex art.* 1463 c.c.¹⁵ Diversamente, per un altro orientamento sarebbe invece applicabile l'art. 1464 c.c., con la conseguenza che il creditore potrebbe esercitare il diritto alla riduzione della controprestazione da lui dovuta ovvero, in alternativa, il diritto di recesso, qualora il tempo trascorso sia tale che egli non abbia più interesse alla conservazione del contratto¹⁶. In base ad un ulteriore insegnamento, poi, occorrerebbe avere

¹² Vale la pena osservare, con riferimento alle suddette fattispecie contrattuali, che gli effetti dello scioglimento del rapporto vengono modulati in maniera parzialmente difforme rispetto a quanto previsto dall'art. 1463 c.c., che sancisce, quale corollario del principio di retroattività degli effetti della risoluzione, l'obbligo della parte liberata per impossibilità sopravvenuta della prestazione di restituire la controprestazione eventualmente già ricevuta secondo le norme che regolano la ripetizione dell'indebitato. Gli artt. 88 e 88-bis del decreto «Cura Italia», infatti, prevedono, per i casi di anticipato versamento del corrispettivo, che l'organizzatore dell'evento, oppure il vettore o la struttura ricettiva provvedano a rimborsare l'acquirente mediante l'emissione di un *voucher*, di importo pari al prezzo versato, da utilizzare entro un determinato periodo di tempo. Con tali previsioni, secondo N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 658, il legislatore ha inteso «salvaguardare alcuni settori che si reggono abitualmente sulla prassi del disallineamento temporale tra conclusione del contratto (e pagamento del prezzo, o quanto meno di una sua parte) e sua esecuzione, per i quali l'impatto degli obblighi restitutori sarebbe stato tale da mettere seriamente a rischio la sopravvivenza stessa delle imprese».

¹³ V. ROPPO, *Diritto privato*, 7^a ed., Torino 2020, p. 500.

¹⁴ U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contratti*, 2000, I, p. 116 ss.

¹⁵ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano 1952, p. 597.

¹⁶ R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 1993, p. 651.

esclusivo riguardo alla disciplina dell'obbligazione, di guisa che lo scioglimento del rapporto avverrebbe non in virtù di un atto di recesso, ma promanerebbe in via automatica al verificarsi delle condizioni di estinzione dell'obbligazione di cui all'art. 1256, co. 2, ultimo periodo¹⁷.

Incorre nell'impossibilità temporanea della prestazione, ad esempio, l'assicuratore che si sia impegnato a coprire il rischio afferente allo svolgimento di un'attività d'impresa cessata, *in toto*, per un tempo limitato, corrispondente al periodo di vigenza dei provvedimenti di chiusura delle attività non essenziali¹⁸.

Il riferimento all'impossibilità sopravvenuta consente di prendere in considerazione, sul piano della normativa di stampo emergenziale, la norma di cui al comma 6-bis (introdotto dall'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18) dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (convertito, con modificazioni, dalla l. 5 marzo 2020, n. 13), a mente della quale «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

Sull'effettiva innovatività della norma in esame sono stati sollevati dei dubbi. Vi è, in dottrina, chi ritiene che essa si limiti segnatamente a richiamare istituti generali che avrebbero operato anche in sua assenza¹⁹. Secondo un'altra opinione la norma in questione attesterebbe la consapevolezza del legislatore, manifestata fin dai primi mesi della pandemia, che i riflessi negativi sui contratti in corso sarebbero stati determinati non tanto dall'emergenza sanitaria *tout court*, quanto piuttosto dalle «mi-

17 C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, 3^a ed., Milano 2021, pp. 391-392.

18 In tal caso, venendo meno il rischio assicurato per un periodo circoscritto, la prestazione dell'assicuratore diverrebbe in parte impossibile, e sarebbe pertanto applicabile l'art. 1464 c.c., non sussistendo norme settoriali dirette a regolare altrimenti la sopravvenienza: in questi termini P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici*, cit., p. 1397. Sul tema cfr. altresì A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *www.ilcaso.it*, 23 aprile 2020, p. 7, il quale, con specifico riferimento al rapporto di locazione, configura come impossibilità sopravvenuta temporanea il *factum principis* che, nel contesto pandemico, impedisce al locatore di adempiere all'obbligazione – ex art. 1575, n. 2, c.c. – di mantenere la cosa locata «in stato da servire all'uso convenuto». In base a quanto precede, l'a. sostiene che il conduttore avrebbe il diritto a una riduzione del canone, azionabile ai sensi dell'art. 1464 c.c.

19 Per tutti, C. CICERO, *Sul rapporto giuridico*, cit., p. 19 e A. MORA, *Il finanziamento al "contratto" come momento di difesa del valore comune alle parti*, in M. RESCIGNO (a cura di), *Pandemia e rapporti fra imprese. La rinegoziazione del contratto. Teoria e pratica a confronto*, Milano 2021, p. 48. Un'opinione non dissimile è quella espressa da A. DOLMETTA, «Misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione (prime note all'art. 91 comma 1 d.l. n. 18/2020), in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 2, p. 154 ss., per il quale il testo del comma 6-bis può essere inteso «nel senso di fare riferimento al sistema della responsabilità da inadempimento in quanto tale, a mezzo appunto del richiamo delle due norme più "significative" del sistema medesimo», cioè gli artt. 1218 e 1223 c.c.

sure di contenimento che naturalmente incidono sulla possibilità giuridica di adempiere»²⁰. Vi è anche chi, peraltro, ritiene che la disposizione conterrebbe una tipizzazione legislativa di una causa di forza maggiore: il debitore inadempiente, normalmente gravato dall'onere di dimostrare la straordinarietà e l'imprevedibilità dell'evento, sarebbe eccezionalmente esonerato dal fornire questa prova²¹.

Sotto un diverso profilo può osservarsi che le sopravvenienze contrattuali di matrice emergenziale sono idonee a cagionare, in alcune ipotesi, l'eccessiva onerosità della prestazione cui è tenuto uno dei contraenti, il quale può domandare la risoluzione del contratto – se questo ha il carattere della corrispettività – ai sensi dell'art. 1467, comma 1, c.c. La centralità del prefato rimedio demolitorio è solo in parte attenuata dalla previsione di un rimedio conservativo, ossia la c.d. offerta di riduzione a equità. Tale soluzione manutentiva sconta, infatti, il *deficit* di una legittimazione relativa: essa è azionabile soltanto dalla parte contro la quale è richiesta la risoluzione, nella veste di convenuto, al fine di evitare lo scioglimento del contratto; non può essere invece attivata dal soggetto che subisce l'aggravio della prestazione, ma anzi presuppone che quest'ultimo abbia chiesto la risoluzione. Lo strumento conservativo, in altre parole, è subordinato al previo esperimento del rimedio demolitorio ed è diretto a paralizzare quest'ultimo.

In via di prima approssimazione e alla luce del quadro appena tracciato, quindi, traspare che la disposizione codicistica sia improntata più alla cancellazione del contratto che alla sua conservazione.

A differenza di quanto previsto rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive, nei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, l'art. 1468 c.c. sancisce che la parte obbligata può chiedere direttamente al giudice di ricondurre ad equità il contratto, attraverso una riduzione della sua prestazione o una modifica delle modalità di esecuzione. In tal caso lo strumento conservativo è l'unico esperibile, non essendo contemplata la risoluzione del contratto.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, e specialmente nei casi in cui questi si protraggano nel tempo e non siano, quindi, ad esecuzione istantanea, i contraenti potrebbero avere l'esigenza di conservare il contratto, seppur alterato nel suo equilibrio iniziale. Il rimedio demolitorio di cui al primo comma dell'art. 1467 c.c., di conseguenza, potrebbe apparire inadeguato a soddisfare i concreti interessi di parte. Non fanno eccezione i rapporti contrattuali di durata incisi dalla situazione pandemica: in tali

²⁰ M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 319.

²¹ A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto Cura-Italia*, in *Contratti*, 2020, II, p. 216.

ipotesi l'esigenza di adeguare il contratto rispetto alla mutata situazione di fatto discende con particolare vigore²² dal principio di buona fede *in executivis*²³, quale corollario del principio costituzionale di solidarietà²⁴.

Le parti potrebbero aver previsto quest'esigenza attraverso l'introduzione nel regolamento negoziale di clausole correttive, finalizzate a adeguare le pattuizioni negoziali il cui adempimento, a causa di determinate sopravvenienze, risulti eccessivamente gravoso ovvero addirittura impossibile. In quest'ottica, l'autonomia privata sovente ricorre a clausole di indicizzazione, che operano in via automatica attraverso il riferimento a parametri determinati, nonché a clausole che rimettono alle parti ovvero a un terzo l'adeguamento del contratto²⁵.

Nei contratti a lungo termine, soprattutto di matrice internazionale, è frequente il ricorso alla *hardship clause*, definibile – pur nella vasta eterogeneità dei rilevanti fattori perturbativi presi in considerazione dalla prassi – quale pattuizione che, al verificarsi degli eventi ivi dedotti, conduce alla sospensione della fase esecutiva del contratto, con l'obiettivo di pervenire a una revisione dei termini dell'accordo originario attraverso l'obbligo di avviare di un procedimento di rinegoziazione²⁶.

La clausola *hardship* disciplina, a ben vedere, delle ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, configurandosi quale rimedio che favorisce la prosecuzione del contratto. Tale tipologia di pattuizioni si differenzia dalle c.d. clausole di forza maggiore, le quali prevedono che la parte che si trovi a non poter eseguire il contratto per il verificarsi un evento sopravvenuto inevitabile, non sia ritenuta responsabile per l'inadempimento. Le clausole *hardship* presentano tuttavia degli elementi in

22 Non è un mistero che la pandemia abbia posto la comunità di fronte a una sfida impegnativa, che è possibile superare attraverso uno sforzo sinergico della generalità dei consociati, chiamati a perseguire uno scopo unitario. Si rimanda, sul punto, all'analisi di F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in www.giustiziacivile.com, 12 marzo 2020.

23 Cfr. la Relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, spec. p. 23 ss.

24 Cfr., *ex multis*, Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, I, 1, c. 2129 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*. V., altresì, le opere di U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974, p. 33 e S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 2004, pp. 171-175, il quale afferma che è possibile ricorrere «alle norme costituzionali al fine di determinare il contenuto della clausola di correttezza» e che l'art. 2 della Carta cost. esprime «la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà».

25 F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, p. 169 ss.

26 A. FRIGNANI, *Hardship Clause*, in *Noviss. dig. it.*, app. III, Torino 1982, p. 1181 ss.; F. MACARIO, *o.c.*, p. 212; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli 2017, p. 74 ss.

comune con quelle di *force majeure*, caratterizzandosi entrambe per un'accentuata finalità di distribuzione dei rischi legati a fattori perturbativi sopravvenuti secondo criteri di equità²⁷.

Malgrado tali similitudini la dottrina è incline a mantenere separate le due categorie di clausole, specialmente per le conseguenze che da esse derivano, atteso che in caso di forza maggiore la finalità non è quella di mantenere in piedi il vincolo, ma quella di far sì che il debitore si sottragga ad esso²⁸.

In ogni caso, fatta eccezione per il commercio internazionale o comunque caratterizzato dalla partecipazione di operatori altamente specializzati, soltanto di rado i paciscenti inseriscono nel regolamento negoziale delle clausole di adeguamento del rapporto alle sopravvenienze. Difatti la bassa probabilità che l'evento avverso si verifichi non giustifica, di regola, i costi che esse dovrebbero sopportare nel corso delle trattative per raggiungere un accordo sul punto²⁹.

3. L'adeguamento del contratto nel panorama del diritto nazionale e sovranazionale

In presenza di sopravvenienze contrattuali, la centralità rivestita nell'impianto codicistico dal rimedio ablativo è da tempo messa in discussione da quanti considerano i meccanismi di riduzione ad equità di cui agli artt. 1467, comma 3 e 1468 c.c. come strumenti espressivi di principi generali le cui potenzialità

27 F. MACARIO, *o.c.*, p. 207. Per una disamina generale sulle circostanze di *hardship* e *force majeure*, siano esse dedotte o meno in apposite pattuizioni contrattuali, v. F. FERRARI, *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 2021, II, p. 243 ss.

28 Sebbene in alcuni casi i fenomeni di *hardship* e di forza maggiore possano sovrapporsi, in sede di stesura del regolamento pattizio è preferibile non riversare in un'unica clausola la descrizione delle due tipologie di eventi, onde rappresentare le diverse fattispecie con una maggiore precisione ed evitare di generare confusione in ordine alle specifiche conseguenze che discendono da ciascuna di esse, come evidenziato da F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, II, p. 198 ss. Per una distinzione tra *hardship* e forza maggiore, alla luce di quanto previsto dai Principi UNIDROIT, cfr. F. FERRARI, *o.c.*, p. 243 ss.

29 Cfr. M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 324.

applicative travalicano le fattispecie espressamente contemplate nelle previsioni legislative stesse³⁰.

La disciplina di taluni contratti tipici, inoltre, contiene numerose norme tese a consentire l'adeguamento del contratto al mutamento delle circostanze verificatesi nel corso del rapporto. Tali disposizioni celano, invero, un generale *favor* dell'ordinamento per la sopravvivenza del contratto a fronte di circostanze sopravvenute che ne turbano l'equilibrio. Tra le regole legali che secondo una parte della dottrina legittimano l'adeguamento di contratti tipici si possono annoverare, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, talune norme in materia di somministrazione³¹, appalto, locazione e assicurazione.

Alla disciplina dell'appalto, in particolare, viene assegnata una rilevanza sistematica significativa, specie per il suo stretto legame con il tema delle sopravvenienze contrattuali. Tra le statuizioni legislative

30 In quest'ordine di idee si è proposto di estendere la sfera di operatività dell'art. 1468 c.c. oltre il perimetro dei contratti con obbligazioni di una sola parte, per comprendere anche i contratti a prestazioni corrispettive, quando risulti che ad essere obbligata sia rimasta soltanto una parte, in quanto la controparte abbia già eseguito *in toto* la propria prestazione: così P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VII*, Torino 1991, p. 236 ss. La giurisprudenza, inoltre, ha ritenuto che l'art. 1467, comma 3, c.c. attribuisca al giudice il potere di valutare l'idoneità dell'offerta di riduzione ad equità e, nel caso di inadeguatezza di quest'ultima, di intervenire direttamente per stabilire, nel rispetto del principio della domanda, la misura della modificazione necessaria ai fini della riconduzione del rapporto a una condizione di equilibrio: cfr. Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1989, I, c. 564, con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*, secondo il quale, «ammettendo la possibilità dell'integrazione giudiziale del contratto, la Cassazione assicura il corretto funzionamento del meccanismo di riequilibrio previsto dall'art. 1467, 3° comma, nel senso che, di fronte alla domanda di risoluzione, l'altra parte "può evitarla" veramente soltanto se al giudice è consentito di intervenire per colmare la "zona grigia" fra l'offerta modificativa di parte ed il rientro effettivo nell'ambito dell'alea normale. Altrimenti, la realizzazione dell'interesse alla conservazione del contratto, rettificato o non, dipenderebbe dalla rispondenza dell'offerta alla valutazione equitativa del giudice e non dalla disponibilità a modificare equamente le condizioni, come richiede invece la lettera della legge e come suggerisce la *ratio* generale dei mezzi di perequazione dell'equilibrio contrattuale (art. 1432 e 1450, oltre la norma qui in esame)». V., inoltre, ID., *Adeguamento*, cit., p. 284 ss., ove si legge che «la realizzazione dell'interesse alla sopravvivenza del rapporto contrattuale, che fa capo al contraente avvantaggiato dall'eccessiva onerosità della prestazione, possa essere assicurata soltanto se si ammette che il giudice può intervenire in tutti quei casi in cui l'offerta sia formulata genericamente (demandando la parte offerente al giudice la necessaria specificazione) ovvero sia ritenuta non rispondente all'equità».

31 L'art. 1560 c.c., per l'ipotesi in cui l'entità della somministrazione non sia stata determinata, prevede che essa sia parametrata al «normale fabbisogno» del somministrato, che rappresenta un concetto elastico, destinato ad assumere connotazioni differenti in relazione alle diverse circostanze di fatto; tale entità va nondimeno determinata in relazione al «momento della conclusione del contratto», di guisa che il somministrante non si troverà a dover eseguire, nel corso del rapporto, delle prestazioni eccedenti quanto preventivabile nel momento in cui il vincolo è sorto. Soffermandosi in tema di somministrazione, l'esigenza di adeguamento del contratto emerge anche dall'art. 1461 c.c. che, per l'ipotesi in cui la prestazione abbia carattere periodico e il prezzo debba essere determinato a mente dell'art. 1474 c.c., questo debba essere determinato avendo riguardo «al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui devono essere eseguite». Il tema dell'adeguamento del contratto di somministrazione è affrontato da F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 103 ss.

rilevanti in tal senso spicca l'art. 1664, comma 1, c.c. che, per l'ipotesi in cui eventi sopravvenuti abbiano inciso sui costi dei materiali o della manodopera, riconosce il rimedio della revisione del prezzo. Il capoverso della medesima disposizione, per di più, stabilisce che qualora «si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili», l'appaltatore abbia diritto a un equo compenso.

L'esistenza della norma in parola attesta, secondo un insegnamento, l'attenzione del legislatore verso la necessità dell'adeguamento di taluni rapporti contrattuali tipici interessati da sopravvenienze onerose³². A più estreme conseguenze giunge l'indirizzo secondo cui la norma in parola avrebbe una valenza ultrasettoriale: la sua area di applicazione non sarebbe limitata ai contratti di appalto, ma sarebbe estesa a tutti i c.d. scambi integrativi, ossia quelli la cui esecuzione postula una reciproca e significativa integrazione delle sfere patrimoniali delle parti. L'asserita valenza sistemica della regola in questione, peraltro, non sarebbe in contrasto con la norma di parte generale in materia di gestione delle sopravvenienze onerose di cui all'art. 1467 c.c., giacché quest'ultima troverebbe applicazione esclusivamente di fronte a «scambi puntuali», cioè quelli che si realizzano in un determinato *punctum temporis* e non si protraggono nel tempo³³.

Un significativo apporto alla materia del governo delle vicende modificative del rapporto contrattuale deriva, poi, dalle norme in materia di locazione e, in particolare, dall'art. 24 l. 27 luglio 1978, n. 392 (c.d. legge sull'equo canone), che ha assoggettato il canone dovuto dal conduttore ad un meccanismo di rivalutazione annuale secondo determinati parametri.

L'esigenza di gestione delle sopravvenienze emerge anche dalla regolamentazione del contratto di mandato, e in particolare dall'art. 1710 c.c., che sancisce l'obbligo del mandatario di rendere note al mandante, tra l'altro, le circostanze che possano determinare la modificazione del mandato.

Le norme succintamente descritte riflettono, secondo un'attenta dottrina, un principio generale operante nei contratti di durata e avente ad oggetto la conservazione del rapporto attraverso un suo ade-

32 A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 59.

33 M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, III, cit., p. 467 ss., secondo il quale «il modello giuridico consensualistico si mostra appropriato ad un modello di scambio puntuale, ossia la cui esecuzione non presupponga alcuna duratura interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti ed alcun reciproco condizionamento dei loro ulteriori programmi economici», laddove «il modello giuridico conservativo, invece, appare adeguato al modello di scambio integrativo, ossia la cui esecuzione presupponga o comporti una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti o un reciproco condizionamento della loro programmazione economica» (corsivi dell'a.).

guamento alle circostanze suscettive di mutarne, col tempo, l'equilibrio³⁴. La revisione del contratto postula, a sua volta, un regolamento di interessi flessibile³⁵, capace, in nome del perseguimento del risultato divisato dai contraenti, di espandersi ovvero ridimensionarsi a seconda dei diversi fattori che possono intervenire nel corso del rapporto.

Le tendenze poc'anzi esposte si sono da tempo affermate, del resto, in ordinamenti esteri, anche extra-europei³⁶, nonché nel commercio internazionale, ove, come si è visto, la prassi si avvale normalmente di determinati meccanismi – aventi una dimensione viepiù standardizzata – per la gestione dei rischi legati alle sopravvenienze.

Sotto quest'ultimo profilo merita un cenno la specifica regolamentazione dell'istituto dell'*hardship* da parte dei Principi *Unidroit*³⁷, che può essere richiamata dalle parti come normativa applicabile al contratto e che, in ogni caso, può fornire rilevanti strumenti interpretativi per l'interprete ogniqualvolta la normativa nazionale non offra rimedi idonei a risolvere una specifica problematica la cui soluzione può essere rinvenuta nei Principi. In presenza di situazioni di onerosità sopravvenuta³⁸, in particolare, l'art. 6.2.3 dei Principi attribuisce alla parte svantaggiata il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. A fronte di tale richiesta sorge l'obbligo della controparte di partecipare all'attività di revisione contrat-

³⁴ A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 56 ss.

³⁵ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 103.

³⁶ Per una disamina di taluni strumenti di gestione delle sopravvenienze invalsi in alcuni Paesi sia europei, come la Germania e la Francia, sia extracontinentali, come la Cina e il Giappone, v. A. PISU, *o.u.c.*, p. 61 ss.

³⁷ I Principi *Unidroit*, quale corpo normativo contenente principi generali in materia di contratti commerciali internazionali, rappresentano uno strumento di armonizzazione del diritto privato europeo. Come emerge dal loro Preambolo, essi rappresentano un quadro regolamentare di riferimento per le parti che li abbiano scelti come norme da applicare al contratto in luogo delle regole nazionali ovvero che si siano limitate a individuare la disciplina applicabile attraverso il riferimento a concetti generici come la «*lex mercatoria*» o gli «usi del commercio internazionale». In aggiunta, i Principi assurgono a modello cui i legislatori nazionali ed internazionali possono fare riferimento ogniqualvolta intendano introdurre una regolamentazione attinente ad aspetti che rinvengono una specifica disciplina nei Principi stessi. Infine, essi costituiscono uno strumento di interpretazione, anche in chiave evolutiva, di istituti del diritto nazionale ovvero di quelli contemplati nell'ambito di convenzioni internazionali, specie nelle ipotesi in cui l'esigenza di far fronte a circostanze nuove, non perfettamente sussumibili nelle fattispecie codificate, possa essere soddisfatta in via ermeneutica e si possa così scongiurare la presenza di vuoti di tutela.

³⁸ In base all'art. 6.2.2 dei Principi *Unidroit* «Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata».

tuale in maniera fattiva, osservando un comportamento cooperativo improntato a buona fede, senza che alcuna delle parti, tuttavia, sia tenuta a pervenire a tutti i costi ad un risultato positivo. L'effettività della tutela della parte interessata dai maggiori oneri è assicurata dalla previsione del potere del giudice, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, di risolvere il contratto, modulando – se del caso – i tempi e le modalità dello scioglimento del vincolo, ovvero di modificare il regolamento pattizio in modo da ricondurlo ad equità.

Nel sistema dei Principi, inoltre, l'interesse all'adeguamento del contratto emerge anche dalle norme in materia di adempimento di obbligazioni, in particolare di natura non pecuniaria³⁹. Tra queste assume una peculiare rilevanza l'art. 7.2.2, lett. b), a mente del quale, a fronte dell'inadempimento del debitore, il diritto del creditore di esigere la prestazione non pecuniaria trova un limite nei casi in cui l'adempimento si appalesi irragionevolmente gravoso o costoso. La norma esprime, in sostanza, un principio di inesigibilità della prestazione con riguardo ai casi in cui la richiesta di adempimento, per le peculiari contingenze del caso concreto, si riveli in contrasto col principio di buona fede che governa l'esecuzione del rapporto⁴⁰.

Il riconoscimento di una certa rilevanza al principio di adeguamento del contratto da parte dei Principi *Unidroit* non costituisce fenomeno isolato nel panorama del diritto sovranazionale. Sotto questo profilo vengono in rilievo, infatti, anche i *Principles of European Contract Law (PECL)*⁴¹, i quali contengono una disciplina in materia di *hardship* analoga a quella espressa dalle regole *Unidroit*⁴². A differenza di queste ultime, tuttavia, i *PECL* prevedono il potere del giudice di condannare al risarcimento dei danni derivanti dal rifiuto di una parte di prendere parte al procedimento di rinegoziazione ovvero dalla rottura delle trattative contraria alla buona fede⁴³. Merita di essere segnalata, ancora, un'ulteriore distinzione

39 Per le obbligazioni pecuniarie, invece, l'art. 7.2.1 sancisce il diritto del creditore di esigere la prestazione senza eccezioni, confermando così il principio, generalmente invalso nelle tradizioni giuridiche degli stati europei, secondo cui il pagamento di una somma di denaro può essere sempre demandato al soggetto obbligato.

40 Per un'indagine sul concetto di inesigibilità nel nostro ordinamento v. A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020, p. 769 ss., spec. nota 31 e dottrina ivi citata.

41 I Principi di diritto europeo dei contratti si inseriscono, come i Principi *Unidroit*, nel solco di un processo di armonizzazione del diritto dei contratti a livello europeo, ma, a differenza di questi ultimi, il loro ambito di operatività non è limitato ai contratti commerciali internazionali. Per una disamina del tema cfr. D. DE RADA, *Diritto contrattuale europeo: iter di armonizzazione e unificazione dai progetti di codificazione alla giustizia elettronica*, in *federalismi.it*, 2018, p. 15.

42 Cfr. art. 6:111 dei Principi di diritto europeo dei contratti.

43 La differenza è segnalata da A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 69.

attinente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie: diversamente da quanto previsto nei Principi *Unidroit*, l'art. 9:102 dei Principi di diritto europeo dei contratti prevede delle eccezioni alla regola generale della esigibilità da parte del creditore del pagamento del debito pecuniario scaduto. Segnatamente, le deroghe attengono ai «casi in cui (a) ci sia stata la possibilità di un accordo sostitutivo senza sacrifici o costi ulteriori rilevanti; o (b) l'adempimento del creditore potrebbe non essere ragionevole in relazione alle circostanze». A ben vedere la norma valorizza l'esigenza di adeguamento alle circostanze sopravvenute anche nell'ambito dei contratti aventi ad oggetto un'obbligazione pecuniaria, superando le ritrosie legate alla concezione tradizionale che reputa normalmente irrilevanti le eventuali sopravvenienze afferenti ai rapporti aventi ad oggetto una somma di denaro⁴⁴.

4. Analisi di alcune fattispecie di settore: l'adeguamento dei contratti di finanziamento e di assicurazione

Tra i contratti che hanno subito maggiormente l'impatto della pandemia vi sono quelli di assicurazione⁴⁵ e di finanziamento⁴⁶.

Con riferimento al primo dei modelli contrattuali citati può evidenziarsi, su un piano generale, che le sopravvenienze attengono in particolar modo al mutamento del rischio assicurato, riscontrabile nei casi in cui la probabilità del verificarsi dell'evento dannoso viene meno oppure diminuisce o aumenta di intensità.

Al riguardo giova sottolineare che le sopravvenienze legate all'impossibilità e all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione dell'assicuratore ovvero dell'assicurato soggiacciono a una disciplina

⁴⁴ Per una disamina dell'eccessiva onerosità in relazione all'obbligazione pecuniaria v. C. FISSOTTI, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ed inadempimento della obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 118 ss.

⁴⁵ Per quanto riguarda gli effetti della pandemia da Covid-19 sui rapporti assicurativi, v. il documento *L'esigenza di semplificare i contratti assicurativi: verso modelli contrattuali più trasparenti?*, consultabile sul sito www.ivass.it, contenente l'intervento di S. DE POLIS, Segretario generale dell'IVASS, nell'ambito del convegno *Gli effetti della pandemia sui contratti assicurativi: più trasparenza, equità e nuovi servizi? Gli scenari futuri per le compagnie, gli assicurati e gli intermediari*. Con specifico riferimento alla prospettiva dell'impatto della pandemia sulle imprese assicuratrici v. S. LANDINI, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, in www.giustiziacivile.com, 4 maggio 2020, pp. 9-10.

⁴⁶ L'incidenza della pandemia sulla capacità dei mutuatari di adempiere gli obblighi contrattuali nei confronti degli istituti di credito è attestata dalla Banca d'Italia, tra l'altro, con nota del 22 marzo 2021, intitolata *Impatto delle moratorie sui mutui sulla vulnerabilità finanziaria delle famiglie*, reperibile sul sito www.bancaditalia.it.

specifica che in parte si discosta da quella generale⁴⁷.

Sotto questo aspetto può sin d'ora segnalarsi che le norme sancite dagli artt. 1897 e 1898 c.c., in tema, rispettivamente, di diminuzione ed aggravamento del rischio, confermano la tensione dell'ordinamento – o perlomeno di alcuni suoi settori – verso la conservazione dei rapporti di durata.

Tanto premesso, nell'ipotesi in cui la variazione del rischio si traduce in un vantaggio per l'assicuratore, che nel corso del rapporto si trovi a coprire un rischio minore di quello originario, l'assicurato ha diritto di ottenere una riduzione del premio per i periodi assicurativi successivi a quello in corso. Il riconoscimento ex art. 1897 c.c. di un diritto di recesso in capo all'assicuratore, d'altra parte, non influisce sulle prestazioni già eseguite, in ossequio al principio di irretroattività degli effetti del recesso, che opera – ai sensi dell'art. 1373, comma 2, c.c. – nei confronti dei contratti a esecuzione continuata o periodica, nel cui novero figura il contratto di assicurazione⁴⁸.

Il *favor* legislativo per il mantenimento degli effetti del contratto di assicurazione emergerebbe, secondo un orientamento, anche dalle regole in materia di aggravamento del rischio, quale sopravvenienza che rende il contratto di assicurazione maggiormente oneroso per l'assicuratore. Il diritto di recesso riconosciuto all'impresa assicuratrice dall'art. 1898 c.c., infatti, non potrebbe essere esercitato nel caso in cui l'accrescimento dell'intensità del rischio abbia carattere meramente transitorio⁴⁹. Secondo la dottrina in questione, segnali nella stessa direzione proverrebbero anche dall'art. 1926 c.c., afferente alla speciale ipotesi in cui l'incremento del rischio dipenda dal mutamento di professione dell'assicurato. Tale disposizione reca la disciplina di un procedimento che – nonostante la previsione della facoltà in capo all'assicuratore di far cessare gli effetti del contratto – sarebbe essenzialmente teso alla conservazione del contratto, attraverso la riduzione della somma assicurata ovvero l'aumento del premio⁵⁰.

Le norme afferenti al mutamento del rischio assicurato, quindi, confermano come dal sistema giuridico possano trarsi indicazioni nel senso di un *favor* per l'adeguamento del contratto di lunga durata.

47 Per un esame dei profili differenziali della disciplina di settore rispetto al diritto comune v. P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici*, cit., p. 1392 ss.

48 Nell'ambito della categoria di contratti di durata presa in considerazione dall'art. 1373, comma 2, c.c., il contratto di assicurazione appartiene, nello specifico, al sottoinsieme dei contratti c.d. a lungo termine, come rilevato da P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, I, p. 7 ss.

49 Cfr., in dottrina, F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 126 e, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 18 gennaio 2000, n. 500, in *www.dejure.it*.

50 F. MACARIO, *o.c.*, p. 127.

Sebbene all'assicuratore sia riconosciuto in maniera diffusa il diritto di determinare lo scioglimento del vincolo, la prospettiva revisionale opera tramite le previsioni che consentono di rimodulare il premio assicurativo ovvero il *quantum* assicurato. La parte che subisce gli effetti negativi della sopravvenienza ottiene, in altre parole, una tutela tendenzialmente fondata non tanto sulla concessione di rimedi demolitori, secondo quanto previsto nella disciplina generale del contratto, quanto piuttosto sul diritto di ottenere una rideterminazione della prestazione, in modo da ristabilire la corrispettività dello scambio⁵¹.

Parte della dottrina ha precisato, in questa prospettiva, che tali speciali disposizioni sono suscettive di essere integrate, in caso di lacune, non dalla disposizione generale ex art. 1467 c.c., che appunto attribuisce alla parte svantaggiata un rimedio risolutorio, ma dalla già menzionata regola di cui all'art. 1664 c.c., preordinata alla gestione delle sopravvenienze nel contesto del contratto di appalto⁵². Ciò sulla scia dell'insegnamento, *ut supra* ricordato, secondo cui la disposizione da ultimo citata acquisterebbe una rilevanza sistematica che si dipana oltre i confini del settore entro i quali è stata codificata, poiché espressione di un principio generale applicabile a tutti i contratti di durata prolungata⁵³.

Quando il mutamento (ovvero la cessazione) del rischio assicurato sia cagionato dall'evento pandemico ovvero dalle misure per il suo contenimento, la disciplina applicabile è da rinvenirsi nelle norme di cui agli artt. 1896 ss. c.c., essendo tali eventi pur sempre riconducibili alle sopravvenienze espressamente codificate nell'ambito della disciplina tipologica del contratto di assicurazione.

Con riferimento all'ipotesi, non espressamente disciplinata dalla normativa di settore, di cessazione non definitiva ma solo temporanea del rischio, appare peraltro applicabile la norma generale ex art.

51 V., in particolare, P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 7 ss., che reputa «importante sottolineare che nelle ipotesi nelle quali l'assicuratore non esercita il diritto di recesso accordatogli dalla legge, il ripristino della corrispettività alterata dal mutamento del rischio assicurato, avviene tramite il meccanismo della revisione anziché mediante lo schema di cui all'art. 1467 c.c.».

52 P. CORRIAS, *o.u.c.*, p. 7 ss.; ID., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, III, p. 301 ss., il quale, attesa l'estrema genericità dei parametri legislativi cui legare la rilevanza del mutamento del rischio assicurato, propone di «recepire le precise indicazioni fornite dall'art. 1664 c.c. e ritenere, quindi, rilevanti, al fine della operatività dei rimedi contro la sopravvenienza, soltanto le mutazioni del rischio che incidono (nel rapporto premio-copertura) per più di un decimo del valore del premio e, ancora, accordare la revisione solo per la differenza che, sempre in detto ambito, eccede il decimo, in modo tale che il rischio economico del decimo del valore della prestazione, resti a carico del contraente svantaggiato dall'onerosità».

53 Cfr. nota 33.

1464 c.c.⁵⁴. Ne consegue che l'assicurato avrebbe il diritto, tra l'altro, di ottenere una riduzione del premio in relazione al periodo in cui gli effetti della misura anticontagio sono destinati a protrarsi o, comunque, durante il quale persiste l'impossibilità della prestazione dell'assicuratore.

Le coordinate ermeneutiche tracciate con riferimento all'adeguamento dei contratti di assicurazione si attagliano, nelle loro linee di fondo, ai contratti di finanziamento⁵⁵.

Essi, infatti, sono configurabili come contratti di durata, i cui effetti si prolungano nel tempo non soltanto con riferimento all'eventuale obbligazione del soggetto finanziato di corrispondere gli interessi, ma altresì, secondo un insegnamento, con riguardo alla posizione del finanziatore, la cui prestazione non si esaurirebbe in un preciso *punctum temporis*, coincidente con la consegna del denaro o di una determinata quantità di cose generiche, ma si protrae nel corso del rapporto e si qualifica in ragione del «passaggio del tempo corrispondente al non utilizzo dei capitali imprestati»⁵⁶.

A conferma della rilevanza del fattore temporale nei contratti di finanziamento può prendersi in considerazione, anzitutto, la previsione di cui all'art. 118 t.u.b. La disposizione sancisce la possibilità di introdurre nei contratti bancari⁵⁷, sempre che sussista un giustificato motivo, una clausola che conferisca all'istituto di credito il c.d. *ius variandi*, e traccia, al contempo, una distinzione tra contratti a tempo

54 P. CORRIAS, *La gestione dei rischi pandemici*, cit., p. 1397.

55 La nozione di contratto di finanziamento forma oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza. Due sono gli orientamenti principali che si contendono il campo. Alcuni autori, pur con sfumature diverse, sostengono che i contratti di finanziamento presentano dei profili di autonomia rispetto al mutuo «ordinario», giacché, a differenza di quest'ultimo, i primi sarebbero preordinati, per volontà delle parti o del legislatore, alla realizzazione di un determinato scopo ovvero alla concessione di mezzi economici a destinazione vincolata. In questo senso, senza pretesa di esaustività, si segnalano i contributi di: M. FRAGALI, *Finanziamento (Diritto Privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 605 ss.; ID., *Il mutuo*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1966, p. 75 ss.; M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. econ.*, 1955, p. 112. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass., 10 giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1687 ss., con nota di L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*. La tesi volta a identificare i contratti di finanziamento coi mutui di scopo è stata criticata da R. CLARIZIA, *Finanziamenti (Diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, app. III, Torino 1982, p. 759 ss., che evidenzia come la nozione giuridica di finanziamento coincida con «[i] negozi (sia contratti che titoli) attraverso i quali si procura un incremento economico-patrimoniale a favore di un altro soggetto, realizzando una causa diversa dallo scambio, dal godimento e dalla liberalità, con l'obbligo a carico di quest'ultimo di restituire il *tantundem*».

56 In questi termini si esprime E. SIMONETTO, *Mutuo (Disciplina generale)*, in *Enc. giur. it.*, XX, Roma 1990, p. 7, che, con specifico riguardo al contratto di mutuo, quale paradigma della categoria dei contratti di finanziamento, chiarisce che trattasi di «un contratto a esecuzione – e a fruizione – continuata e continuativa perfetta in quanto il trascorrere del tempo sostanzia la prestazione causalmente centrale del mutuante stesso».

57 È appena il caso di rilevare che i contratti bancari non esauriscono l'intera gamma dei contratti di finanziamento. Tuttavia, larga parte dei finanziamenti sono, nella prassi, erogati da istituti di credito, a conferma dell'elevato grado di affidamento che su di essi ripone la clientela.

indeterminato e altri contratti di durata: con riguardo ai primi è prevista la possibilità di stabilire in via convenzionale «la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto», mentre, rispetto ai secondi, il potere di modifica unilaterale può essere pattuito solo per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse.

La previsione in esame, per di più, regola le modalità di esercizio del *ius variandi* attraverso delle norme che mirano a bilanciare l'esigenza di protezione del contraente debole con l'interesse all'adattamento del rapporto contrattuale ai mutamenti sopravvenuti, attraverso la concessione di un rimedio conservativo che, rispetto alle misure revisionali di stampo concertativo (come la rinegoziazione), presenta il vantaggio di una maggiore speditezza ed economicità, in virtù dell'abbattimento delle tempistiche e dei costi connessi alle trattative.

La rinegoziazione, cionondimeno, assume un rilievo strategico anche per quanto concerne i contratti di finanziamento, in relazione ai quali si atteggia come strumento attivabile, di regola su impulso del cliente, per adeguare il contratto di finanziamento alle circostanze intercorse in pendenza del rapporto. Calando il problema nel paradigma del contratto di mutuo, è possibile osservare che il mutuatario, anzitutto, potrebbe domandare la modifica delle condizioni del contratto, tra cui il tasso di interesse ovvero la durata del rapporto, allorché, per esempio, il saggio degli interessi sia risultato, durante la fase esecutiva, significativamente più alto di quello legato all'andamento del mercato.

Per ciò che riguarda gli effetti, la rinegoziazione di norma si traduce nella semplice modifica del vigente regolamento contrattuale⁵⁸, ma la volontà delle parti potrebbe anche condurre, in ipotesi, all'estinzione del mutuo originario e alla sua sostituzione con un nuovo contratto, stipulato con lo stesso mutuante ma a condizioni diverse da quelle originarie⁵⁹.

Nel caso di rifiuto dell'istituto di credito di incardinare le trattative per la rinegoziazione, peraltro, il cliente può comunque ottenere la modificazione soggettiva del contratto, attraverso il subingresso nella posizione di mutuante di una banca diversa rispetto a quella con cui il contratto era stato inizial-

58 F. FIORUCCI, *La rinegoziazione dei mutui bancari al tempo del Coronavirus*, in www.ilsocietario.it, 8 giugno 2020, p. 3 ss., il quale esclude che di norma si verifichi la novazione oggettiva del contratto di mutuo, in quanto l'attività di rinegoziazione abitualmente ha ad oggetto la modifica del tasso di interesse ovvero della durata del finanziamento. Tali elementi sono tendenzialmente qualificabili, seppur con qualche eccezione, come accidentali e sono pertanto avulsi dal nucleo strutturale e funzionale del contratto.

59 G. SPOTO, *La rinegoziazione del contratto di mutuo e la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb.*, 2012, X, p. 201 ss.

mente stipulato. Vengono in rilievo, in quest'ottica, le norme in materia di portabilità dei contratti di finanziamento bancari introdotte dal d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, convertito con modificazioni nella l. 2 aprile 2007, n. 40 (c.d. decreto «Bersani-bis»). Anche prima delle novità di cui al citato decreto, in realtà, era in astratto consentita la possibilità di trasferire la posizione soggettiva di mutuante in capo ad un'altra banca attraverso l'istituto della surrogazione per volontà del debitore⁶⁰ ovvero, in alternativa, mediante la cessione del contratto⁶¹. La principale novità della novella legislativa riguarda l'espressa previsione dell'illegittimità dei contegni, molto frequenti in passato, con cui gli istituti di credito precludevano ovvero rendevano estremamente svantaggioso l'esercizio del diritto di surroga⁶². Infatti, a mente dell'art. 120-*quater*, comma 6 t.u.b. «è nullo ogni patto, anche posteriore alla stipulazione del contratto, con il quale si impedisca o si renda oneroso per il debitore l'esercizio della facoltà di surrogazione».

Benché la portabilità del finanziamento non attenga alla tematica della rinegoziazione in senso stretto, non può negarsi che nei confronti di quest'ultima essa operi, di fatto, quale incentivo. Ciò in ragione della facilità con cui il contratto può essere trasferito ad un altro istituto di credito, nonché del danno che il mutuante subirebbe, a seguito dell'opposizione di un rifiuto alla richiesta di revisione, dalla perdita della clientela e dall'acquisizione della stessa da parte di operatori economici concorrenti⁶³.

In alcuni casi, poi, la rinegoziazione del finanziamento non è rimessa del tutto all'autonomia delle parti, che di norma sono libere di impostare le trattative secondo le modalità che preferiscono, ma viene condotta secondo schemi predeterminati dal legislatore. L'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, minacciato dall'eventuale inadempimento collettivo dei mutui, ha talora sollecitato, infatti, interventi normativi volti a favorire condizioni sostenibili di restituzione dei capitali mutuati e dei

60 Segnatamente, l'art. 1202, comma 1, c.c. recita che «Il debitore, che prende a mutuo una somma di danaro o altra cosa fungibile al fine di pagare il debito, può surrogare il mutuante nei diritti del creditore, anche senza il consenso di questo».

61 S. BOSCO, *Portabilità e rinegoziazione dei mutui*, in *Giur. merito*, 2010, I, p. 265 ss. Per una disamina generale sull'istituto della cessione del contratto cfr., *ex multis*, R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, 2^a ed., Milano 2005.

62 Spesso la modificazione soggettiva del rapporto era di fatto ostacolata dall'introduzione di oneri di trasferimento e costi di chiusura, come rilevato da R. MARCELLI, *Lo Jus Variandi nei contratti bancari: costi di chiusura e trasferimento del conto*, in *www.tidona.com*.

63 Invero, come emerge dal Parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCOM) AS431, consultabile sul sito *www.agcm.it*, gli interventi normativi in materia di portabilità dei contratti di finanziamento rappresentano «uno stimolo per favorire la mobilità della clientela e lo sviluppo di dinamiche concorrenziali piene tra gli operatori nell'offerta dei servizi finanziari».

relativi tassi di interesse attraverso la ricontrattazione delle originarie clausole contrattuali⁶⁴.

5. L'obbligo di rinegoziare ai tempi del Covid-19. L'oscillante posizione di dottrina e giurisprudenza

La crescente attenzione che i rimedi revisionali sono stati in grado di attrarre è sfociata in una riflessione sull'idoneità del mezzo apprestato dall'art. 1467 c.c. al governo di sopravvenuti squilibri contrattuali di portata eccezionale, come quelli derivanti dal contesto pandemico, che si è appunto caratterizzato «per l'assoluta novità, l'estrema gravità e l'ampia diffusione»⁶⁵.

La disciplina codicistica è stata ritenuta da molti inadeguata⁶⁶: tra i punti di debolezza di tale tecnica di tutela sono stati segnalati, in particolare, proprio i già ricordati limiti di operatività della *reductio ad aequitatem*, che può essere offerta unicamente dal convenuto dell'azione di risoluzione e non anche dal soggetto che subisce la maggiore onerosità, al quale la norma non riconosce, per la tutela dei propri interessi, alcuna alternativa alla richiesta di scioglimento del vincolo.

Tale inadeguatezza si appalesa in maniera marcata nel caso di squilibri contrattuali derivanti dal contesto pandemico, ove l'esigenza di conservazione del contratto si manifesta in misura accentuata, anche in considerazione del carattere tendenzialmente temporaneo delle sopravvenienze. L'assunto trova ulteriore conferma nella considerazione che larga parte dei contratti divenuti squilibrati coinvolgono parti che esercitano un'attività imprenditoriale. Per queste ultime i rimedi demolitori raramente si rivelano soddisfacenti, prevalendo viceversa un interesse di tipo manutentivo, giacché i contratti stipulati dall'imprenditore, quali mezzi per lo scambio di beni e servizi, rappresentano uno strumento privilegia-

64 Per un'analisi di talune ipotesi legislative di rinegoziazione del contratto di mutuo: P. L. FAUSTI, *La "rinegoziazione" dei mutui*, in *Studi mat. C.N.N.*, 2008, IV, p. 1505 ss.; S. VIOTTI, *I nuovi strumenti giuridici di modifica dei contratti di mutuo*, in *Giur. merito*, 2008, XII, p. 3084 ss., il quale si sofferma sulla procedura di rinegoziazione in materia di mutui per la prima casa di cui all'art. 3 d.l. 27 maggio 2008, n. 93 convertito con l. 24 luglio 2008, n. 126; G. M. G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, in AA. Vv., *Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali*, Milano 1999, p. 65 ss.; A. BLANDINI, *Note minime sulle novelle in materia di garanzie bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, V, p. 752 ss.

65 C. PILIA, *Le tutele*, cit., pag. 77. Discorre di «eccezionalità assoluta» del momento emergenziale C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *www.giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, p. 3.

66 V., *ex multis*, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *www.giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, p. 4, che esprime «la sensazione diffusa [...] che queste discipline non offrano sufficienti anticorpi, ossia gli strumenti giuridici idonei per gestire le difficili vicende che potrebbero presentarsi alle corti».

to di circolazione della ricchezza⁶⁷.

Le misure varate per rallentare la diffusione del virus hanno sortito effetti pregiudizievoli su contratti di diversa natura. Tra questi merita una speciale menzione il contratto di locazione, su cui il dibattito dottrinale si è soffermato in maniera più intensa rispetto a quanto avvenuto nei confronti di qualsiasi altra fattispecie contrattuale. Le locazioni stipulate per l'esercizio di un'attività commerciale hanno sovente subito, in particolare, le conseguenze nefaste delle chiusure imposte dall'autorità, soprattutto in ragione del fatto che, nonostante l'interruzione ovvero la drastica diminuzione del volume di affari connessa alla chiusura – totale o parziale – dell'attività, perdurava l'obbligo del conduttore di corrispondere il canone di locazione. Il fenomeno, peraltro, si è sviluppato su larga scala, atteso che in Italia la maggior parte delle attività commerciali viene espletata all'interno di immobili di cui l'esercente non è proprietario⁶⁸.

Il legislatore, del resto, era *ab origine* consapevole che i contratti di locazione commerciale fossero esposti più di altri alle conseguenze negative del *mare magnum* dei provvedimenti di contrasto al Covid, come può evincersi dalle misure, riscontrabili nella normativa emergenziale, dedicate a questa tipologia contrattuale⁶⁹.

67 Benché non vi sia un'identità di vedute sulla configurabilità di un'autonoma categoria dei contratti c.d. d'impresa, non può disconoscersi che i contratti, in generale, rivestono un ruolo centrale nell'ambito di qualsiasi entità imprenditoriale, con la conseguenza che garantire la conservazione dei loro effetti equivale a salvaguardare la vitalità dell'impresa stessa. In questo senso depongono, del resto, le norme che consentono all'attività negoziale di sopravvivere al soggetto che tempo per tempo gestisce l'impresa. Sul rapporto tra contratto e conduzione dell'impresa v., *ex multis*, G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato (Convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004)*, a cura di P. Sirena, Milano 2006, p. 15 ss. e S. MONTICELLI e G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, 2^a ed., Torino 2013, p. 13 ss.

68 L. MASSA, *Oltre la crisi. Lockdown e locazioni commerciali*, in *www.giustiziacivile.com.*, 16 giugno 2020, p. 3.

69 Tra gli interventi legislativi tesi a temperare le ripercussioni negative del fenomeno pandemico sui rapporti di locazione vi è la misura fiscale di cui all'art. 65 d.l. 17 marzo 2020, n.18, avente ad oggetto «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per le famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19», convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27. La prefata disposizione, infatti, riconosce, in favore di botteghe e negozi, un credito di imposta pari al 60% dell'ammontare del canone di locazione. Può segnalarsi, in aggiunta, quanto stabilito dall'art. 216 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con l. 19 luglio 2020, n. 77, a mente del quale, in virtù dello squilibrio intervenuto nel contratto di locazione a causa della sospensione dell'attività sportiva, il conduttore di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati «ha diritto [...] ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito». Per un'approfondita analisi degli interventi legislativi adottati in materia di locazione durante il periodo emergenziale, cfr. M. SIGNORELLI, *La locazione commerciale al tempo della pandemia: prime prospettive di sistema e soluzioni resilienti*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, p. 1683 ss.

Proprio la tematica dell'incidenza della pandemia sui contratti di locazione ha formato oggetto di recenti tesi dottrinali e pronunce giurisprudenziali, che hanno per vero individuato soluzioni discordanti con riferimento, tra l'altro, alla distribuzione tra le parti dei rischi legati all'impossibilità o eccessiva onerosità della prestazione, nonché alla possibilità di attivare taluni strumenti di adeguamento del contratto.

In argomento si è sostenuto – in verità con argomentazioni eterogenee – che l'emergenza sanitaria e i relativi provvedimenti di contrasto siano suscettivi di rendere impossibile, sia pur temporaneamente, la prestazione del locatore⁷⁰. L'obbligazione rimasta inadempita sarebbe, più specificamente, quella di mantenere la cosa locata «in stato da servire all'uso convenuto», ai sensi dell'art. 1575, n. 2, c.c.⁷¹. L'impossibilità, poi, oltre che temporanea sarebbe parziale, con conseguente diritto del conduttore ex art. 1464 c.c. di demandare la riduzione del canone⁷².

Secondo una diversa impostazione, invece, la prestazione del locatore non sarebbe affetta da impossibilità: essa, seppur divenuta inutilizzabile per il locatario, sarebbe rimasta possibile da un punto di vista oggettivo. Di qui la proposta di una soluzione che, affrancandosi dalle tutele di cui al codice civile,

⁷⁰ Così, F. FERRO LUZZI, *Effetti secondari del Covid-19: la sopravvenuta, momentanea, modifica del dna dell'oggetto del contratto di locazione di esercizio commerciale*, in www.giustiziacivile.com, 9 giugno 2020, p. 3, per il quale «la prestazione resasi impossibile è certamente quella del locatore che non è più in grado, senza sua colpa e per un periodo definito, di mettere a disposizione del conduttore una unità immobiliare idonea all'uso negoziale pattuito al tempo del perfezionamento del contratto». Per una diversa sfumatura di accenti si veda A. D'ONOFRIO, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in www.diritto.it, 3 aprile 2020, il quale ritiene che l'emergenza sanitaria e il conseguente impedimento dell'attività svolta dal conduttore non incida sulla possibilità oggettiva di adempimento delle prestazioni delle parti, cioè il pagamento dei canoni da parte del conduttore e l'obbligo del locatore di consentire il godimento della cosa locata. La sospensione dell'attività, piuttosto, determina l'inutilizzabilità per il conduttore della prestazione del locatore. Ampliando le maglie dell'orientamento giurisprudenziale, dapprima sviluppatosi nell'ambito dei contratti di viaggio, in base al quale l'impossibilità della prestazione sarebbe equiparabile – ai fini rimediali – all'inutilizzabilità della stessa da parte del creditore, l'a. ritiene di poter estrapolare una *regula iuris* applicabile altresì alla categoria dei contratti di locazione incisi dalla situazione pandemica, in virtù della quale «al conduttore che non può servirsi temporaneamente dell'immobile locato per la precipua attività costituente la causa del contratto, né potrà recuperare nel tempo tale utilità perduta, dovrà essere riconosciuto, quantomeno, il diritto di chiedere una congrua riduzione del canone locatizio in forza dell'art. 1464 c.c. che, verosimilmente, possa compensare le ristrettezze economiche cagionate dalla sospensione dell'attività». Una posizione analoga è stata espressa da A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 2 ss.

⁷¹ A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 7.

⁷² In questo senso: E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in www.giustiziacivile.com, 27 aprile 2020, p. 7; A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. III, p. 102 ss. e G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, VI, p. 706.

fa perno sull'interpretazione estensiva di rimedi previsti dalla legislazione speciale, e precipuamente di quelli apprestati dal Codice della crisi e dell'insolvenza⁷³. Lo strumento protettivo attivabile dall'imprenditore che si trovi nella condizione di non poter adempiere, ricorrendo i requisiti oggettivi e soggettivi normativamente previsti, sarebbe così quello della «segnalazione della difficoltà ai creditori, con una proposta per venirne fuori»⁷⁴. Per un'altra opinione, riconducibile allo stesso filone interpretativo secondo cui i divieti emergenziali non potrebbero determinare l'impossibilità della prestazione del locatore, la tutela del conduttore si ridurrebbe alla scelta tra due opzioni possibili: ammettere che egli possa agire solo per la risoluzione per eccessiva onerosità del contratto ex art. 1467 c.c., salvo l'eventuale riduzione ad equità su iniziativa del locatore, ovvero riflettere sulla possibilità di riconoscere al debitore del canone locatizio uno strumento di tutela che passi per l'adeguamento del contratto divenuto squilibrato⁷⁵. Un'altra voce dottrinale, infine, argomentando sull'insussistenza di un generale obbligo di rinegoziazione fondato sulle misure di contenimento del virus, ritiene plausibile, invocando la clausola di buona fede, «soltanto ipotizzare un obbligo di negoziare le modalità dell'adempimento dei canoni maturati nel periodo di sospensione dell'attività»⁷⁶.

Ma il quadro delle soluzioni proposte è ancor più variegato. Difatti alcuni autori, assumendo come angolo visuale la posizione del conduttore, hanno individuato soluzioni divergenti da quelle proposte sulla

⁷³ Si tratta del d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, entrato in vigore, dopo una serie di rinvii, il 15 luglio 2022.

⁷⁴ V., per approfondimenti, A. GENTILI, *Una proposta*, cit., p. 6 ss., secondo cui, per ciò che riguarda il dovere di pagare il canone, trattandosi di obbligo pecuniario, l'eventuale mancanza di liquidità si tradurrebbe in un'impossibilità soggettiva non idonea a integrare i caratteri dell'istituto ex art. 1256 c.c. Parimenti, la prestazione del locatore, seppur inutilizzabile, rimarrebbe possibile, potendo il conduttore continuare a occupare l'immobile anche durante il periodo di sospensione dell'attività. Il rischio collegato all'attività di impresa e al relativo pericolo per la salute, d'altronde, non riguardando il bene locato, ricadrebbe soltanto nella sfera dell'imprenditore-conduttore e non anche in quella del locatore.

⁷⁵ V. CUFFARO, *Le locazioni alla prova dell'emergenza*, in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici*, cit., pp. 33-34, per il quale non sarebbe applicabile neppure «la regola che si legge nell'art. 1623 c.c., in forza della quale provvedimenti che incidano sulla gestione produttiva giustificano la modifica contrattuale sulla misura del fitto, per la semplice ma determinante ragione che la stessa è dettata rispetto ad un diverso ed autonomo modello contrattuale caratterizzato dall'aver appunto ad oggetto un bene produttivo». Contrario all'esperibilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità del corrispettivo dovuto dal conduttore è A. GENTILI, *Una proposta*, cit., pp. 8-9, il quale rileva che l'obbligazione di pagare il canone, per effetto della limitata fruibilità della *res* locata, non diviene maggiormente onerosa nel senso dell'art. 1467 c.c., rimanendo la prestazione pecuniaria invariata «sia nominalmente, sia nel valore».

⁷⁶ A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, XII, pp. 247-248, secondo cui l'obbligazione di «mantenere» la cosa locata «in istato di servire all'uso convenuto», di cui all'art. 1575, n. 2, c.c., non diviene impossibile, neppure temporaneamente. La disposizione, infatti, «non disciplina la distribuzione del rischio della sopravvenienza Covid, ma stabilisce che il locatore deve garantire la destinazione d'uso del bene sulla quale non incidono le misure di contenimento».

base della prospettiva del locatore. Il che si spiega in ragione delle precipue cause dell'inadempimento dell'obbligazione di corrispondere il canone, che si compendiano nella riduzione dei flussi di cassa e nella conseguente crisi di liquidità. Si è così sostenuto che le difficoltà economiche del conduttore, non costituendo impedimenti direttamente riconducibili ai provvedimenti restrittivi, sarebbero inidonee a determinare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'impotenza economica, infatti, sarebbe un ostacolo di natura meramente soggettiva, non assoluta e oggettiva nel senso degli artt. 1256 ss. c.c.⁷⁷ Cionondimeno, in dottrina, vi è chi, pur accogliendo la predetta impostazione di base, ritiene che in caso di inadempimento il giudice, chiamato a valutarne la gravità, potrà anche astenersi dal pronunciare la risoluzione del contratto quando un altro rimedio, alla luce del principio di proporzionalità, appaia maggiormente idoneo a bilanciare il complesso degli interessi che emerge dalla fattispecie concreta⁷⁸.

Tali rigorose posizioni, anche laddove inclini a valorizzare l'esigenza di conservazione del contratto, si discostano da quelle tesi che, svincolandosi dai formalismi dell'impianto codicistico, propongono soluzioni incentrate sulla sussistenza di un obbligo di rinegoziazione dei contratti incisi dalla pandemia e dai provvedimenti ad essa connessi. Un simile obbligo discenderebbe dai principi generali del sistema vigente – e in particolare dalla clausola generale di buona fede – a prescindere da un'apposita previsio-

⁷⁷ A. GENTILI, *Una proposta*, cit., p. 6 ss. In via generale si può rilevare che le obbligazioni pecuniarie, per opinione consolidata, non potrebbero estinguersi per impossibilità della prestazione. Sul punto v., per tutti, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano 2019, pp. 146-147 e S. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in www.giustiziacivile.com, p. 4. Con diversità di vedute, V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in www.giustiziacivile.com, 31 marzo 2020, p. 4, il quale ha sostenuto che l'art. 3, comma 6-bis, del decreto Cura Italia introdurrebbe un'ipotesi di impossibilità temporanea della prestazione per causa non imputabile al debitore, con la conseguenza che il conduttore potrebbe invocare il rispetto dei provvedimenti anti-contagio come causa di giustificazione del mancato pagamento del canone locatizio. Cfr. altresì, con diverse sfumature di accenti, P. SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del Cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *BioLaw J.*, 2020, p. 301 ss., secondo cui, premesso che il debito di pagamento del canone, in quanto obbligazione pecuniaria, non è mai impossibile in virtù del principio *genus numquam perit*, «il conduttore è nella impossibilità, non come debitore di eseguire la propria prestazione, ma come creditore di utilizzare con profitto la prestazione tipica del locatore di messa a disposizione dell'immobile».

⁷⁸ N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., pp. 672-673, il quale comunque nega che il conduttore sia titolare di un diritto di non adempiere o di adempiere in ritardo.

ne del legislatore⁷⁹. In quest'ordine di idee, si è ritenuto, sia pure con diverse varietà di accenti⁸⁰, che le parti siano tenute ad intavolare delle trattative volte a rimodulare le condizioni contrattuali originariamente pattuite e stravolte dal contesto emergenziale.

La prospettiva appena tratteggiata è stata avallata, infine, dalla Corte di Cassazione, seppur in sede non contenziosa, attraverso la Relazione tematica n. 56 dell'Ufficio del massimario e del ruolo. Tale documento, avente a oggetto «Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale», postula che la buona fede *in executivis*, espressione della solidarietà costituzionale, sia fonte di un obbligo di rinegoziazione fondato sull'esigenza di adattamento del contratto alla sopravvenienza pandemica⁸¹.

La giurisprudenza di merito, in alcuni arresti, ha recepito queste indicazioni, ritenendo che nei contratti implicanti un rapporto continuativo tra le parti, come le locazioni di beni immobili destinati all'esercizio di attività produttive, sussiste un interesse alla conservazione del rapporto che il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, per la sua natura demolitoria, non è in grado di soddisfare. In relazione a quanto precede, si è osservato che la sopravvenienza legata alla situazione sanitaria determina la nascita di un obbligo delle parti di addivenire a nuove trattative al fine di ricondurre il

79 F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, suppl. III, p. 80 ss.

80 *Id.*, *o.u.c.*, p. 82 s. e M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 314 ss., il quale, ammessa l'astratta esperibilità della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti incisi dalla pandemia e conseguenti provvedimenti, ritiene che la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. sia derogabile dalle parti. Ciò posto, nell'ipotesi in cui le parti non si accordino al fine di riequilibrare di loro iniziativa l'assetto negoziale, sarebbe possibile sollecitare una «modificazione *ope iudicis* operata *ex fide bona*». Un'opinione parzialmente difforme è quella di E. BELLISARIO, *Covid-19*, cit., p. 11 ss., la quale esclude che l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare possa sfociare nella rideterminazione eteronoma del contenuto del contratto da parte del giudice, giacché «il contenuto del contratto appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, e un intervento su di esso – attraverso il conferimento al giudice di un potere sostitutivo – non può che spettare solo al legislatore». In altre parole, la tutela del contraente interessato a rinegoziare il contratto si esaurirebbe nella facoltà di agire per il risarcimento del danno, secondo la logica della responsabilità contrattuale. In questi termini anche E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 242 ss., la quale rimarca, per l'ipotesi di mancata attuazione degli obblighi revisionali, la differenza tra normative di settore e disciplina generale: mentre nell'ambito delle prime «è possibile invocare l'intervento giudiziale, [...] al di fuori dei loro presupposti la revisione è affidata ad un dovere negoziale, presidiato dal mero strumento della responsabilità contrattuale». Tali concetti sono stati sviluppati, altresì, in *Id.*, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, suppl. III, p. 87 ss., spec. p. 90.

81 La Relazione citata, in particolare, chiarisce che «La rinegoziazione, a fronte di sopravvenienze che alterano il rapporto di scambio, diventa, pertanto, un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale».

contratto entro i confini della normale alea⁸².

A fronte dell'orientamento favorevole alla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione dei canoni locatizi, tuttavia, ne è emerso uno contrario, che esclude che il principio di buona fede possa essere posto alla base di un dovere del locatore di avviare delle trattative tese a una riduzione del canone cui ha diritto⁸³ ovvero di un potere del giudice di modificare il regolamento contrattuale al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge⁸⁴.

Alla luce del frastagliato quadro dottrinale e giurisprudenziale possono comprendersi le ragioni di chi dal principio invocava con vigore un intervento del legislatore, chiamato a governare la situazione eccezionale con strumenti rimediali *ad hoc*⁸⁵, onde sgravare il giudice dal compito di farsi carico della «socializzazione dei costi della crisi» che, per la sua dimensione generalizzata, potrebbe essere assolto in maniera più efficace dal legislatore⁸⁶.

Con specifico riferimento alla materia delle locazioni, tale auspicio è stato (in parte) soddisfatto dalla l. 21 maggio 2021, n. 69, di conversione del d.l. 22 marzo 2021, n. 41 (c.d. «Decreto Sostegni»), in cui, all'art.

82 *Ex pluribus*: Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, p. 3443 ss., con nota critica di G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.* e nota favorevole di P. GALLO, *Emergenza covid e revisione del contratto*, e in www.ilprocessocivile.it, con nota di M. DI MARZIO, *COVID-19: il giudice riduce il canone delle locazioni ad uso ristorante*, ove si evince che il giudice avrebbe il potere di intervenire sulla misura del canone, riducendola, quando sia riscontrata la violazione dei doveri di contrattazione secondo buona fede da parte del convenuto; Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in www.ilcaso.it, secondo cui, nei contratti a lungo termine, «qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)».

83 *Ex multis*: Trib. Roma, 21 dicembre 2020, in *Resp. civ. prev.*, p. 1295 ss., con nota critica di A. PISU, *Pandemia, locazioni commerciali e giustizia contrattuale: l'incerta avanzata dell'obbligo legale di rinegoziare*. L'a., all'argomento – dedotto dal giudice capitolino – secondo cui non sarebbe configurabile un obbligo di rinegoziazione dei canoni in quanto il legislatore dell'emergenza ha adottato misure speciali per far fronte alla crisi di liquidità dei debitori, obietta che «l'introduzione di una norma eccezionale non può certamente precludere il ricorso a rimedi previsti dalla disciplina generale sul contratto e sulle obbligazioni, rispetto ai quali – come nella specie – non intercorra un rapporto di specialità»; Trib. Roma, 12 aprile 2021, n. 6174, in www.condominioelocazione.it, con nota di K. MASCIA, *Tribunale Roma: valenza dei Dpcm e inadempimento del conduttore*.

84 Trib. Roma, 16 luglio 2021, n. 3114, in www.condominioelocazione.it, con nota di K. MASCIA, *Locazione commerciale ai tempi del Covid-19: escluso il potere del giudice di modificare gli accordi liberamente stipulati dalle parti*.

85 C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza covid 19*, cit., p. 6 ss.

86 E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del covid-19*, in *Jus civile*, 2020, II, pp. 467 ss. e 471 ss.; ID., *La disciplina emergenziale dei contratti del settore turistico fra tutela dei viaggiatori, delle imprese e del paese*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, VI, p. 1788 ss.

6-novies, si prevede un «Percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali» nel quale «locatario e locatore sono tenuti a collaborare tra di loro per rideterminare il canone di locazione».

La novella legislativa, tuttavia, non pare aver dipanato del tutto i dubbi legati alla configurabilità di un obbligo di rinegoziare⁸⁷. Essa, infatti, non disciplina dei meccanismi di tutela per il caso del mancato accordo ovvero del rifiuto del locatore di avviare nuove trattative, limitandosi a formulare un mero auspicio di collaborazione tra i paciscenti nell'ambito di un «percorso regolato di condivisione dell'impatto economico derivante dall'emergenza epidemiologica». Sulla base di tali considerazioni alcune pronunce giudiziali hanno escluso che la disposizione possa fondare il potere del giudice di rideterminare il corrispettivo nell'ipotesi in cui le parti restino inerti oppure falliscano nel tentativo di raggiungere un accordo⁸⁸.

6. La rinegoziazione dei contratti di finanziamento tra emergenza sanitaria e obblighi di solidarietà

Ciò detto in materia di rinegoziazione nel contesto pandemico, sia su un piano generale che con riguardo al contratto di locazione, può ora porsi la questione se sia parimenti configurabile un obbligo di rinegoziazione con precipuo riferimento ai contratti di finanziamento.

Si è già avuto modo di sottolineare che nel sistema dei contratti di finanziamento la rinegoziazione giocava un ruolo non trascurabile ben prima dell'avvento del Covid-19. Si è anche accennato all'impatto pregiudizievole della pandemia sui finanziamenti in corso, in quanto la restituzione delle rate di capitale e degli interessi ha inevitabilmente risentito della crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria.

Può ora soggiungersi che la difficoltà della classe dei mutuatari di rispettare le scadenze di pagamento

⁸⁷ Come sottolineato da L. AMBROSINI, *L'interesse creditorio nell'emergenza covid tra rimedi estintivi e tensione conservativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, IV, p. 1352 ss., la norma in esame ha un limitato raggio di applicazione: esso è circoscritto alle locazioni commerciali e presuppone che «il locatario abbia subito una significativa diminuzione del volume d'affari, del fatturato o dei corrispettivi».

⁸⁸ Tra i vari provvedimenti in tal senso, si segnalano: Trib. Firenze, 22 settembre 2021, n. 1605, in *www.condominioelocazione.it*, con nota di M. TARANTINO, *La rinegoziazione del canone nelle locazioni commerciali in periodo di Covid-19 non prevede l'intervento del giudice in caso di inosservanza delle parti*; Trib. Roma, 30 giugno 2021, n. 11336, in *www.dejure.it* e Trib. Roma, 15 febbraio 2022, 2476, *ivi*, secondo cui la sanzione per il mancato accordo sarebbe la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno, essendo viceversa preclusa la possibilità di ottenere una pronuncia ex art. 2932 c.c.. Un'esegesi della disposizione normativa in oggetto è altresì presente in V. SANGIOVANNI, *Omesso pagamento dei canoni di palestra e piscina durante il lockdown e risoluzione del contratto di locazione*, in *www.condominioelocazione.it*.

durante la pandemia non è stata ignorata dal legislatore. Sono state emanate, infatti, talune misure (c.d. moratorie) tese a sospendere le obbligazioni di restituzione di determinate categorie di prestiti già accordati, nonché un piano di garanzie statali per le richieste di nuovi finanziamenti⁸⁹.

Sull'effettiva utilità di tali strumenti di tutela non sembra ci siano dubbi: essi sono stati in grado di tamponare gli effetti negativi del calo del reddito dei soggetti finanziati⁹⁰. Terminata l'efficacia delle moratorie, tuttavia, i soggetti beneficiari potrebbero incontrare delle difficoltà a corrispondere le rate del finanziamento, in ragione delle condizioni generali dell'economia e degli ostacoli al recupero della capacità individuale di produrre reddito⁹¹.

Le misure adottate dal legislatore dell'emergenza, pur perseguendo finalità apprezzabili, potrebbero quindi rivelarsi non sufficienti a soddisfare gli interessi in gioco. Di qui l'esigenza di individuare ulteriori meccanismi di protezione in forza di un'interpretazione evolutiva delle categorie tradizionali del diritto civile. Ai fini dell'individuazione del giusto rimedio rileva, in particolare, il sopra citato criterio selettivo delle tutele esperibili fondato sul concreto atteggiarsi della sopravvenienza contrattuale che può sì definirsi pandemica, ma solo in via di prima approssimazione⁹².

Segnatamente, in base ai principi generali, l'inadempimento delle obbligazioni dei mutuatari, riconducibile soprattutto alla crisi di liquidità conseguente alla pandemia e ai relativi provvedimenti dell'autorità, difficilmente può dar luogo, sul piano giuridico, all'impossibilità ovvero all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

89 Cfr.: M. MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del COVID-19*, in *Riv. soc.*, 2020, II, p. 527 ss.; V. BARBA, *I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune*, in *Bilancio pers. com.*, 2020, II, p. 20 ss.; L. SERAFINO LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi "di sospensione" nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, II, p. 235 ss.

90 V. la nota della Banca d'Italia del 22 marzo 2021, *Impatto delle moratorie sui mutui*, cit., in cui si evidenzia che «In assenza delle moratorie, nello scenario di base, sia la quota di famiglie finanziariamente vulnerabili sia la quota del loro debito sarebbe stata più elevata di oltre un decimo nel 2020, un po' meno nel 2021».

91 *Ibidem*. Per giunta si sono verificate alcune difficoltà di attuazione delle misure sospensive a causa di disfunzioni del sistema informativo, come segnalato da R. LENER e A. DI CIOMMO, *Prmissime riflessioni su moratorie, responsabilità del debitore e sottoscrizione semplificata dei contratti in tempo di pandemia*, in *www.dirittobancario.it*, 24 giugno 2020, p. 10.

92 Cfr. §§ 1 e 2.

6.1. L'obbligo di pagamento delle rate del finanziamento alla luce di un'interpretazione sistematica dell'art. 3, comma 6-bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6

La qualificazione giuridica delle sopravvenienze che investono il contratto di finanziamento dipende in larga misura dalla natura normalmente pecuniaria della prestazione del debitore.

Alla luce di tale carattere, le rate che il debitore è tenuto a corrispondere non potrebbero, a rigore, divenire eccessivamente onerose nel senso richiesto dall'art. 1467 c.c.⁹³. Non si dubita che il rispetto delle scadenze possa divenire più gravoso per il soggetto finanziato; è vero, altresì, che tale difficoltà non può essere considerata come meramente individuale, dato che l'ampia portata della crisi economica connessa alla pandemia ha investito ampie classi di debitori. Ciò nonostante, la sopravvenienza anzidetta non attiene direttamente alla prestazione, che non diviene di per sé più costosa a causa della pandemia, rimanendo il suo valore inalterato anche nella misura nominale⁹⁴.

La natura pecuniaria dell'obbligazione incide altresì sulla possibilità di invocare i rimedi ex artt. 1256 ss. e 1463 ss. c.c. Nei confronti dell'obbligo di pagamento delle rate varrebbe, difatti, il mai tramontato principio *genus numquam perit*, non essendo perciò invocabile l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, neppure parziale o temporanea⁹⁵.

L'impostazione tradizionale, imperniata sui caratteri di oggettività e assolutezza della situazione da cui origina l'impossibilità, è da tempo oggetto di un processo di relativizzazione. In questa direzione si è sostenuto che la «causa non imputabile» di cui all'art. 1256 c.c. sarebbe altresì rinvenibile nei casi in cui «la prestazione sia possibile, ma il relativo adempimento impedirebbe, anche soltanto di fatto, l'attuazione di un dovere o l'esercizio di un diritto, espressioni concrete e genuine della personalità, con-

93 Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 950, secondo cui «l'onerosità deve colpire la prestazione nella sua oggettività, non nelle condizioni soggettive del debitore».

94 Con riferimento alla prestazione del conduttore di corrispondere il canone di locazione, avente natura pecuniaria (alla pari della prestazione del mutuatario), ha escluso che possa prospettarsi un'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta A. GENTILI, *Una proposta*, cit., p. 8.

95 Corte Suprema di Cassazione, Relazione n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, cit., p. 7, che ribadisce che «l'eventuale crisi di liquidità del debitore è un rischio posto a carico dello stesso, anche laddove derivi dall'altrui insolvenza o da una crisi di mercato, in quanto aspetti rientranti nella sfera organizzativa individuale che egli, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestire al meglio al fine di onorare i debiti assunti».

siderate prevalenti a livello costituzionale rispetto all'obbligo dell'adempimento dell'obbligazione»⁹⁶. Nondimeno, ai fini dell'applicazione dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta, la natura pecuniaria dell'obbligazione resta una barriera difficile da scalfire, anche nel contesto pandemico⁹⁷.

L'opinione contraria, che ammette che le prestazioni di somme di denaro possano divenire impossibili per causa Covid⁹⁸, nell'ambito dei contratti di finanziamento si alimenta di un dato testuale: l'art. 1, comma 2, lett. n-bis), del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 convertito, con modificazioni, in l. 5 giugno 2020, n. 40, sancisce che il finanziamento coperto con garanzia prestata da SACE S.p.A.⁹⁹ venga «destinato, in misura non superiore al 20 per cento dell'importo erogato, al pagamento di rate di finanziamenti, scadute o in scadenza nel periodo emergenziale ovvero dal 1° marzo 2020 al 31 dicembre 2020, per le quali il rimborso sia reso *oggettivamente impossibile* in conseguenza della diffusione dell'epidemia di COVID-19 o delle misure dirette alla prevenzione e al contenimento della stessa, a condizione che *l'impossibilità oggettiva* del rimborso sia attestata dal rappresentante legale dell'impresa beneficiaria [...]»¹⁰⁰.

La norma, quindi, sembra *prima facie* ammettere che il percettore del finanziamento possa andare incontro all'impossibilità sopravvenuta della prestazione pecuniaria cui è obbligato. È poco probabile che il legislatore, con ciò, abbia inteso riferirsi all'impedimento fisico di effettuare il pagamento a causa dell'assenza di personale o di chiusura degli uffici¹⁰¹. Il riferimento all'impossibilità della prestazione varrebbe più verosimilmente a richiamare quelle fattispecie in cui l'adempimento sia oggettivamente ostacolato dalla contrazione dei flussi in entrata del debitore¹⁰².

Non è questa la sede per indagare se le indicazioni del legislatore valgano o meno ad incrinare il postulato secondo cui le obbligazioni pecuniarie non potrebbero estinguersi per impossibilità sopravvenuta,

96 P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma 1975, p. 455.

97 V. nota 77. Cfr., altresì, N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., p. 655.

98 A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *www.giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020, p. 231 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali*, cit., p. 4.

99 Cfr. art. 1, commi 1 e 2, lett. n), d.l. 23 del 2020.

100 Corsivi aggiunti.

101 Mentre in passato era plausibile il verificarsi di ipotesi di impossibilità materiale di corrispondere una somma di denaro, al giorno d'oggi il processo di dematerializzazione del denaro rende tale eventualità di difficile configurabilità pratica, potendo il debitore procedere al pagamento, ad esempio, mediante bonifico *online* ovvero altri mezzi digitali.

102 L. PANZANI, *Covid, crisi e rinegoziazione*, in *www.dirittobancario.it*, giugno 2020, pp. 4-5.

sebbene sia condivisibile, nelle sue linee generali, l'idea che tale dogma vada ridimensionato¹⁰³. Anche alla luce del contesto storico in cui la norma è stata emanata, comunque, è plausibile che la necessità di far fronte a esigenze impellenti abbia posto in secondo piano la ricerca di accuratezza del lessico giuridico: se questo è il caso, è verosimile che la *voluntas legis* non fosse quella di sovvertire le consolidate categorie civilistiche in materia e che la portata della norma sia quindi da confinare entro i ranghi della situazione emergenziale.

La previsione *ad hoc* in materia di finanziamenti, ad ogni modo, può costituire una chiave di lettura di un'altra norma, la più dibattuta dell'intero complesso normativo dell'emergenza: il già citato art. 3, comma 6-*bis*, del d.l. n. 6 del 2020 (di qui in avanti anche comma 6-*bis*)¹⁰⁴. Il richiamo, operato da quest'ultima disposizione, agli artt. 1218 e 1223 c.c. potrebbe cioè comportare che il rispetto delle misure di contrasto alla pandemia sia da valutare ai fini dell'esclusione della responsabilità contrattuale anche in presenza di fattispecie che normalmente non rientrerebbero nella nozione di impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore¹⁰⁵.

Questa soluzione, peraltro, consentirebbe di salvaguardare il carattere di precettività e innovatività della disposizione¹⁰⁶, in armonia col principio di conservazione degli atti giuridici¹⁰⁷, e di evitare l'*interpretatio abrogans* che discenderebbe dal ritenere la norma operante soltanto in ipotesi «tradizionali» di impossibilità sopravvenuta; in quest'ultimo caso la previsione sarebbe, di fatto, pleonastica, perché evocativa di principi e norme che avrebbero operato anche in sua assenza.

In tal guisa, ricorrendo i requisiti legislativamente previsti, anche le obbligazioni pecuniarie rientrerebbero nell'area di applicabilità dell'art. 3, comma 6-*bis*, stante, tra l'altro, l'ampia genericità della sua

103 Cfr. A. SEMPRINI, *Responsabilità del debitore di prestazione pecuniaria e principio solidaristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, I, p. 300 ss.

104 Cfr. § 2.

105 Del resto, come osservato da A. DOLMETTA, «*Misure di contenimento*», cit., p. 157, «la norma del comma 6-*bis* non altera la nozione di impossibilità sopravvenuta, che sta a presupposto delle regole degli artt. 1256 e 1258 c.c.; su questa nozione la norma nuova non viene ad incidere in alcun modo».

106 V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Roma 1959, p. 238 ss.

107 C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 173 ss.

formulazione¹⁰⁸. Tra le fattispecie rilevanti sarebbe annoverabile, allora, anche l'impotenza finanziaria correlata ai mezzi di contrasto all'epidemia, che rappresenta un impedimento comune a una vasta platea di soggetti e deriva da situazioni per tutti omogenee, in quanto connesse, in ultima analisi, al rispetto dei medesimi provvedimenti emergenziali.

In questo modo il mutuatario, debitore di una prestazione che per sua natura non può tendenzialmente divenire impossibile, sotto l'egida della previsione emergenziale potrebbe andare esente da responsabilità in caso di ritardo nell'adempimento. La soluzione, peraltro, consentirebbe di venire incontro ai bisogni di tutela di chi ha sottoscritto dei contratti di finanziamento che non appartengono al novero di quelli che formano oggetto delle moratorie concesse dal legislatore dell'emergenza¹⁰⁹.

Una simile eventualità, tuttavia, presuppone che il mancato pagamento sia causalmente riconducibile al rispetto delle misure di contenimento del virus¹¹⁰, come accade quando il mutuatario abbia subito una significativa flessione delle entrate della sua attività imprenditoriale in conseguenza delle chiusure imposte dall'autorità.

108 G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, III, p. 571 ss., il quale ritiene che il comma 6-bis trovi applicazione «quando l'adozione delle misure di contenimento non abbia reso oggettivamente impossibile, nemmeno in via temporanea, l'esecuzione della prestazione, ma abbia creato per il debitore ostacoli e impedimenti [...] a tal punto rilevanti e significativi da rendere irragionevole ed iniquo esigere dal debitore lo sforzo ed il dispendio di energie e risorse necessario per superare siffatti ostacoli». Una delle principali aree di applicazione del comma 6-bis sarebbe, allora, proprio quella delle obbligazioni pecuniarie, dato che «l'omessa o tardiva corresponsione delle somme dovute dal debitore pecuniario ne determina sempre e necessariamente la responsabilità per inadempimento, pacifico essendo che gli ostacoli e gli eventi sopravvenuti alla costituzione del rapporto obbligatorio non possono mai essere tali da rendere oggettivamente impossibile l'esecuzione della prestazione pecuniaria, sicché il debitore di somme di denaro che ne ometta o ritardi il versamento non ha, di fatto, nessuna concreta *chance* di andare esente da responsabilità per inadempimento fornendo la prova liberatoria contemplata dall'art. 1218 c.c. e dall'art. 3 del d. legisl. 9 ottobre 2002, n. 231 (recante la disciplina dei ritardi nel pagamento dei corrispettivi pecuniari nelle "transazioni commerciali")». Sostanzialmente uniformi sono le posizioni di: A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali"*, cit., pp. 770-771; E. GIORGINI, *Pandemia, equilibrio delle posizioni contrattuali e giusto rimedio. Brevi annotazioni*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, XII; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, *ivi*, 2020, XII, p. 374, per il quale «lo scenario determinato dal Covid-19 permette di affermare come in determinate fattispecie (che il giudice dovrà attentamente verificare, contemperando gli interessi in gioco) possa ritenersi giustificato il ritardo nell'adempimento delle prestazioni di denaro».

109 Contro un simile postulato si potrebbe in realtà sostenere che il legislatore *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*: si sarebbe scelto, cioè, di accordare il beneficio soltanto in relazione a determinati contratti di finanziamento, in presenza di specifici presupposti, lasciando invece prive della tutela *ad hoc* le altre fattispecie: v., sul punto, le considerazioni di F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, IV, p. 505. In chiave critica si potrebbe sostenere, tuttavia, che un intervento legislativo settoriale difficilmente potrebbe fraporsi all'applicazione di principi generali dell'ordinamento.

110 G. DE CRISTOFARO, *o.c.*, p. 582.

Ricorrendo il predetto elemento eziologico, l'esonero del debitore dalla responsabilità *ex contractu* non è comunque automatico. La norma prevede unicamente che il comportamento tenuto in ossequio ai provvedimenti predetti sia valutato positivamente nell'ambito del giudizio di responsabilità *ex artt.* 1218 e 1223 c.c. Nelle mani del giudice residua pertanto un ampio margine di discrezionalità nella valutazione del comportamento del debitore, il quale sarà in ogni caso ritenuto responsabile laddove l'inadempimento gli sia imputabile; situazione, quest'ultima, che si verifica ad esempio quando, nonostante le limitazioni connesse alla situazione sanitaria, risulta che egli avrebbe comunque potuto adempiere, tenuto conto del grado di diligenza richiesta e di tutte le circostanze del caso concreto¹¹¹.

6.2. L'inesigibilità delle rate del finanziamento e obbligo di rinegoziazione del contratto

Alla luce di quanto sin qui esposto, il debitore, in astratto, potrebbe non incorrere nella responsabilità per il ritardo allorché la misura di contrasto alla pandemia si sia riverberata in un temporaneo inadempimento della rata di finanziamento.

Vi possono essere casi, però, in cui il mancato pagamento sia dipeso non da una *deminutio* delle entrate strettamente correlata al rispetto delle misure emergenziali, bensì da una prolungata crisi economica che, seppur innescata o aggravata dai predetti provvedimenti, abbia condotto a un progressivo e duraturo depauperamento del patrimonio del debitore ovvero alla stabile riduzione della sua capacità di produrre reddito.

Si dubita che in queste ipotesi l'obbligato possa beneficiare della *vis liberatoria* di cui al comma 6-bis, che sarebbe limitata agli inadempimenti delle prestazioni da eseguire durante i mesi di *lockdown*¹¹², non estendendosi invece ai periodi successivi. In effetti, si incontrano tante più difficoltà a sostenere la presenza del nesso di causalità tra il rispetto dei provvedimenti e il ritardo nel pagamento delle rate, quanto più prolungata è la crisi di liquidità del debitore alla base di tale temporaneo inadempimento¹¹³.

Di norma l'inadempimento manifestatosi a distanza di tempo somiglia viepiù a una situazione di im-

111 A. M. BENEDETTI, Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?, in *www.giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020, p. 5 ss.

112 A. SEMPRINI, *Responsabilità del debitore*, cit., p. 300 ss.

113 Il trascorrere di un significativo lasso di tempo, infatti, alimenta il dubbio (da sottoporre comunque ad accertamento in concreto) che l'inadempimento sia dipeso non più dalla *reductio* dei flussi di cassa connessa al periodo di confinamento obbligatorio, ma da ulteriori fattori causali, intervenuti successivamente, aventi un'incidenza negativa sul recupero della capacità di produrre reddito.

pedimento soggettivo, correlato a una personale mancanza di liquidità; eppure sussistono istanze di giustizia sociale che impongono di tenere in considerazione l'impotenza finanziaria dei debitori anche quando essa non sia direttamente connessa alle limitazioni governative, ma comunque affondi le proprie radici nel fenomeno pandemico¹¹⁴.

Soccorre a tutela del debitore la categoria dell'inesigibilità della prestazione, quale limite alle pretese creditorie che ricorre quando l'esecuzione dell'obbligo, seppur oggettivamente possibile, comporterebbe un sacrificio intollerabile per il debitore, al quale non potrebbe essere pertanto imputata la responsabilità per l'eventuale inadempimento¹¹⁵. L'interesse debitorio a non adempiere, difatti, in una dimensione assiologica e ispirata ai principi espressi dalla Costituzione, potrebbe in teoria essere prevalente rispetto all'interesse creditorio, con il precipitato che la prestazione, in tal caso, non sarebbe in concreto esigibile¹¹⁶.

È consolidata l'opinione secondo cui l'inesigibilità rappresenta l'esito di un giudizio di bilanciamento nel quale l'interesse creditorio viene soppesato con un altro interesse, avente spesso rilevanza costituzionale, che si frappone all'adempimento e che risulta preminente rispetto al primo. La portata del principio è però controversa con riguardo alla natura delle posizioni soggettive oggetto del giudizio di contemperamento: ad un orientamento che reputa idonee a rendere inesigibile la prestazione soltanto

114 A. SEMPRINI, *o.u.c.*, p. 300 ss.

115 Cfr. nota 40. Il principio di inesigibilità, peraltro, ha fatto breccia anche nella giurisprudenza costituzionale. V., in particolare, Corte cost., 18 marzo 1992, n. 149 e soprattutto Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *www.dejure.it*, che formula il seguente principio di diritto: «quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato». Per quanto attiene alla giurisprudenza di legittimità, v., *ex multis*, Cass., 25 agosto 2020, n. 17674, in *www.dejure.it*, che individua «un limite alla esigibilità della prestazione determinato dall'agire [...] di un dovere positivo della controparte di tollerare l'inadempimento date le sopravvenute condizioni di salute del debitore».

116 L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX., Milano 1988, pp. 1089-1090, il quale chiarisce che «l'inesigibilità non appartiene concettualmente agli impedimenti oggettivi della prestazione, tant'è che può configurarsi anche per le obbligazioni pecuniarie. Essa è un limite del diritto distinto da quello previsto dagli artt. 1218 e 1256, e derivante dal divieto di abuso del diritto implicito nella direttiva di correttezza impartita (anche) al creditore all'art. 1175 c.c., il quale funge qui da automa causa esimente del debitore. L'inesigibilità, nel senso ora precisato, è dunque equiparabile all'impossibilità non sul piano concettuale ma solo *quoad effectum*». V. anche G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano 1955, p. 110 ss.

istanze di natura non patrimoniale¹¹⁷, se ne contrappone un altro, incline a ritenere rilevanti anche interessi di tipo economico¹¹⁸. Quest'ultima impostazione trae conforto dalla considerazione che i diritti e le libertà fondamentali della persona, che occupano un posto di vertice nella scala dei valori costituzionali, sono suscettivi di subire un pregiudizio anche in caso di grave lesione di interessi patrimoniali¹¹⁹.

In base a quanto precede, dunque, anche nell'ambito della concessione del credito la prestazione del debitore potrebbe risultare in concreto inesigibile, come nel caso in cui l'adempimento possa mettere a repentaglio preminenti interessi costituzionali della persona obbligata o della sua famiglia ovvero la sopravvivenza dell'impresa debitrice. L'inesigibilità della prestazione pecuniaria, nei casi predetti, sebbene non possa condurre all'estinzione dell'obbligo, potrebbe legittimamente tradursi in un esonero dalla responsabilità per il ritardo¹²⁰.

A prescindere che la predetta mancanza di responsabilità derivi dall'applicazione del comma 6-bis ovvero della categoria dell'inesigibilità, si pone il problema di stabilire se il debitore, una volta trascorso l'intervallo di tempo entro il quale il suo inadempimento può considerarsi giustificato, sia tenuto a corrispondere le rate scadute durante il già menzionato lasso temporale e contestualmente anche quelle successive, secondo il piano di ammortamento originario. L'alternativa, individuabile nella postergazione delle scadenze di pagamento per un numero di giorni pari alla durata della sospensione, costituirebbe una più soddisfacente risposta ai bisogni di tutela del debitore, ma è stata scartata in

117 A. FEDERICO, *Misure di contenimento*, cit., pp. 240-241. V. *amplius* anche O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli 2012, p. 141 ss., per la quale «l'inesigibilità postula un procedimento di ponderazione al fine di giungere, nel concorso tra interessi mercantili e situazioni giuridiche soggettive non patrimoniali, ad un loro componimento adeguato».

118 Tra i tanti: L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 1090; G. IORIO, *Gli oneri del debitore*, cit., p. 374; A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli 2014, p. 23 ss.

119 Per A. DI MAJO, *o.c.*, p. 23, i danni che attengono alla sfera patrimoniale sono suscettivi di riverberarsi in negativo sulle istanze fondamentali della persona. Sono esemplificativi, al riguardo, il «caso dell'imprenditore che è costretto, per pagare i propri creditori, a porre in liquidazione la propria azienda o a dover licenziare parte dei dipendenti» ovvero «quello del debitore civile che, avendo perso il proprio posto a causa della chiusura dell'azienda in cui lavorava, si trova costretto ad assumere un lavoro poco dignitoso per la sua persona, per poter pagare le rate del mutuo». *In materia di atti di destinazione patrimoniale, d'altronde, si è sostenuto che taluni interessi patrimoniali, come la tutela del lavoro o dell'impresa, laddove riconducibili a valori costituzionalmente sovraordinati, siano preminenti, su un piano assiologico, su altri interessi, come la tutela del credito: così* M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in C. M. BIANCA (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di negoziale*, Milano 2007, p. 69.

120 A. SEMPRINI, *Responsabilità del debitore*, cit., p. 300 ss.

quanto priva di appigli testuali¹²¹.

Senonché, può apparire contraddittorio venire incontro alle difficoltà del debitore, rendendo inesigibile la sua prestazione per un determinato segmento temporale, da un lato, e imporgli, non appena spirato tale periodo, l'adempimento contestuale sia dei pagamenti arretrati sia di quelli che vengono a scadenza immediatamente dopo, dall'altro. Il beneficio dell'inesigibilità temporanea, infatti, rischia di essere vanificato in quei casi in cui l'obbligato abbia recuperato soltanto un grado minimo di solvibilità, tale da consentirgli di adempiere alle rate sospese, ma comunque non ancora sufficiente, per lo meno nell'immediato, ad assicurare il pagamento di quelle ulteriori¹²².

In un'ipotesi siffatta, in virtù della medesima *ratio* di tutela posta a fondamento dell'iniziale e provvisorio esonero dalla responsabilità per inadempimento, può suggerirsi una soluzione d'equilibrio, che tenga conto sia di un'esigenza di coerenza, onde evitare di pregiudicare gli effetti protettivi del rimedio già concesso, sia dell'interesse del finanziatore a non subire oneri ingiustificati a causa della sospen-

121 V. G. DE CRISTOFARO, *o.c.*, p. 590 ss., che, analizzando lo spazio applicativo del comma 6-bis, ha risolto negativamente la questione del possibile differimento dei termini di esigibilità delle rate successive al periodo di efficacia delle misure di contenimento.

122 La ricerca dei rimedi, d'altronde, deve essere funzionale alla tutela degli interessi giuridicamente rilevanti secondo un criterio di effettività, prescindendo da logiche formaliste, come rilevato da P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, I, p. 5. Segnali in questa direzione derivano finanche dalla prassi applicativa delle sospensioni sui prestiti concesse dal legislatore dell'emergenza, giacché le *Frequently Asked Questions* (F.A.Q.) del Ministero dell'Economia e delle Finanze, consultabili su www.mef.gov.it, chiariscono che la sospensione determini «la traslazione in avanti del piano di ammortamento per un periodo pari alla sospensione accordata». In senso conforme, *ex pluribus*: ABF Napoli, 26 maggio 2022, n. 8311; ID., 26 maggio, 8312; ABF Bari, 25 marzo 2022, n. 5051.

sione¹²³.

La strada maestra, in questi casi, appare essere quella di una rinegoziazione del regolamento contrattuale¹²⁴ finalizzata alla rideterminazione del programma di rimborso rateale del finanziamento, perseguendo la sostenibilità dell'operazione economica secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità. La rimodulazione in via convenzionale della durata del rapporto ovvero del tasso di interesse può costituire la soluzione preferibile anche per il creditore, perché consente di gestire il sopravvenuto squilibrio economico rimanendo nel terreno dell'autonomia privata e scongiurando il pericolo che le condizioni di mercato ovvero quelle personali del debitore si riflettano in uno stato irreversibile di insolvenza¹²⁵.

Indipendentemente da una spontanea iniziativa delle parti in tal senso, traendo spunto dalle ricostru-

123 Nell'ambito delle moratorie legislativamente concesse, assume rilevanza l'art. 56 del d.l. «Cura Italia», laddove sancisce che «il piano di rimborso delle rate o dei canoni oggetto di sospensione è dilazionato, unitamente agli elementi accessori e senza alcuna formalità, secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti». In questo modo il legislatore intende scongiurare che gli effetti benefici possano essere elisi dall'applicazione di costi ulteriori rispetto a quelli già previsti. Sullo sfondo vi è naturalmente l'esigenza di evitare che la dilazione si traduca in una perdita per l'intermediario, ma senza che perciò occorra necessariamente investire il creditore di un diritto al recupero della totalità degli importi che esso avrebbe conseguito in assenza della sospensiva. Per un'approfondita disamina dei temi in questione, v. L. SERAFINO LENTINI, *Moratoria*, cit., p. 242 ss., il quale esclude che il tasso di interesse maturato durante la sospensione sia determinabile in misura pari al saggio di interesse del mutuo, poiché ciò comporterebbe un onere illegittimo per il cliente. Il tasso contrattuale, in quanto avente funzione corrispettiva, non può inoltre maturare durante un periodo di inesigibilità dell'obbligazione principale, essendo l'obbligazione accessoria ex art. 1282 c.c. intrinsecamente connessa alla restituzione del capitale. D'altro canto, secondo l'a., negare integralmente la debenza di interessi avrebbe il significato di imporre un onere al mutuante. L'*impasse* viene risolto attraverso il riconoscimento di un diritto del finanziatore ad ottenere gli interessi compensativi, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 1499 c.c., in virtù «della funzione indennitaria rivestita dal decorso degli interessi durante il periodo di sospensione». In seno all'Arbitro Bancario Finanziario è comunque emerso un orientamento di segno opposto, in ossequio al quale, in caso di sospensione dell'intera rata, comprensiva sia degli interessi che del capitale, gli interessi maturati nel periodo della sospensione sono calcolati sul capitale residuo all'originario tasso di interesse contrattuale (cfr., fra le molte: ABF Napoli, 26 maggio 2022, n. 8311, cit.; ID., 26 maggio 2022, 8312, cit.; ABF Bari, 25 marzo 2022, n. 5051, cit.).

124 Indicazioni in tal senso sembrano provenire dalle ipotesi legislative che accordano al cliente, che stia attraversando una significativa crisi economica, il diritto di rinegoziare i finanziamenti pendenti. A tal proposito può menzionarsi l'art. 41-bis del d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 2019, n. 157, la cui formulazione originaria è stata sostituita da una nuova, introdotta dal d.l. 69/2021, che ha allargato le maglie della procedura di esdebitazione ivi prevista, la quale può ora essere acclusa nella proposta di accordo o di piano del consumatore ai sensi della l. 27 gennaio 2012, n. 3. In argomento A. DIDONE, *Note minime sull'art. 40 ter del decreto sostegni: prime applicazioni di una nuova esdebitazione*, in www.ilfallimentarista.it, 10 novembre 2021 e ID., *Ancora sulla rinegoziazione dei mutui ex art. 41 bis D.L. 124/2019 (e succ. modifiche) e sulla sospensione del processo esecutivo*, in www.dirittobancario.it, dicembre 2021.

125 Cfr. M. MAGGIOLINO, *Appunti*, cit., p. 527 ss., la quale si mostra consapevole «di come imponenti shocks macroeconomici, lasciando consumatori e imprenditori nell'impossibilità di disporre di un reddito sufficiente ad onorare i propri impegni pregressi, causino l'improvviso insorgere di importanti volumi di crediti deteriorati, i quali sono capaci di imporre significativi costi alle banche».

zioni sistematiche in materia di sopravvenienze contrattuali e revisione del contratto¹²⁶, è peraltro postulabile l'esistenza di un potenziale obbligo *ex fide bona* di ricontrattare le condizioni del rimborso rateale¹²⁷, anche in mancanza di una disciplina pattizia di gestione delle sopravvenienze¹²⁸. La crisi economica derivante dallo scenario pandemico, infatti, può in astratto qualificarsi come circostanza straordinaria ed imprevedibile che, impattando su un contratto di durata come quello di finanziamento, innesca un dovere delle parti di assumere un contegno di reciproca cooperazione *ex art. 1375 c.c.*¹²⁹ attraverso l'avvio di nuove trattative tese alla modifica delle clausole pattizie.

La buona fede, in quanto clausola generale, presuppone comunque una valutazione del caso concreto¹³⁰: alla luce delle circostanze *de facto*, occorre verificare se l'originario piano dei ricavi e dei costi possa essere ripristinato attraverso la sostituzione di una nuova condizione di equilibrio a quella iniziale alterata, oltre i limiti della normale alea, dalla sopravvenienza emergenziale. Anche al fine di evitare comportamenti opportunistici del debitore¹³¹, occorre dunque prendere in esame il rapporto obbligatorio nel suo complesso, verificando se un dovere di rinegoziare possa scaturire dal principio di correttezza alla luce delle posizioni di entrambe le parti¹³². È da evitare, cioè, una valutazione unilaterale,

126 Per tutti.: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 963 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 291 ss.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano 2008, p. 1026 ss.; ID., *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, III, p. 825 ss.; A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 192 ss.; P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., VI, Torino 2011, p. 804 ss.; ID., *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, XI, p. 2439 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli 1998, p. 193 ss.; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contratti*, 2016, II, p. 185 ss.

127 Non solo l'iniziale piano temporale di ammortamento, ma anche la misura delle rate, come concepita *ab origine*, può formare oggetto della rinegoziazione secondo buona fede quando il contesto su cui si fondava il contratto è stato stravolto dall'emergenza sanitaria. Si veda, al riguardo, F. FIORUCCI, *La rinegoziazione*, cit., p. 1 ss.

128 È dello stesso avviso F. FIORUCCI *op. cit.*, p. 1 ss. *Contra*, fra le tante, ABF Milano, 11 agosto 2021, n. 18756, che, senza alcunché argomentare in relazione alla presenza di una sopravvenienza eccezionale e straordinaria come quella pandemica, ritiene che «non sussiste un diritto alla rinegoziazione a favore del mutuatario, fatto salvo il solo caso dei mutui a tasso variabile per l'acquisto, la costruzione e la ristrutturazione dell'abitazione principale».

129 In tal senso la recente giurisprudenza di legittimità. Cfr., *ex multis*, Cass., 22 febbraio 2022, n. 5848 e Cass., 15 giugno 2021, n. 16890.

130 F. BENATTI, *Contratto e Covid*, cit., p. 198 ss., la quale, premesso che il Covid-19 potrebbe determinare conseguenze diverse sul piano fattuale, avverte la necessità di un'analisi fondata sul caso concreto per stabilire il reale contenuto dell'obbligo di cooperare secondo buona fede al fine di lenire i pregiudizi sia nella fase emergenziale che in quella del ritorno alla normalità.

131 Mette in guardia dal rischio di possibili abusi del debitore, con riferimento alla materia delle locazioni, U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *www.giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 9.

132 N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown*, cit., p. 662.

incentrata solamente sulla situazione debitoria: la dimensione cooperativa della buona fede non può prescindere da un'analisi altrettanto attenta della posizione del creditore¹³³, visto che anche quest'ultimo, al di là delle qualificazioni formali, può trovarsi in una condizione di vulnerabilità economica¹³⁴.

La prospettiva preferibile appare quella di una valorizzazione della *ratio* della complessiva operazione economica, a tutela dell'assetto di interessi diviso dai contraenti¹³⁵. Il riferimento alla buona fede, insomma, non può valere come espediente retorico a giustificazione di un astratto ideale di giustizia contrattuale¹³⁶, ma rappresenta uno strumento imperniato sulla realtà materiale del rapporto. Così connotata la correttezza configura un mezzo di attuazione del solidarismo ex art. 2 cost. da un lato e dell'art. 41 cost. dall'altro, atteso che la libertà di iniziativa economica e i limiti connessi al suo esercizio rappresentano presidi a tutela dei contratti, favorendo la conservazione di quelli già in essere e promuovendo la stipula dei nuovi¹³⁷.

L'indagine sulla presenza dell'obbligo di rinegoziare il contratto di finanziamento si colloca in questo contesto assiologico, implicando un bilanciamento delle opposte esigenze. La ripartizione del rischio delle sopravvenienze non può prescindere dall'analisi del contesto contrattuale, anche in una prospettiva di mercato¹³⁸. Con il che non si vuole certo affermare l'esistenza di un primato delle esigenze del commercio: l'art. 41, comma 2, cost. vieta di esercitare l'attività economica «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». La dottrina più sensibile, per giunta, ha da tempo sottolineato che il rispetto della personalità umana è collocato all'apice della gerarchia assiologica espressa dall'ordinamento. Tale valore, quindi, non può essere soverchiato dal sistema di tutela degli interessi patrimoniali come l'impresa o la proprietà¹³⁹. Il

133 T. VITO RUSSO, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in *Riv. dir. banc.*, I, 2021, p. 149.

134 L. RUGGERI e M. GIOBBI, *Vulnerabilità economica tra diritto emergenziale e contrattuale*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, XII-bis, p. 343 ss., secondo cui «La bilateralità del bisogno, frequente quando la crisi colpisce simultaneamente e massivamente, rende necessaria una valutazione del contratto anche alla luce dell'utilità sociale quale parametro conformativo dell'autonomia privata».

135 M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., p. 325.

136 M. GRONDONA, *Il contratto nella stagione dell'emergenza sanitaria*, in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici*, cit., p. 45.

137 M. GRONDONA, *o.u.c.*, p. 42.

138 A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione*, Pisa 2019, p. 107.

139 P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, I, p. 184 ss.; *Id.*, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, I, p. 95 ss., il quale postula la prevalenza della concezione esistenziale, incentrata sul rispetto della dignità dell'uomo, su prospettive produttivistiche.

mercato, del resto, non è soltanto un sistema di regole dell'economia, ma è anche uno statuto normativo¹⁴⁰: un insieme di norme e principi giuridici diretti a regolamentare uno spazio economico che non si sottrae ai valori del personalismo e del solidarismo. In conformità a quanto precede, la celerità e la sicurezza degli scambi, nonché gli altri principi che governano il mercato secondo criteri di efficienza, non sono in antitesi con le istanze di tutela della persona, ma sono asserviti ad esse¹⁴¹.

Le coordinate ermeneutiche appena tracciate impongono di analizzare la posizione del finanziatore, compreso quello avente natura professionale, senza pregiudizi ideologici¹⁴². La stabilità del mercato bancario e finanziario, del resto, non si esaurisce nella protezione di interessi meramente mercantili, ma si collega a valori costituzionali come la tutela del risparmio, finalizzata all'accantonamento delle risorse funzionali ai bisogni fondamentali di vita e all'offerta di disponibilità finanziaria atta a sostenere il pieno sviluppo della personalità umana¹⁴³.

Il tema della rinegoziazione del programma di restituzione del finanziamento si snoda, quindi, tra i due poli giuridici, di rilievo costituzionale, della tutela del credito da una parte e dei bisogni fondamentali del debitore, soprattutto se contraente debole, dall'altra¹⁴⁴. Il temperamento delle opposte esigenze deve poi essere calato nello scenario del mercato, dacché l'obbligo di rinegoziazione viene influenzato dall'interesse pubblico alla corretta funzionalità del sistema bancario e finanziario, anche al fine di mantenere bassi i tassi di interesse, specialmente a beneficio dei titolari di redditi non elevati¹⁴⁵.

Pertanto, a seconda del contesto del concreto rapporto, la presenza di un siffatto interesse superindividuale, nel bilanciamento con altri interessi anche individuali, potrebbe suggerire l'esistenza di un do-

140 P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, II, p. 336. In base alla ricostruzione di N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 290, «il mercato è un organismo artificiale, costruito da una scelta consapevole, da una decisione politica dello Stato».

141 N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim.*, 2010, III, p. 735 ss.

142 M. GRONDONA, *Il contratto nella stagione dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 35 ss.

143 E. CATERINI, *La trasparenza bancaria*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), in *Tratt. Contratti* Rescigno e Gabrielli, XXI, Torino 2016, p. 174.

144 Il conflitto tra queste esigenze è alla base anche degli interventi legislativi diretti a far fronte alle crisi da sovraindebitamento, come evidenziato da R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *www.giustiziacivile.com*, 9 aprile 2020, p. 4.

145 In questi termini F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim.*, 2008, I, p. 95 ss., il quale ritiene che gli «obblighi di rinegoziazione risentono fortemente della struttura di mercato esistente e degli obiettivi di regolazione che si perseguono, in particolare quello della diminuzione dei prezzi e l'aumento della qualità dei servizi per gli utenti finali».

vere di rinegoziare, ad esempio quando la rinuncia ad alcune prerogative da parte del creditore possa salvaguardare la solvibilità del finanziato e contribuire a prevenire crisi sistemiche. Per contro non può escludersi che in alcune ipotesi il sacrificio richiesto al finanziatore recherebbe il rischio di porlo in una condizione di fragilità economica. Tale condizione, in base alle varie circostanze, potrebbe inibire in principio la nascita di un obbligo di rinegoziare ovvero incidere sulla misura del contegno cooperativo cui il creditore è tenuto, riducendo lo sforzo da lui esigibile secondo il canone di correttezza¹⁴⁶.

Secondo un'impostazione consolidata, infatti, l'inesigibilità della prestazione e l'obbligo di rinegoziazione, quali istituti derivanti dall'applicazione del principio di buona fede in funzione correttiva o integrativa¹⁴⁷, postulano il rispetto del limite dell'apprezzabile sacrificio che la parte è chiamata a sopportare¹⁴⁸.

7. Conclusioni

L'impotenza finanziaria, che in condizioni fisiologiche di mercato rimane relegata nel perimetro delle

146 In via esemplificativa l'indagine sulla materialità del rapporto potrebbe indurre a considerare irragionevole uno spostamento in avanti del *timing* di restituzione delle rate automaticamente uguale alla durata della sospensione dell'esigibilità del credito, potendo in alcuni casi ritenersi sufficiente a garantire la solvibilità del credito una più breve traslazione delle scadenze.

147 Si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 163 ss. Non si prescinda, tra i tanti, nemmeno da C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 215; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, *ivi*, 2001, I, p. 556; M. G. UDA, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino 2004; ID., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e correttezza delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, V-VI, p. 301 ss.; F. BENATTI, *La buona fede nelle obbligazioni e nei contratti*, in AA.VV., *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 1988, p. 297 ss.; L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, II, p. 475 ss. Cfr., altresì, la dottrina più recente: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano 2019; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 2ª ed., Torino 2015, spec. p. 71 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino 2015; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, III, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano 2007; P. GALLO, *Il contratto*, V, in *Tratt. dir. civ.* Gallo, Torino 2017, p. 625 ss.

148 Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss., con nota di M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, e in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss., con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*. V. anche Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro pad.*, 2000, I, c. 348 ss.; Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 75 ss.; Cass., 19 luglio 2018, n. 19296, in *Foro amm.*, 2019, IV, p. 628 ss.; Cass., Sez. un., 26 maggio 2020, n. 9770, in *www.dejure.it*; Cass. 28 aprile 2022, n. 13342, *ivi*. In dottrina, il tema del fondamento e dei limiti della buona fede è stato sviluppato in maniera chiara da G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli 1995, pp. 157-158, il quale insegna che la buona fede si pone quale criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, consentendo di elevare «a dignità giuridica interessi del soggetto c.d. passivo, la cui soddisfazione sarà tanto più completa, quanto minore è lo sforzo o sacrificio richiesto al creditore e, soprattutto, quanto più basso, alla gerarchia dei valori giuridici, è il posto occupato dall'interesse concreto alla cui soddisfazione mira l'esercizio del credito».

soggettive *difficultas praestandi*, assume quindi profili di rilevanza contrattuale a fronte di sopravvenienze eccezionali come la pandemia da Covid-19, suscettiva di ridurre il soggetto finanziato ad uno stato di vulnerabilità economica connessa ad «un'alterazione eccezionale, globale e orizzontale dell'ordinario funzionamento del mercato»¹⁴⁹.

Nei casi in cui l'impedimento al pagamento rateale – scaturito dalla crisi di liquidità *post-Covid* – non sia sussumibile in un'esimente prevista *ad hoc* dalla legislazione d'emergenza, i bisogni di protezione del debitore, come si è visto, possono comunque trovare soddisfazione attraverso un approccio funzionale che valorizzi il carattere di lunga durata del contratto, mediante una rilettura in chiave critica dei meccanismi tradizionali di tutela contrattuale. La ricerca del giusto rimedio, in grado di realizzare la più equilibrata composizione degli interessi di parte, induce a verificare se gli avvenimenti perturbativi di matrice pandemica abbiano inciso in negativo sulla solvibilità del debitore, malgrado il contegno diligente di quest'ultimo.

Qualora l'indagine conduca a risultati positivi, può ipotizzarsi che il pagamento non sia esigibile dal creditore, che di norma assume le vesti di un intermediario bancario o finanziario. L'inesigibilità inibisce la responsabilità per il ritardo nell'esecuzione della prestazione ma può risolversi in un mero rimedio palliativo se il debitore in stato di difficoltà economica, una volta spirato il periodo di sospensione, si trovi a dover corrispondere, oltre alle rate temporaneamente sospese, anche quelle nuove, secondo le scadenze temporali sancite in principio. Per evitare la formazione di un imbuto finanziario, in cui il beneficio iniziale sia vanificato da un successivo restringimento del canale applicativo della buona fede, è auspicabile un riequilibrio del rapporto negoziale attraverso l'avvio di nuove trattative. La soluzione adeguatrice, peraltro, sembra imporsi anche laddove vi sia l'esigenza di contenere l'importo delle rate,

¹⁴⁹ In questi termini F. PIRAINO, *Contratto ed emergenza sanitaria in Italia*, in *Revista de Direito da Cidade*, 2021, XIII, pp. 1575-1576.

al fine di non gravare il debitore di oneri iniqui¹⁵⁰.

Più voci hanno sottolineato che l'ipotesi di un obbligo *ex lege* di rimodulare in via convenzionale il rapporto sacrificerebbe in maniera eccessiva il valore della certezza giuridica¹⁵¹. Non è pacifico, infatti,

¹⁵⁰ La modifica convenzionale dell'importo della rata deriva in genere dalla rimodulazione del tasso di interesse. In via generale può notarsi che, a fronte del periodo di inesigibilità del credito pecuniario, si potrebbe manifestare la necessità di ricalcolare proprio tale soglia percentuale. La soluzione di spalmare sull'intero capitale residuo gli interessi maturati durante la sospensione, in misura automaticamente pari al tasso pattuito nel contratto di finanziamento (v. nota 123, con particolare riferimento al citato orientamento dell'ABF, sviluppatosi intorno alle ipotesi di moratoria *ex lege*), non appare sempre adeguata, perché potrebbe implicare un onere illegittimo per il mutuatario, in violazione del principio di corrispettività dell'interesse. D'altra parte, la tesi, pur suggestiva, secondo cui – durante la sospensione – il creditore maturerebbe interessi compensativi (cfr. L. SERAFINO LENTINI, *Moratoria*, cit., p. 242 ss.) non offre una tutela adeguata nei casi in cui la misura di questi ultimi superi quella degli interessi corrispettivi contrattuali. Basti pensare al caso, in verità non inconsueto, in cui gli interessi corrispettivi di un mutuo a tasso variabile assumano un valore vicino allo zero oppure un andamento persino negativo. In una siffatta eventualità, imporre al debitore il pagamento di interessi compensativi di sospensione costituirebbe un peso economico che egli non avrebbe dovuto sopportare in condizioni di fisiologia contrattuale (sul tema degli interessi negativi nei contratti di finanziamento v., tra i vari, U. MORERA e M. SCIUTO, *Due questioni in tema di tassi di riferimento "negativi"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, VI, p. 746 ss.; A. DOLMETTA, *Tasso variabile e valori negativi*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, VII; C. COLOMBO, *Il cantiere sempre aperto degli interessi pecuniari nei contratti bancari: appunti su tassi parametrati all'EURIBOR, pattuizioni floor e cap, tassi negativi, ammortamento alla francese e TAEG/ISC*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2020, II, p. 242 ss.; D. MAFFEIS, *Causa del contratto e tassi di interesse negativi*, in www.giustiziavivibile.com, 5 agosto 2016; ID., *Parametri negativi ed interessi nei finanziamenti: una replica ad Aldo Angelo Dolmetta*, ivi, 15 settembre 2016; ID., *La causa di finanziamento esclude la sopravvenienza di c.d. tassi negativi e richiede la sostituzionale, convenzionale o giudiziale, del parametro esterno divenuto durevolmente negativo*, in www.dirittobancario.it; B. CAMPAGNA, *L'inefficacia della clausola floor nel mutuo. Commento a Decisione del Collegio di Coordinamento ABF, 8 novembre 2018, n. 23294 - Pres. Rel. Massera*, in www.dirittobancario.it, novembre 2018). Il rimedio preferibile sarebbe, pertanto, la rinegoziazione del saggio degli interessi, perché potenzialmente in grado di gestire l'effetto perturbativo sull'assetto negoziale nel rispetto dell'autonomia di ciascuna delle parti, alla quale ci si affida per giungere a un ponderato (ri)equilibrio della relazione tra i contrapposti poli soggettivi. Sulla rivalutazione del ruolo dell'autonomia privata nella risoluzione di problematiche contrattuali Covid-correlate, v. R. RORDORF, *Autonomia negoziale e "giustizia del contratto" in tempo di pandemia*, in www.questionegiustizia.it, 2 marzo 2022, p. 10 ss.

¹⁵¹ Per tutti, E. FERRANTE, *Pandemia e contratto. Alcune proposte per il contenimento dell'incertezza*, in *Actual. jur. iberoam.*, XII-bis, p. 302 ss., spec. p. 310 e T. PERILLO, *Pandemia e rinegoziazione delle locazioni commerciali tra obbligo di rinegoziazione e interpretazione "ragionevole" del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, III, p. 1199. Contro la tesi della configurabilità di un obbligo *ex lege* di rinegoziare si sono talora opposte anche considerazioni di segno pratico, come quelle legate all'inefficienza dell'amministrazione giudiziaria italiana, caratterizzata da lunghi tempi di risoluzione delle controversie. I giudici, già oberati di lavoro, non riuscirebbero a far fronte all'eventuale compito di rinegoziare i contratti: in questi termini M. RABITTI, *Rinegoziazione dei contratti di impresa: obbligo o facoltà?*, in M. RESCIGNO (a cura di), *Pandemia e rapporti fra imprese*, cit., p. 67 ss., spec. p. 74 ss. L'a., per l'ipotesi in cui si volesse introdurre legislativamente un obbligo di rinegoziare i contratti incisi dal contesto pandemico, al fine di favorire la deflazione del contenzioso giudiziale suggerisce, in prospettiva *de iure condendo*, di regolamentare una forma di rinegoziazione assistita affidata a «organismi professionalmente competenti e connotati da indipendenza».

quale debba essere il contenuto di un simile obbligo¹⁵², e segnatamente in quali casi il rifiuto di accettare le modifiche proposte rappresenti un contegno illegittimo, né quali rimedi siano esperibili a fronte del suo inadempimento¹⁵³.

La portata delle prefate obiezioni, tuttavia, è suscettiva di essere ridimensionata: sia perché, da tempo, si va registrando la dequotazione della tecnica della sussunzione, a vantaggio dell'uso sempre più massiccio delle clausole generali, la cui flessibilità permette di fronteggiare situazioni – come quella pandemica – dai contorni indefiniti, che mal si prestano a essere inquadrare entro i rigidi confini di una determinata fattispecie¹⁵⁴; sia in quanto la presenza di un obbligo di rinegoziazione implica pur sempre il potere giudiziale (se non manipolativo, quantomeno valutativo) di controllo della corretta esecuzione del contratto secondo il contenuto delle clausole generali, in funzione di prevenzione e, se del caso, di repressione degli abusi delle parti. Il riscontro di un obbligo di ridiscutere l'impegno originario è comunque solo uno dei possibili esiti dell'apprezzamento del giudice, che potrà invero escludere una simile

152 Tra gli studiosi che si sono occupati del tema dell'obbligo legale o convenzionale di rinegoziare, di seguito citati senza pretesa di esaustività, vi è, anzitutto, chi ritiene che il suo oggetto si esaurisca nell'avvio delle trattative per l'adeguamento del contratto (sempre che, trattandosi di obbligo contrattuale, non sia possibile trarre indicazioni chiare dalla specifica clausola contrattuale): così A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, II, p. 667 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006, p. 134 ss.; V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli 2000, p. 263 ss. In base a una diversa corrente di pensiero, invece, le parti sarebbero assoggettate all'obbligo di contrarre nuove condizioni negoziali: in questo senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., p. 414 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004, p. 8 ss.

153 Il tema in questione, che interseca la riflessione di ampio respiro sui limiti di ingerenza del giudice nell'autonomia contrattuale, non può essere affrontato in questa sede, ove ci si può limitare a rilevare che, in linea di massima, la qualificazione della fattispecie come obbligazione di ricontrattare ovvero come obbligazione di contrarre si ripercuote sull'individuazione dei rimedi esperibili in caso di esito infruttuoso della rinegoziazione. Tendenzialmente chi sostiene quest'ultima impostazione ritiene invocabile l'intervento giudiziale ex art. 2932 c.c., volto a ottenere la sentenza che tiene luogo degli effetti del contratto modificativo non concluso (cfr., *ex multis*, F. MACARIO, o.u.c., p. 420 ss.). Opinando che il contenuto dell'obbligo si esaurisce nell'intraprendere delle nuove trattative, invece, dovrebbe concludersi che l'inadempimento, quando sia dipeso da un comportamento lesivo della correttezza, sia fonte di responsabilità risarcitoria in favore della parte diligente (per una ricostruzione della tematica, v. A. ROMEO, *Recesso e rinegoziazione*, cit., p. 110 ss.).

154 Si rimanda, al riguardo, alle autorevoli riflessioni di V. ROPPO, *Conclusioni*, in C. CICERO (a cura di), *I rapporti giuridici*, cit., p. 160, che avverte nell'ordinamento la tendenza alla «perdita della fattispecie». Imprescindibile, poi, è un richiamo all'insegnamento di P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, II, p. 160, secondo cui «Il fatto non può essere meccanicamente incasellato in una determinata fattispecie astratta, il più delle volte non rinvenibile e sempre più estranea alle tecniche legislative di un sistema caratterizzato dal pluralismo delle fonti. Al fine di individuare la disciplina più adeguata occorre che il fatto sia valutato considerando gli interessi e i valori che esprime, in relazione al contesto storico-giuridico nel quale esso si inserisce. In tal modo si garantisce il rispetto non della lettera della legge, ma del diritto, inteso come insieme indissolubile di principi e di regole».

L'adeguamento dei contratti nel contesto pandemico. Un focus sui contratti di finanziamento.

Francesco Sabiu

eventualità quando sia identificabile nell'ordinamento un altro rimedio maggiormente idoneo a rispondere ai bisogni di tutela emergenti dal contesto fattuale¹⁵⁵.

Infine l'intervento del giudice, chiamato a valutare la rispondenza del contegno delle parti nell'ambito del giudizio di responsabilità, non sarebbe caratterizzato da una discrezionalità eccessiva, in contrasto con l'autonomia privata. Ricontrata la sussistenza dei presupposti per la nascita dell'obbligo legale di rinegoziare, lo scopo dell'attività revisionale sarebbe quello di conservare il contenuto programmatico del contratto, ristabilendo l'equilibrio del sinallagma. L'autonomia negoziale, cristallizzata nell'iniziale accordo, limita sé stessa nel suo futuro esercizio e traccia un perimetro di ragionevolezza intorno all'attività giudiziale, «fissando una proporzione tra le prestazioni che non può dirsi non più voluta solo perché non si è autonomamente mantenuta e realizzata»¹⁵⁶.

¹⁵⁵ S. POLIDORI, *Emergenza epidemiologica e obblighi di rinegoziare nei contratti del calcio professionistico*, in *Actual. jur. iberoam.*, 2020, XII-bis, p. 482 ss.

¹⁵⁶ Testualmente A. PISU, *L'adeguamento*, cit., p. 205. Riconosce che il principio di proporzionalità operi come argine all'arbitrio del giudice P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli 2006, p. 391 ss. Sull'irrinunciabilità della tecnica della ragionevolezza e della proporzionalità si vedano altresì le condivisibili considerazioni di V. ROPPO, *Conclusioni*, cit., p. 159 ss.

SOMMARIO: 1. Garanzia privata infortuni: una epifania del diritto vivente, 2. L'evoluzione giurisprudenziale fino alla operazione di "reverse engineering" della garanzia ad opera delle S.U. della Suprema Corte di inizio millennio, 3. Verso una proiezione pervasiva del principio indennitario, 4. Il principio indennitario quale regolatore della logica distributiva del danno civilistico, mediante la revisione della *compensatio lucri cum damno* da parte della Suprema Corte, 5. L'insostenibile e perniciosa funzione indennitaria conferita alla garanzia privata infortuni, 6. I principali orientamenti dottrinali su natura e scopo della garanzia privata infortuni, 7. Struttura e funzione della garanzia privata infortuni, 8. Per una nuova stagione della garanzia privata infortuni: il coraggio di voltare pagina.

1. Garanzia privata infortuni: una epifania del diritto vivente

Nel panorama italiano delle assicurazioni, la garanzia privata infortuni rappresenta un *unicum*, in quanto ha mantenuto inalterato il carattere primevo del negozio assicurativo che, fin dalle sue origini, costituisce il frutto della creatività della prassi mercantile¹, rifuggendo da ogni inquadramento normativo ad opera del legislatore.

Ed invero né la codificazione ottocentesca né l'attuale Codice Civile sono riusciti nell'intento di irrigidire all'interno di un impianto normativo quel peculiare e variegato assetto di prestazioni assicurative che l'autonomia privata ha saputo divisare e conglobare all'interno di una cornice contrattuale, allo scopo di far fronte al rischio di una disgrazia accidentale: l'assicurazione infortuni ha, infatti, ricevuto esclusivamente una regolamentazione per quanto concerne la gestione del relativo portafoglio rischi da parte dell'impresa assicurativa, nell'ambito delle disposizioni attualmente contenute nel Codice delle Assicu-

¹ Per un'approfondita analisi della nascita e sviluppo dell'assicurazione, vedi: A. La Torre, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Milano, ed in particolare, per quanto concerne l'origine mercantile dell'assicurazione, a pag. 147: "in un arco di tempo molto breve, l'assicurazione a premio giunse a maturità e si consolidò nel mondo degli affari, come efficace strumento protettivo dei traffici, senza conformarsi ad altre regole fuorchè a quelle via via emerse dal *mos mercatorum*. E anche se, più tardi, non mancò qualche significativa esperienza di intervento regolatore da parte del potere pubblico, come le famose ordinanze di Barcellona (verso la fine del secolo XV), tale disciplina normativa non fece, essa stessa, che conformarsi al modello contrattuale già ampiamente elaborato dalla prassi mercantile".

razioni Private².

Questa singolare caratteristica ha contribuito, unitamente ad una sapiente politica commerciale delle imprese assicuratrici, al fiorente sviluppo della garanzia infortuni privati che, dai suoi primordi, coevi alla rivoluzione industriale³, ha registrato una sempre più marcata affermazione, fino a segnare un forte slancio a metà del novecento⁴, in coincidenza con l'avvento della società del benessere, per poi consolidarsi negli anni successivi con un meno accentuato ma costante trend di crescita che dura fino

2 D. Lgs. 7 settembre 2005 n. 209, Art. 2 (Classificazione per ramo) c.3 "Nei rami danni la classificazione dei rischi è la seguente: 1 Infortuni (compresi gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali); prestazioni forfettarie; indennità temporanee; forme miste; persone trasportate". Va rilevato come tale collocazione della garanzia privata infortuni nei rami danni abbia esclusiva valenza sotto il profilo gestionale-contabile e non abbia alcuna rilevanza ai fini della sua classificazione sotto il profilo civilistico.

3 In Inghilterra nel 1848 fu fondata la Railway Passengers Assurance Company e venne registrata, quale Universal Casualty Compensation Company, avente per oggetto sociale quello di "...grant assurances on the lives of persons traveling by railway and to grant, in cases, of an accident not having a fatal termination, compensation to the assured for injuries received under certain conditions". L'offerta assicurativa della compagnia prevedeva coperture con premi differenziati in rapporto alla classe di tariffa ferroviaria del biglietto, in considerazione dei maggiori rischi per i passeggeri in seconda e terza classe, derivanti dal fatto che le carrozze sulle quali viaggiavano erano prive di copertura. Storicamente essa rappresenta la prima compagnia dedicata all'assicurazione privata infortuni, anche se inizialmente il suo business fu limitato ai soli infortuni ferroviari, settore nel quale è stata una compagnia pioniera. Come evidenzia A. Fedeli, *Le Assicurazioni Infortuni*, in *Manuale di Tecnica delle Assicurazioni*, a cura di A.D. Candian - S. Paci, Tomo secondo, Milano, pag. 1185-7: "Le origini del ramo in Italia risalgono alla fine dell'800, epoca a partire dalla quale le compagnie sottoscrissero, con carattere di continuità e con criteri industriali, le assicurazioni infortuni allora chiamate "disgrazie accidentali. Risulta dalla pubblicazione commemorativa del primo centenario di attività delle Assicurazioni Generali che quella compagnia abbia sottoscritto assicurazioni infortuni fin dal 1881 nel territorio italiano raccogliendo premi che rappresentavano una piccola quota (3%) del totale dei rami elementari. In effetti sul finire del XIX secolo l'industrializzazione e la diffusione dei mezzi di trasporto meccanici avevano fatto sorgere il bisogno di tutelare le persone dai rischi legati a situazioni di pericolo che, rispetto ad un contesto sociale modulato su un'economia agricola ed artigianale, costituivano motivo di allarme." "In effetti il sorgere e la diffusione dell'assicurazione infortuni, non solo in Italia, ma anche negli altri Paesi industrializzati, sono strettamente legati allo sviluppo dell'industria e dei mezzi di trasporto meccanici. Infatti, prima della metà del XIX secolo si erano avute sporadiche forme di assicurazione paragonabili alle moderne garanzie infortuni, ma nessuna di esse aveva assunto dimensioni o carattere di continuità degni di rilievo".

4 Come riporta U. Izzo in *La giustizia del beneficio*, Collana Università di Trento Facoltà di Giurisprudenza, 2018, pag. 221 *sub* nota 5: "L'importo della raccolta premi del ramo conobbe un incremento vicino a 6.000% fra il 1938 e il 1952, secondo i dati tratti dall'annuario ANIA del 1954 e ripresi da A. Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano 1956, pag. 509, *sub* nota 2.

ai nostri giorni⁵.

Tuttavia, la circostanza di essere un contratto socialmente tipico, in quanto espressione delle quotidiane transazioni commerciali, ha comportato, accanto al vantaggio di una sua capillare diffusione, anche la difficoltà di una sua sistemazione giuridica che andasse al di là di una mera atipicità legale per approdare verso una più precisa connotazione, in considerazione del rigido impianto dicotomico a mezzo del quale il legislatore aveva nel frattempo provveduto a sistemare l'esperienza contrattuale assicurativa.

Le coordinate all'interno delle quali il Codice Civile del 1942 aveva elaborato in termini sistematici l'intera esperienza assicurativa poggiavano, infatti, esclusivamente su due soli fenotipi di contratto: un contratto con funzione indennitaria rispetto al rischio di danno ad una cosa ed un contratto di carattere previdenziale in ordine ad eventi di rischio attinenti alla vita umana (art. 1882 c.c.).

Diversamente da altri ordinamenti giuridici, seppure culturalmente vicini⁶, il legislatore italiano non intese dunque attribuire uno statuto formale autonomo a quelle tipologie di coperture assicurative contro i rischi di incidenti, invalidità, malattie, vecchiaia, riunificabili nel sintagma di assicurazioni di

⁵ Come si evince dalla Pubblicazione di ANIA, L'Assicurazione italiana 2020-2021, disponibile sul sito dell'Associazione: "Per quanto riguarda il settore delle polizze individuali (a copertura di una sola persona o di un nucleo familiare), si stima che nel 2021 i premi contabilizzati siano stati pari a 2,8 miliardi, in aumento del 3,7% rispetto al 2020. Oltre il 60% dei premi sono afferenti alle garanzie assicurative invalidità permanente (totale o parziale) e infortunio del conducente. Nel dettaglio, nel 2021 la copertura per l'invalidità permanente ha rappresentato oltre il 37% dei premi (36,4% nel 2020), la quota più alta tra tutte le garanzie, mentre la garanzia infortunio del conducente è risultata pari al 24,4% del totale premi, dal 26% nel 2020. I premi afferenti alla copertura del rischio morte si sono attestati a una quota mercato pari a poco più del 12%, in linea con quelli del 2020 e a seguire con il 7,6% quelli relativi alla copertura per inabilità temporanea. La categoria "altro" (che comprende l'indennità di ricovero, il rimborso delle spese per la cura e la riabilitazione a seguito di infortunio, nonché ulteriori garanzie che non rientrano in quelle indicate o che le imprese non distinguono) rappresenta la parte rimanente dei premi contabilizzati (il 18,7%). In merito alle polizze collettive (a copertura di una pluralità di persone e il contraente stipula l'assicurazione in nome e per conto altrui), nel 2021 l'ammontare del volume premi è stimato pari a 938 milioni, in aumento del 5,0% rispetto all'anno precedente. In particolare, risulta che il 39,4% dei premi contabilizzati sia rivolto alla copertura del rischio invalidità permanente (confermandosi la principale garanzia come per le polizze individuali), in aumento (+8,5%) rispetto al 2020."

⁶ Il riferimento va all'esperienza francese, nella quale, fin dalla prima disciplina normativa delle assicurazioni, adottata con la legge del 31 luglio 1930, si optò per disciplinare in un apposito titolo (Titolo IV, artt. da 54 a 83) le assicurazioni di persone, tra le quali venivano ricomprese accanto alle assicurazioni sulla vita, le assicurazioni contro gli infortuni, l'invalidità, la malattia e la vecchiaia. Attualmente l'assicurazione infortuni risulta disciplinata nel Code des Assurances nel Titre III: Règles relatives aux assurances de personnes et aux opérations de capitalisation (Articles L131-1 à L134-5).

persone.

2. L'evoluzione giurisprudenziale fino alla operazione di "reverse engineering" della garanzia ad opera delle S.U. della Suprema Corte di inizio millennio

In origine, peraltro, la giurisprudenza assolutamente prevalente non aveva espresso ambiguità o tentennamenti circa la collocazione della garanzia contro le disgrazie accidentali, anche non mortali, nell'uno o nell'altro polo del sistema codicistico, apparendo di immediata evidenza non solo come la disgrazia accidentale fosse da ascrivere ad un evento attinente la vita umana ma anche come la perdita di quest'ultima e persino la compromissione della integrità fisica della persona stessa fossero irriducibili ad una nozione di danno patrimoniale, oggetto di valutazione economica e traducibile in un preciso importo indennitario⁷.

⁷ Cassazione Civile, 12 ottobre 1961 n.2095, secondo la quale: "mentre l'assicurazione contro i danni riflette le cose materiali ed inanimate, suscettibili quindi di proprietà e soggette, per se stesse, ad una obiettiva determinazione di valore, come emerge dalla correlativa norma di legge, l'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali riguarda la vita umana e le parti del corpo umano, le quali non possono considerarsi, sia pure per determinati e limitati effetti, come una cosa di cui l'individuo possa dirsi proprietario ed a cui possa egualmente attribuirsi un valore economico specifico, che non superi un certo limite. Ripugna, infatti, che il contratto di assicurazione contro gli infortuni individuali possa esser concepito come un semplice contratto di indennità, volto a riparare i danni risentiti, in conseguenza di infortunio, da quel particolare bene qual è, senza dubbio, la vita e la integrità fisica, anche per il contrasto della rappresentazione anzidetta con le concezioni etiche universalmente ricevute, che non sono e non possono restare estranee all'ordinamento positivo". Anche in Cassazione Civile 9 settembre 1968 n.1915 viene sostenuta l'assimilabilità della garanzia infortuni a quella sulla vita, in quanto entrambe "si atteggiavano ad una vera e propria misura di previdenza". La decisione prosegue motivando che mentre nell'assicurazione contro i danni "il danno viene considerato in riferimento a cose materiali ed inanimate, suscettibili di proprietà e soggette perciò, per se stesse, ad una obiettiva valutazione economica, nell'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali quello che viene in considerazione è invece il corpo umano, nella sua interezza e nelle sue singole componenti, e cioè un bene tutt'affatto particolare, rispetto al quale, per la concezione etica che gli ordinamenti dei paesi civili, e quindi anche del nostro, hanno della vita umana, non è configurabile un puro e semplice contratto d'indennità come efficace strumento di riparazione del danno prodottosi. La pronuncia continua ancora rilevando: "E ad ulteriore conferma dell'assoluta impossibilità di applicare all'assicurazione sulla vita il regime dell'assicurazione contro i danni non è superfluo rilevare che, mentre in quest'ultima la misura del risarcimento è facilmente determinabile in quanto va ragguagliata alla diminuzione o alla perdita che la cosa ha subito nel suo valore intrinseco, con la conseguenza che l'assicurato non può realizzare un vero e proprio lucro, trovando l'indennizzo risarcitorio il suo limite naturale nella effettiva entità del danno sofferto, nell'assicurazione sulla vita (che rimane tale, ovviamente, anche nel caso che, come nella specie, quale evento di danno siano in essa previste al tempo stesso la morte e la lesione, essendo sufficiente la prima delle due previsioni a qualificarne la vera essenza) tale determinazione ha viceversa come unico suo parametro il valore che alla vita dell'assicurato, e quindi alla di lui integrità fisica, è stato dichiaratamente attribuito nella polizza, a nulla rilevando che tale valore possa risultare sproporzionato rispetto alla limitata capacità produttiva dell'assicurato stesso o che ad esso il danno economico effettivamente risentito dall'erede o dal beneficiario dell'assicurazione in genere, sia di gran lunga inferiore".

Questa uniformità del formante giurisprudenziale ben presto venne però a sfaldarsi proprio in coincidenza con la straordinaria espansione del ramo infortuni registratasi agli inizi della seconda metà del secolo scorso, quando, con particolare riguardo alla prestazione assicurativa per le conseguenze invalidanti dell'infortunio, presero a farsi strada pronunce delle Corti, sia di legittimità, sia di merito, favorevoli al suo inquadramento quale garanzia danni, soprattutto ove in polizza venissero espressamente richiamate alcune disposizioni del plesso normativo codicistico, quali l'art. 1916 c.c. o l'art. 1910 c.c., ritenute espressioni inequivocabili del principio indennitario⁸.

Il *clivage* determinatosi in sede giurisprudenziale rifletteva anche posizioni emergenti in sede dottrina, tese a valorizzare una funzione riparativa della garanzia per le conseguenze non mortali dell'infortunio⁹ e comunque non si traduceva in un contrasto esacerbato, anzi, le varie pronunce cercavano di sottrarsi alle strettoie del letto di Procuste costituito dal sistema bipolare codicistico, contemperando l'applicazione di disposizioni dell'uno o dell'altro plesso normativo, nel rispetto dell'assetto di interessi divisato dalle parti nel contratto e nella consapevolezza della intrinseca atipicità del negozio¹⁰.

L'atteggiamento flessibile adottato dalla giurisprudenza coincideva con la visione che della garanzia infortuni aveva espresso l'industria assicurativa in un Convegno tenutosi a Napoli e ad Ischia nell'ottobre

8 Con riguardo all'art. 1910 c.c., vedi Cassazione Civile, 19 marzo 1980 n.1832 in Rep. Foro it., voce Assicurazione (contratto di), n.113, per la quale: "nell'esercizio del potere di autonomia riconosciuto dall'ordinamento, la parti possono disciplinare determinate situazioni giuridiche indipendentemente dall'esistenza di una norma di legge, non avente carattere imperativo, che già le regoli in via generale ed astratta, eventualmente derogando a tale disciplina normativa; pertanto, è legittima la clausola di un contratto di assicurazione contro gli infortuni, che statuisca l'obbligo dell'assicurato di comunicare all'assicuratore l'eventuale stipulazione di un altro contratto di assicurazione e che importi in caso di omissione, ancorchè non dolosa, l'esclusione dell'obbligo di indennizzo, attesa la sua difformità dal disposto del comma 2 dell'art. 1910 c.c. avente natura non inderogabile, in quanto non compreso nella elencazione dell'art. 1932 c.c." Per la derogabilità della previsione codicistica dell'art. 1916 c.c., vedi Cassazione Civile, 23 novembre 1965 n.2405 in Foro It., 1965, I,2037, mentre per la tesi che la precitata norma esplica funzione indennitaria, evitando il cumulo di diritti a favore di uno stesso soggetto vedi: Cassazione Civile, 7 settembre 1966 n.2336 in Foro it., 1966, I, 2019.

9 A. Durante, Manuale per l'assicurazione facoltativa infortuni, Milano, 1973, 76 s.: "contrariamente a quanto si ritiene di solito, oggetto dell'assicurazione non è la vita umana, e nemmeno il corpo dell'uomo, ma la capacità di lavoro e di guadagno, vale a dire un "bene" valutabile e commerciabile, tanto è vero che forma la base del contratto di lavoro, e che nelle lesioni personali o nell'omicidio ammette un risarcimento in rapporto alla riduzione o eliminazione di valore".

10 Cassazione Civile, 27 novembre 1979 n.6205, in Ass. 1981, II, I,105 per la quale: "l'assimilazione in via analogica, sostenuta da parte della dottrina e giurisprudenza, tra l'assicurazione volontaria sugli infortuni e quella sulla vita non può essere totale ed assoluta".

del 1961 e che, formalizzata in un documento conclusivo¹¹, può essere sintetizzata nei termini seguenti:

- ✓ la garanzia infortuni è assicurazione di persone, in quanto avente ad oggetto la invalidità o la morte da infortunio e, di conseguenza, non può essere assoggettata alle disposizioni regolanti le assicurazioni di cose né, per contro, essere assimilata ad un'assicurazione sulla vita;
- ✓ essa presenta dunque caratteristiche proprie che si riflettono nell'assetto contrattuale stabilito dalle parti in polizza, nella quale è possibile, pur rispettando le norme inderogabili di cui all'art. 1932 c.c., predisporre una autonoma normativa negoziale per le garanzie in essa dedotte, eventualmente inserendo (art. 1910 c.c.) od escludendo (art. 1916 c.c.) specifiche disposizioni ed in tal modo attribuendo o meno valenza indennitaria alla prestazione;
- ✓ nelle ipotesi in cui le disposizioni contrattuali non si prestassero ad univoche interpretazioni, ad essa dovrebbero essere applicabili senz'altro le disposizioni generali in materia di contratto di assicurazione, solo quelle compatibili con la circostanza che oggetto della copertura sono rischi (invalidità e morte) che attengono alla persona umana, per quanto concerne il plesso normativo dedicato alle assicurazioni danni, mentre rimarrebbero inapplicabili le disposizioni sulle assicurazioni vita, alle quali la garanzia non potrebbe essere assimilata, ed in particolare la norma dell'art. 1924 c.c. sul mancato pagamento dei premi.

Nel documento, veniva, in sostanza, accolta dall'industria assicurativa la tesi del *tertium genus*, autorevolmente prospettata in dottrina dal Salandra¹² in occasione della entrata in vigore del Codice Civile, in quanto considerata la più adeguata anche per accompagnare lo sviluppo commerciale del ramo in un contesto economico in pieno sviluppo.

Ad essa, tuttavia, si contrapponeva una posizione, altrettanto autorevole¹³, secondo la quale, nel rispet-

¹¹ Il documento risulta pubblicato in A. La Torre, Un convegno di studi sull'assicurazione infortuni, in ID. Cinquant'anni col diritto, II, Milano 2008, pag.557 e segg.

¹² V. Salandra, Natura giuridica dell'assicurazione facoltativa infortuni, in Ass., 1942, II, pag.119, il quale osservava che "se anche i danni prodotti alla persona sono suscettivi di valutazione economica (...) la valutazione non ha qui luogo, come avviene nell'assicurazione contro i danni, a posteriori, in modo che il risarcimento corrisponde senza superarlo, al danno economico effettivamente sofferto dall'infortunato o in caso di morte dai suoi familiari come imporrebbe di fare il principio indennitario".

¹³ G. Fanelli, La "summa divisio" delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema, in Studi in onore di Alberto Asquini, pag. 407, il quale facendosi promotore della tesi del contratto misto, sosteneva che "la soluzione del *tertium genus* non è affatto (...) una soluzione per i problemi del ramo infortuni o di qualsiasi altro ramo che, a prima vista, possa sembrare estraneo sia alla disciplina delle assicurazioni contro i danni (art. 1904-1918) sia a quella delle assicurazioni sulla vita (art. 1919-1927)".

to del sistema bipolare codicistico, la garanzia relativa agli infortuni non mortali poteva agevolmente collocarsi all'interno delle assicurazioni danni, atteso che alla menomazione dell'integrità fisica del corpo umano veniva data in polizza una valutazione patrimoniale (art. 1908 c.c.) e dunque risultava imprescindibile l'applicazione del principio indennitario, al fine di evitare che l'autonomia privata utilizzasse il contratto a scopi speculativi: si proponeva dunque la figura di un contratto misto nel quale, accanto alla causa previdenziale propria della garanzia caso morte, conviveva una funzione compensativa per le altre prestazioni dedotte in polizza, ivi compresa quella relativa alle menomazioni di carattere permanente residue a seguito dell'evento infortunistico.

Il formante giurisprudenziale, nonostante si facessero sempre più frequenti pronunce tendenti a sottolineare la funzione compensativa della copertura, qualora in essa fosse inserito il richiamo a disposizioni codicistiche proprie del ramo danni ad opera dell'autonomia contrattuale delle parti, fino agli ultimi decenni del secolo scorso ha sempre rifuggito da un rigido inquadramento della garanzia infortuni, optando per ricostruzioni che sapientemente riuscivano a far prevalere funzione previdenziale o funzione riparatoria in base a quanto concretamente articolato dalle parti in polizza.

Sul finire del secolo scorso, però, in tale panorama si distinguevano alcune decisioni che già costituivano segni premonitori della successiva svolta indennitaria che avrebbe segnato il formante giurisprudenziale: sul finire degli anni '80 alcune pronunce¹⁴ sancivano la natura di debito di valore dell'obbligazione dell'assicuratore per la garanzia infortuni non mortali, in quanto avente funzione reintegrativa della perdita subita dall'assicurato e dunque da collocare nell'ambito delle assicurazioni contro i danni; mentre a metà degli anni '90 una pronuncia¹⁵ affermava l'applicabilità, non in quanto espressamente richiamato dalle parti in polizza, bensì *ex proprio vigore*, dell'art. 1910 c.c., quale espressione del principio indennitario, al fine di evitare che l'assicurato potesse, mediante la stipula di diversi contratti per il medesimo rischio, effettuare operazioni speculative con la percezione di una pluralità di indennizzi, conseguendo così un indebito arricchimento, con evidenti effetti pregiudizievoli non solo per le imprese di assicurazione ma anche per l'economia in generale.

Proprio la questione dell'applicabilità o meno della disciplina dettata nell'art. 1910 c.c. all'assicurazione

¹⁴ Cassazione Civile, 3 maggio 1986 n.3017, in Giust. Civ. 1986 I, 2831; Cassazione Civile n.4883/1987; Cassazione Civile n.661/1988, giurisprudenza più recentemente confermata da Cassazione Civile, sez. III, sentenza 12/02/2008 n° 3268.

¹⁵ Cassazione Civile, 4 agosto 1995, n. 8597, in Giust. civ. Mass., 1995, 1486.

infortuni ha costituito la base sulla quale la Suprema Corte, agli inizi di questo millennio (Cassazione Civile Sezioni Unite, 10 aprile 2022 n.5119), ha operato un processo di reingegnerizzazione della garanzia, non tanto risolvendo, come ha ammesso la stessa Corte, un contrasto su "l'inquadramento dell'assicurazione contro gli infortuni nell'ambito di uno dei due tipi di assicurazione legislativamente disciplinati, con conseguente integrale applicazione delle rispettive discipline", quanto valutando la "compatibilità e coerenza con tale assicurazione" della disciplina codicistica in tema di assicurazioni plurime.

Alla questione viene data risposta positiva, senz'altro in relazione ai primi due commi della norma, proprio in quanto ritenuta norma a presidio del principio indennitario, trovando poi una formale conferma della funzione indennitaria della garanzia infortuni nell'espresso richiamo alle "assicurazioni contro le disgrazie accidentali" contenuto nell'art. 1916 c.c. in tema di diritto di surroga dell'assicuratore.

Il combinato disposto delle due disposizioni consente quindi alla Suprema Corte di asserire in modo inequivocabile che "l'infortunio è sicuramente evento produttivo di danno per l'assicurato" sia esso danno patrimoniale ovvero biologico, ragion per cui la relativa garanzia non può che soggiacere ai vincoli dettati dal principio indennitario, in funzione preventiva alla realizzazione di fini di lucro.

Né alla qualifica dell'infortunio quale "evento dannoso da indennizzare" può essere di ostacolo la determinazione in polizza della "misura dell'indennizzo" in una somma capitale a discrezione delle parti, in quanto proprio in ambito di assicurazioni danni viene dal legislatore espressamente riconosciuta la liceità di una polizza stimata (art. 1908 c.c.).

La perentorietà del *dictum* viene però ad essere subito mitigata, paventando la difficoltà pratica circa l'applicazione alla garanzia infortuni non mortali dei successivi due commi dell'art. 1910 c.c., relativi all'obbligazione solidale degli assicuratori plurimi ed al conseguente diritto di regresso, con la motivazione, non aliena da contraddizione, della "peculiarità dell'assicurazione infortuni", quale "assicurazione di persone e non di cose" tale da comportare "conseguenti difficoltà di rapportare la misura dell'indennizzo ad un danno di consistenza obiettivamente accertabile".

La nozione di infortunio quale "evento dannoso da indennizzare" viene invece completamente a soccombere a fronte di una disgrazia accidentale provocante conseguenze non invalidanti bensì mortali, atteso che, a giudizio del supremo consesso, in tal caso l'evento non sarebbe più produttivo di un danno alla persona ma si risolverebbe in un rischio lesivo della vita umana.

La riscontrata duplicità di rischio insita nel medesimo contratto porta la Corte ad obliterare, con ri-

guardo agli infortuni mortali, le considerazioni fin qui svolte a supporto dell'applicazione del principio indennitario all'infortunio invalidante ed a proporre per il contratto una "disciplina di tipo misto".

Nell'infortunio con conseguenze mortali, infatti, secondo i giudici di legittimità, si assiste ad uno schema "del tutto simile a quello dell'assicurazione sulla vita" nel quale beneficiario della prestazione assicurativa "non è l'assicurato sul quale incide l'evento morte, ma un terzo" per cui vengono meno le finalità di lucro e di locupletazione determinate appunto dalla scissione tra la persona dell'assicurato, titolare dell'interesse garantito, e quella del beneficiario della prestazione economica dedotta in contratto.

Ne discende la necessaria applicazione delle disposizioni del plesso normativo codicistico relativo alle assicurazioni sulla vita (in particolare art. 1919 e 1920 c.c.), mentre risulterà inadeguato il ricorso alle norme disciplinanti le assicurazioni di cose.

In specie, la Suprema Corte esclude decisamente "la vigenza del principio indennitario" per gli infortuni mortali, di cui risulta espressione l'art. 1910 c.c., difettando ogni finalità di indebito arricchimento, così come ogni incentivo alla provocazione dolosa del sinistro, da parte dell'assicurato "per il naturale istinto di conservazione", potendo comunque l'assicuratore avvalersi per ogni eventuale tentativo di frode ai suoi danni della disposizione dell'art. 1900 c.c. in materia di disciplina generale sul contratto di assicurazione.

Un discorso meno risoluto e più articolato viene invece svolto con riguardo all'altro caposaldo del principio indennitario, identificato nella surroga ex art. 1916 c.c., la cui applicabilità, pur esclusa in via di principio, potrebbe tuttavia trovare valido fondamento in quelle situazioni in cui i terzi beneficiari della garanzia infortuni mortali, coincidano, quali prossimi congiunti del *de cuius*, con i titolari del diritto al risarcimento dei danni nei confronti del terzo responsabile dell'evento: la norma, in questa specifica ipotesi, potrebbe costituire efficace strumento allo scopo di impedire il cumulo in capo ai medesimi soggetti di prestazioni economiche, seppure provenienti da titoli diversi (risarcitorio da illecito civile

ed indennitario da garanzia assicurativa)¹⁶.

Si può senz'altro affermare che con questa pronuncia la Suprema Corte abbia effettuato una operazione di reingegnerizzazione della garanzia, lasciando, peraltro, alcuni insoddisfatti¹⁷, anche perché costellata da una serie di contraddizioni ed aporie, riuscendo, tuttavia, nell'intento di imbrigliare all'interno del sistema binario codicistico quel peculiare assetto contrattuale che la prassi mercantile aveva nel tempo costruito in funzione protettiva avverso le disgrazie accidentali: una operazione finalizzata però, come si vedrà, ad un preciso obiettivo.

Come ogni operazione di *reverse engineering* che si rispetti, la Corte è partita dall'indagine sulla prestazione erogata (indennizzo a ristoro di un danno/somma capitale anche in assenza di danno) a seguito della disgrazia accidentale, identificandone natura e funzione, per poi risalire, a ritroso, alla qualificazione della garanzia che quella prestazione promette quale mitigazione del rischio coperto.

Nella "*pars destruens*" del processo ricostruttivo, viene spazzata via ogni teoria precedentemente avanzata, sia in sede dottrinarica sia in sede giurisprudenziale, cancellando le due visioni totalizzanti, rispettivamente quella previdenziale e quella indennitaria, ma anche il tentativo di costruire un *tertium genus*, e, nonostante all'apparenza possa sembrare il contrario, anche la teoria del contratto misto.

Infatti, venendo alla "*pars construens*", la nuova struttura della garanzia poggia su due eventi di rischio (evento di danno alla persona/evento attinente alla vita umana) cui corrispondono due diverse garanzie (garanzia danni/garanzia vita) funzionalmente preposte a due distinte cause (causa indennitaria/causa previdenziale) all'interno di un'unica operazione negoziale che, pertanto, viene a conglobare in sé due differenti contratti collegandoli tra di loro.

16 In senso contrario e per l'assoluta inapplicabilità del meccanismo della surroga nel caso di garanzia infortuni mortali, qualificata quale assicurazione sulla vita, si è espressa di recente Cassazione Civile Sez. III, 8 aprile 2021 n. 9380: "se infatti l'assicuratore del "ramo vita" con l'adempiere alla obbligazione derivante dalla polizza, attribuendo la somma prevista - in forma di capitale o rendita - al beneficiario, non soddisfa alcun credito risarcitorio vantato da quest'ultimo nei confronti del terzo responsabile del danno, prescindendo la prestazione dell'assicuratore dalla esistenza e dalla entità del pregiudizio subito dal beneficiario derivante dall'atto illecito, viene meno la stessa possibilità di attuazione del meccanismo surrogatorio, non essendo l'assicuratore chiamato ad adempiere "a causa" dell'illecito, ma "a causa" dell'evento della morte dell'assicurato, e cioè della verifica del rischio oggetto della polizza". Per un commento in merito, vedi: F. Pes, L'assicurazione infortuni: natura, cumulo di prestazioni e limiti alla prestazione dell'impresa, in Resp. civ. e prev. n.3/2022 pag. 902 ss.

17 G. De Zuccato, Una sentenza alquanto deludente sulla natura giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni, in Diritto ed Economia dell'Assicurazione, n.1-2, gennaio 2003 pag. 542 segg.

Tuttavia, "la coesistenza, in un unico modello di polizza, di due distinti contratti collegati" viene teorizzata, non per mero intento classificatorio, giacché la stessa Corte aveva premesso che non si trattava di risolvere un semplice problema di inquadramento normativo della polizza nel sistema disciplinare dicotomico del Codice Civile, bensì ponendosi quale obiettivo finale, palesatosi vieppiù dai successivi sviluppi giurisprudenziali, la dilatazione dello spettro di azione del principio indennitario con un'ampiezza tale da abbracciare anche la sfera del danno alla persona, concepito quale pregiudizio di esclusiva natura patrimoniale.

Ponendosi agli antipodi del risalente orientamento giurisprudenziale "che riteneva ripugnante al diritto ed alla morale attribuire un valore al corpo dell'uomo"¹⁸, la Suprema Corte senza esitazione concepisce la disgrazia accidentale invalidante quale evento dannoso che, intaccando la integrità del corpo umano, ne compromette le potenzialità produttive di ricchezza, ragion per cui la prestazione compensativa prevista in garanzia deve soggiacere alla ferrea logica del principio indennitario, vigente nelle assicurazioni contro i danni a cose, volta a scongiurare forme di locupletazione derivanti dall'attribuzione di importi in misura superiore al pregiudizio fisico effettivamente sofferto.

Non frapponne ostacoli al traguardo della piena realizzazione del principio indennitario in ambito infortuni invalidanti, l'evidenza, emergente dalla prassi mercantile, della determinazione contrattuale della somma assicurata: anzi, a parere dei giudici di legittimità, l'espressa previsione codicistica nelle assicurazioni contro i danni (art. 1908 c.c.) secondo cui "il valore delle cose assicurate può essere tuttavia stabilito al tempo della conclusione del contratto, mediante stima accettata per iscritto dalle parti" costituisce autorevole conferma della propugnata tesi.

Sullo sfondo di questa visione fagocitante del principio indennitario si staglia la concezione di un *homo oeconomicus*, volto alla massimizzazione della ricchezza, per cui l'evento aleatorio della disgrazia accidentale potrebbe incidere in tale sua esclusiva dimensione, traducendosi in danno di natura patrimoniale.

Appare poi evidente come la Corte sia mossa dall'assillo che il comportamento opportunistico (*moral hazard*) dell'assicurato lo possa spingere ad un utilizzo illecito del contratto assicurativo, a meri scopi speculativi, fino ad arrivare a paventare "l'incentivo alla provocazione volontaria del sinistro anche mediante forme di autolesionismo"

¹⁸ Vedi: Cassazione Civile, 12 ottobre 1961 n.2095, citata in nota 7.

Unica forma di prevenzione verso queste forme di locupletazione e distorsione della garanzia viene ravvisata nel baluardo costituito dal principio indennitario, sotto la cui protezione attrarre anche la garanzia contro la disgrazia accidentale, persino quella mortale, alla quale, non senza evidente contraddizione¹⁹, la Suprema Corte ritiene applicabile, nella eventualità in cui i prossimi congiunti dell'assicurato risultino anche titolari del diritto al risarcimento verso il terzo responsabile dell'infortunio mortale, il diritto di surroga ex art. 1916 c.c., volto appunto ad impedire la locupletazione derivante dal cumulo di beneficio assicurativo e risarcimento nel loro patrimonio.

Se si vogliono definire i capisaldi a cui è approdato questo processo di reingegnerizzazione della polizza infortuni, essi possono agevolmente essere sintetizzati in questi termini:

- ✓ scissione del rischio di disgrazia accidentale, in base alla distinzione tra i due beni colpiti: salute e vita;
- ✓ enucleazione dei due eventi in cui essi vengono ad estrinsecarsi sulla persona dell'assicurato: evento invalidante ed evento mortale;
- ✓ qualificazione dell'evento invalidante quale evento dannoso, in quanto lesivo della integrità fisica della persona, concepita esclusivamente in funzione della sua capacità lavorativa e, pertanto, incidente sulla sua sfera economico-patrimoniale;
- ✓ convivenza all'interno della polizza infortuni di due distinte funzioni: funzione indennitaria per la garanzia contro le disgrazie invalidanti e funzione previdenziale per la garanzia caso morte;
- ✓ conseguente espansione del principio indennitario, nelle sue epifanie di cui agli artt. 1910 e 1916 c.c., quale cardine inderogabile delle assicurazioni contro i danni a cose, alla disciplina delle assicurazioni contro le disgrazie accidentali invalidanti e, nella sua precipua funzione preventiva rispetto a forme di locupletazione, applicabile, mediante l'istituto della surroga, anche alle disgrazie mortali, nelle circostanze di cumulo di beneficio assicurativo e di risarcimento in capo ai prossimi congiunti dell'assicurato deceduto per fatto illecito di terzi.

A distanza ormai di un ventennio, si può senz'altro affermare che di questo arresto giurisprudenziale di inizio millennio sia stata colta essenzialmente la sua valenza di tentativo di incanalare nel sistema binario codicistico una garanzia frutto della prassi mercantile e di cui il formante giurisprudenziale, fino ad allora, aveva sostanzialmente rispettato la innata irriducibilità a schemi dogmatici rigidi e precostituiti,

¹⁹ La contraddizione è data dalla qualifica della garanzia infortuni caso morte quale assicurazione sulla vita e dunque tipo contrattuale non ispirato al principio indennitario bensì a quello previdenziale.

mentre non può essere sottaciuto come siano passati inosservati o non adeguatamente evidenziati alcuni assunti che hanno costituito il fondamento della operata ridefinizione della garanzia privata infortuni.²⁰

Essi possono essere ravvisati, in una concezione del pregiudizio alla persona inferto dalla disgrazia accidentale quale evento di danno, in quanto nocumento alla sua capacità di lavoro e di guadagno e dunque suscettibile di una valutazione economica obiettiva; in una dimensione esuberante ed irretrattabile del principio indennitario; in una sua funzione preventiva rispetto a ritenute indebite locupletazioni, a paventati comportamenti opportunistici dell'assicurato, se non addirittura a suoi tentativi di frode.

Se all'epoca tali assunti potevano apparire in retroscena rispetto alla ribalta rappresentata dalla modulazione della garanzia, essi, a distanza di un decennio, verranno riscoperti e si presenteranno in veste di protagonisti sul proscenio del panorama giurisprudenziale, incidendo anche nei rapporti con la sfera del danno alla persona da responsabilità civile.

3. Verso una proiezione pervasiva del principio indennitario

In un primo tempo, non vengono colte le potenzialità innovatrici insite nella nuova classificazione e, soprattutto, nelle asserzioni che la sorreggevano, riproponendo il formante giurisprudenziale una modulazione della garanzia flessibile ed attenta all'assetto negoziale voluto dalle parti.

Appare significativa, in tal senso, l'accortezza con la quale si fa uso di istituti, quali la surroga, successivamente considerata quale tetragono dispositivo a tutela del principio indennitario, della quale ci si domanda se lo scopo sia quello di salvaguardare tale principio, vietando al danneggiato di conseguire un doppio indennizzo oppure quello di tutelare il principio di responsabilità, inibendo all'autore dell'evento dannoso illecito di avvantaggiarsi del frutto della protezione assicurativa stipulata dal danneggiato.

Si ammette, di conseguenza, il cumulo di indennizzo e risarcimento, qualora l'assicuratore abbia rinunciato al diritto di surroga, escludendone la sua automatica applicazione, in quanto produttore l'ini-

²⁰ In tal senso, U. Izzo, op. cit. pag. 256: "L'obiettivo di questa manipolazione è, in realtà, quello di lanciare la volata alla sottoposizione del contratto in discorso al dogma indennitario. E' questa la vera e più pregnante innovazione recata dalla sentenza delle S.U. del 2002, che - occorre soggiungere - era passata sostanzialmente sottotraccia negli anni che ormai ci separano da quella pronuncia, cui forse è capitato in sorte di non attirare in dottrina il livello di attenzione che avrebbe meritato di ricevere, vista l'importanza sistematica che il risultato di quella pronuncia a tutt'oggi assume".

quo risultato di un ingiustificato arricchimento del responsabile in pregiudizio della vittima dell'illecito (Cass. Civ. Sez. III, 6 dicembre 2004 n. 22883).

Il punto di svolta avviene a distanza di un decennio, quando con due coeve pronunce della Terza Sezione della Corte Suprema, ad opera dello stesso Consigliere relatore²¹, si mette a frutto quanto seminato nell'arresto di inizio millennio delle Sezioni Unite, sviluppandone le conseguenze operative ed ampliandone la portata all'ambito della responsabilità civile, con l'obiettivo ben preciso di pervenire ad una regola generale che vieti il cumulo tra prestazione con funzione indennitaria e prestazione risarcitoria.

Focalizzando l'attenzione sulla prima sentenza²², incidente proprio sulla garanzia contro le disgrazie accidentali invalidanti, richiamata la qualifica di evento dannoso dell'infortunio non mortale ed il suo inquadramento all'interno delle assicurazioni contro i danni, i giudici della Terza Sezione ne desumono la spiccata funzione indennitaria, ostativa al fatto che l'assicurato, una volta indennizzato, possa cumulare anche la prestazione risarcitoria del terzo responsabile, potendo eventualmente pretendere, in sede di risarcimento, il residuo danno non coperto dalla garanzia assicurativa.

L'aspetto innovativo della pronuncia consiste nell'attribuzione al principio indennitario di forza cogente irretrattabile e, nello stesso tempo, di potenzialità pervasive che oltrepassano la sfera del rapporto assicurativo per invadere gli ambiti di pertinenza della responsabilità civile ed interferire con le finalità ad essa precipue.

Se dunque il pregiudizio alla persona arrecato dall'infortunio invalidante si risolve in un danno patrimoniale, eliso dalla funzione compensativa della garanzia assicurativa, la forza dirompente e cogente del principio indennitario ad essa sotteso, attraverso la *longa manus* dell'istituto della surroga, impedisce all'assicurato di poter vantare nei confronti dell'autore dell'illecito altra forma di ristoro patrimoniale (fatta ovviamente salva la *pecunia doloris*), in quanto, diversamente, verrebbe a conseguire una indebita locupletazione.

Ritorna il tema assillante del comportamento opportunistico dell'assicurato, dell'ingenerarsi di un suo

21 Cassazione Civile, Sez. III, 11 giugno 2014 n.13233 e Cassazione Civile, Sez. III, 13 giugno 2014, n.13537, entrambe con giudice relatore il dott. Marco Rossetti.

22 Cassazione Civile, Sez. III, 11 giugno 2014 n.13233.

interesse positivo²³ all'avverarsi del sinistro, con una distorsione del contratto assicurativo a scopi speculativi se non addirittura fraudolenti, pericoli che possono essere sventati solo mediante una automatica operatività della surroga ex art.1916 c.c., funzionale a garantire l'indefettibile applicazione del principio indennitario, ritenuto principio inderogabile di ordine pubblico economico.

Nemmeno l'argomentazione della pattuizione in polizza della rinuncia alla surroga ex art. 1916 c.c. o del suo mancato esercizio da parte dell'assicuratore possono, a detta dei giudici, costituire validi fondamenti per giustificare il cumulo di indennizzo e risarcimento, in tal modo legittimandosi un ingiustificato arricchimento da parte del danneggiato, in spregio al principio indennitario.

Invero, si contesta che la surroga costituisca un diritto potestativo, il cui esercizio sia rimesso alla discrezionalità dell'assicuratore, in quanto la proiezione espansiva del principio indennitario oltre i confini del rapporto assicurativo, consente di introdurre anche una sua innovativa lettura, confutando il consolidato orientamento giurisprudenziale che la configurava quale mero strumento rimesso alla discrezione dell'assicuratore in un'ottica essenzialmente endoassicurativa²⁴.

La liquidazione dell'indennizzo da parte dell'assicuratore infortuni elide il danno ed estingue il credito risarcitorio del danneggiato nei confronti del responsabile civile, il quale si trasmette automaticamente in capo all'assicuratore solvente, indipendentemente dalla sua volontà di volersi avvalere o meno del diritto di surroga, della cui rinuncia potrà avvantaggiarsi esclusivamente il responsabile e giammai il danneggiato/assicurato, il quale, altrimenti, verrebbe ad arricchirsi, violando il principio indennitario²⁵.

La postura stentorea di tale principio viene poi ad essere intensificata, attribuendogli una potenzialità espansiva, di cui si fa sapiente uso per giustificare, questa volta sul versante risarcitorio, la bontà della tesi del divieto di cumulo di indennizzo e risarcimento.

23 Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: M. Mazzola, Sul concetto di interesse nell'assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi, in *Rivista di diritto civile*, n. 5/2019, pag. 1200 ss.

24 Cassazione Civile, 17 maggio 1927, in *Foro It. Rep.*, 1927, voce Assicurazione (contratto di), n. 102; Cassazione Civile., 22 maggio 1959, n. 1563, in *Foro It. Rep.*, voce Assicurazione (contratto di), nn. 97-98; Cassazione Civile, 2 settembre 1998, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1998, p. 947 segg.

25 Sulla questione M. La Torre, *Compensatio lucri cum danno e diritto di surroga dell'assicuratore*, in *Rivista di diritto privato* 4/2019 pag.541 chiosa: "Sul punto va osservato che: da un lato non vi è ragione per ritenere che il credito del danneggiato, che è esistente se esercitato dall'assicuratore in surroga, non esiste più se - per rinuncia di costui - è fatto valere dal creditore originario; dall'altro, in caso di rinuncia preventiva al diritto di surrogazione (cioè per clausola di polizza), sembra fuori da ogni logica pensare che l'assicuratore pattuisca con l'assicurato la rinuncia alla surroga per favorire l'ignoto soggetto che provocherà il sinistro."

Poiché la tesi *de quo* è costruita sulla constatazione fattuale della unicità dell'evento di danno che viene a colpire il danneggiato, prescindendo da ogni considerazione circa la diversità dei titoli da cui discendono obbligazione indennitaria e risarcitoria, ritenuta del tutto irrilevante, si afferma, conseguentemente, che, qualora lo stesso dovesse ricevere dapprima il ristoro dal responsabile, l'adempimento della obbligazione *ex delicto* estingue il credito risarcitorio e dunque il danno risarcibile: venuto meno il danno risarcibile, l'adempimento dell'obbligazione indennitaria da parte dell'assicuratore non troverà più alcuna giustificazione, non essendoci più alcun danno da indennizzare.

Come non è possibile cumulare più indennizzi i quali, complessivamente, vengano ad eccedere l'ammontare del danno subito dal danneggiato, così costui non è legittimato a pretendere da un lato l'indennizzo dall'assicuratore e dall'altro il risarcimento dal responsabile civile, in quanto entrambi, indennizzo e risarcimento, assolvono alla medesima funzione compensativa dell'unico danno prodottosi in capo al danneggiato/assicurato.

La proiezione pervasiva del principio indennitario, quale fondante una concezione della integralità del risarcimento che ne viene a limitare fortemente le potenzialità²⁶, consente, mediante il rispolvero e la rilettura della tralaticia regoletta della *compensatio lucri cum damno*, di comprovare la tenuta del divieto di cumulo, operando anche sul versante del danno illecito, venendo tuttavia a sconvolgere gli equilibri che reggono le plurifunzionalità della responsabilità civile ed in particolare la finalità di deterrenza.

Il risultato operativo della decisione, derivante dalla pervasività anche in ambito aquiliano del principio indennitario, comporta, dal lato del danneggiato, una ridotta compensazione risarcitoria in ragione della detrazione dal danno risarcibile della somma liquidatagli dall'assicuratore infortuni e, dal lato del responsabile, una quasi sicura locupletazione, riuscendo nella maggior parte dei casi a sottrarsi ad un'azione di rivalsa dell'assicuratore infortuni, attesa la frequente presenza in polizza di una clausola di rinuncia alla surroga, di cui risulterebbe l'esclusivo beneficiario.

La volontà di impedire ad ogni costo ogni forma di cumulo in capo all'infortunato in ottemperanza ad una debordante concezione del principio indennitario provoca, come conseguenza, un grave *vulnus* al principio di responsabilità, consentendo all'autore del danno illecito di incamerare a proprio vantaggio

²⁶ Rileva la peculiare e limitativa nozione del principio di integralità del risarcimento, tradizionalmente concepito con una vocazione espansiva: M. Gagliardi, Il divieto di cumulo di indennità assicurativa e risarcimento del danno nelle polizze infortuni: una "polizza sulla vita" per le assicurazioni di persone? In Rivista di medicina legale e del diritto in campo sanitario, 2015, Fascicolo 2 pag. 688-698.

il frutto di un atto di previdenza dell'infortunato²⁷.

Questi costituiscono gli approdi cui perviene l'elaborazione degli spunti già presenti *in nuce* nell'intervento di collocazione sistematica della garanzia privata infortuni compiuto ad inizio secolo dalle Sezioni Unite e che negli anni successivi si vengono a consolidare con ulteriori pronunce volte ad affermare una visione dogmatica e a vocazione totalizzante del principio indennitario²⁸.

Negli anni immediatamente successivi si segnalano, infatti, una serie di decisioni, sempre della Terza Sezione della Suprema Corte, le quali:

- ✓ nella ipotesi di assicurazioni plurime infortuni, si ravvisa un onere in capo all'assicurato, qualora agisca per ottenere il pagamento dell'indennità di polizza, di provare che il cumulo fra la chiesta indennità e le somme eventualmente da lui già riscosse per il medesimo sinistro da altri assicuratori non superi l'ammontare del danno sofferto in conseguenza dell'infortunio, poiché tale circostanza rappresenta un fatto costitutivo del diritto da lui fatto valere, in quanto, ai sensi del secondo inciso del terzo comma dell'art. 1910 c.c. un danno indennizzabile sussiste solo se esso ricorre (Cassazione Civile Sez. III, 13 aprile 2015 n. 7349);
- ✓ nella ipotesi di assicurazioni plurime infortuni, si ravvisa un onere in capo all'assicurato, qualora agisca per ottenere il pagamento dell'indennità di polizza, di provare che il cumulo fra la chiesta indennità e le somme eventualmente da lui già riscosse per il medesimo sinistro da altri assicuratori non superi l'ammontare del danno sofferto in conseguenza dell'infortunio, poiché tale circostanza rappresenta un fatto costitutivo del diritto da lui fatto valere, in quanto, ai sensi del secondo inciso del terzo comma dell'art. 1910 c.c. un danno indennizzabile sussiste solo se esso

27 Osserva P. Trimarchi in *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano 2017, pag.165: "Quanto all'assicurazione contro gli infortuni e le disgrazie accidentali, merita di essere riconsiderata la rigidità con la quale la recente giurisprudenza assoggetta al principio indennitario quanto dovuto dall'assicuratore nel caso di incidente non mortale. Non persuade l'idea di ricondurre necessariamente al danno risarcibile dal danneggiante quanto pattuito nell'esplicarsi dell'autonomia negoziale in questo tipo contrattuale; e appare una forzatura ritenere che la regola della surrogazione dell'assicuratore prevista dall'art. 1916 c.4 Cod Civ. non possa essere derogata dalle parti perché espressione di un principio di ordine pubblico."

28 M. La Torre, *op. ult. cit.* pag. 542: "Se dunque, l'assicuratore rinuncia - e non certo a favore del terzo responsabile - al diritto di surrogazione, non per questo si estingue il diritto di credito (avente per oggetto il risarcimento del danno) verso l'autore del fatto illecito. Egli doveva e deve pagare il suo debito al danneggiato, debito per il quale non vi è per lui alcuna causa di esonero; né - come si è visto - il principio indennitario impedisce al creditore di riscuoterlo. Risolvere la questione in senso opposto, cioè dispensando dall'obbligo di risarcimento l'autore del danno, non si può senza incorrere in una palese violazione del principio di responsabilità."

ricorre (Cassazione Civile Sez. III, 13 aprile 2015 n. 7349);

- ✓ sempre nella fattispecie di assicurazioni plurime, la tacita rinuncia dell'assicuratore a far valere la reticenza dell'assicurato non comporta la presunzione ex art. 2727 c.c. di una tacita volontà di dar corso al contratto e che, pertanto, costituisce fatto costitutivo del diritto dell'assicurato all'indennizzo, la prova di non aver percepito indennizzi da altri assicuratori sufficienti a ristorarlo del danno subito (Cassazione Civile, Sez. III, 21 luglio 2016 N.14993);
- ✓ nella liquidazione del danno civilistico, oltre alla detrazione degli importi spettanti al danneggiato a titolo di indennità di accompagnamento ex L. 12 giugno 1984 n.222, deve essere detratto, in base alla eccezione di *compensatio lucri cum damno* (peraltro, senza pratiche conseguenze in quanto non riproposta in sede di appello né nel ricorso di legittimità), anche quanto percepito dalla vittima dal proprio assicuratore infortuni (Cassazione Civile, Sez. III, 20 aprile 2016 n.7774).

Volendo sintetizzare i passaggi fondamentali che hanno scandito questo profondo tornante giurisprudenziale che ha investito non solo la collocazione della garanzia privata infortuni ma anche i rapporti tra prestazioni del *welfare* privato e sociale e risarcimento, si possono indicare come segue:

1. inquadramento della garanzia facoltativa infortuni non mortali tra le assicurazioni danni;
2. superamento del carattere endoassicurativo del principio indennitario e sua vocazione totalizzante anche nei riguardi di terzi soggetti rispetto al contratto di assicurazione, quale principio inderogabile e di ordine pubblico;
3. automaticità dell'istituto della surroga assicurativa e nel contempo sua applicazione entro le coordinate dettate dall'inderogabilità del principio indennitario;
4. innovativa lettura della regola operativa della *compensatio lucri cum damno*, svincolata da ogni considerazione del titolo generativo delle prestazioni di cui viene a beneficiare il soggetto danneggiato ed assurta a principio generale disciplinante la determinazione del danno civilistico in base ad un mero rapporto di causalità di fatto.

4. Il principio indennitario quale regolatore della logica distributiva del danno civilistico, mediante la revisione della *compensatio lucri cum damno* da parte della Suprema Corte

La riscoperta e reinterpretazione della ormai desueta regoletta operativa della *compensatio lucri cum damno* (c.l.c.d.), costituirà poi il *trait d'union* per istituire una interconnessione tra sistema di *welfare* e sistema risarcitorio sotto l'egida del principio indennitario, quale precetto regolatore di ogni prestazione ritenuta di carattere compensativo e, ad opera di un quadruplice intervento delle Sezioni Unite

della Cassazione, verrà dato così il suggello ad una blindatura del *welfare* privato in chiave indennitaria.

La quaterna di pronunce delle Sezioni Unite emesse dalla Suprema Corte nel 2018²⁹ si pone, in realtà, quale

epilogo di questo percorso giurisprudenziale, inaugurato ben prima delle ordinanze di rinvio che le hanno promosse, e che ha costituito l'abbrivio per sollevare quel "contrasto occulto" che ha indotto il più alto consesso della giurisdizione ad interrogarsi sulla opportunità di "sottrarre dal risarcimento del danno gli emolumenti versati al danneggiato da assicuratori privati o sociali, ovvero da enti di previdenza".

L'affondo iniziale contro l'impostazione dell'orientamento tradizionale, alieno dal riconoscere rilievo ai benefici collaterali conseguiti dalla vittima dell'illecito, viene portato confutando la tesi della rilevanza del titolo in base al quale è avvenuto lo spostamento di ricchezza a favore della vittima dell'illecito mediante l'acquisizione di un beneficio collaterale, poiché, diversamente opinando, verrebbe posta nel nulla l'operatività della regola, dovendosi sempre constatare una distinzione giuridica tra tale titolo acquisitivo e quello di responsabilità, determinante la titolarità in capo al danneggiato del risarcimento.

Fatta tabula rasa di ogni comparazione giuridica fra i titoli dei flussi finanziari che pervengono da diverse fonti alla vittima di un illecito, si procede alla ricostruzione della regola in un'ottica puramente materialistica, ricorrendo alla valutazione del mero nesso causale che sostiene le varie attribuzioni a favore del danneggiato, avendo cura di precisare che tale nesso debba essere valutato nei termini della causalità adeguata, eliminando ogni distinzione tra causa e mera occasione, ritenuta ormai un retaggio della tradizione da superare.

A questo punto, però, i giudici si rendono conto che il criterio di selezione adottato rischia di far operare la regola della c.l.c.d. in termini bilancistici, quale mera operazione contabile: essi ritengono, dunque, opportuno inserire nel meccanismo operativo della c.l.c.d., quale correttivo al puro operare del nesso causale materiale, l'ulteriore criterio della rilevanza della funzione svolta dal beneficio collaterale acquisito dalla vittima a seguito dell'illecito.

Una volta intercettato il beneficio nella seriazione causale che si dipana dal fatto illecito, ne dovrà essere dunque valutata la specifica funzione svolta e, qualora collimante con quella compensativa del danno illecito, ritenuta quale finalità prioritaria del sistema della responsabilità civile, pur nella poliedricità

²⁹ Si tratta delle seguenti pronunce: Cass. civ., Sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567.

delle sue funzioni, dovrà essere portato in detrazione dal risarcimento, anche in ossequio al principio di indifferenza, in base al quale l'illecito non può costituire un pretesto di un ingiustificato arricchimento per il danneggiato.

Si paventa, pertanto, il pericolo, cercando di sventarne l'accadimento, che un generoso sistema di *welfare*, sia esso di fonte pubblica o privata, possa portare ad una locupletazione della vittima dell'illecito, inserendo il rivisitato meccanismo della c.l.c.d. in un sistema di determinazione del danno civilistico risarcibile che vede sovrapporsi il principio indennitario, non più relegato all'ambito endoassicurativo, al principio della integralità del risarcimento, inteso in una del tutto peculiare accezione³⁰.

Consapevoli della complessità della questione, i giudici di legittimità, tuttavia, abdicano alla ricerca di una soluzione di tipo generale, supportata da un impianto concettuale e dogmatico, ritenendo preferibile fornire risposte casistiche in base alle specifiche fattispecie, pur non rinunciando a formulare delle linee guida per pervenire alla soluzione del conflitto di natura distributiva generato dal concorrere di obbligazione risarcitoria e prestazioni assicurative o previdenziali.

Tecnicamente, l'operazione delineata dalla Suprema Corte parte da due assiomi:

- ✓ irrilevanza giuridica del titolo da cui proviene il beneficio;
- ✓ rilevanza assorbente del puro nesso di causalità giuridica, nella sua accezione di causalità adeguata ex art. 1223 c.c.

Il test eziologico, tuttavia, costituisce solo una premessa utile per individuare i vantaggi rilevanti, ma rappresenta l'inconveniente che, per altro verso, rende ammissibile l'acquisizione anche di quei benefici che nell'illecito:

- ✓ rinvengono un mero «coefficiente causale» (ad esempio, l'acquisto di lasciti successori), oppure
- ✓ costituiscono «il frutto di scelte autonome e del sacrificio del danneggiato».

Peraltro, la circostanza che il beneficio derivi da una scelta autonoma del danneggiato e comporti un suo sacrificio finanziario non costituisce per la Suprema Corte elemento impeditivo per l'applicazione del defalco dal risarcimento danno.

Il requisito essenziale (sebbene da solo non sufficiente) che rende operante la regola della c.l.c.d. viene

³⁰ Vedi nota 26, M. Gagliardi, op cit.

quindi rinvenuto in un'attenta analisi della funzione dell'emolumento ricevuto dal terzo, effettuata per singole classi di fattispecie.

Il corretto *modus procedendi* per l'applicazione della regola della c.l.c.d. comporta quindi una positiva risposta ai seguenti quesiti:

- ✓ se l'attribuzione patrimoniale abbia o meno lo scopo di compensare, anche *pro quota*, il pregiudizio patito dal beneficiario;
- ✓ se vi sia o meno una generica previsione legislativa di un diritto di surroga o rivalsa, tale da consentire all'ente erogatore del beneficio di recuperare dal responsabile dell'illecito gli importi corrisposti al danneggiato.

Risulta, invece, del tutto irrilevante che il titolare del diritto di surroga intenda esercitarlo in concreto oppure vi rinunci, essendo a tale istituto attribuita efficacia automatica, per effetto della mera previsione in via legislativa e del tutto svincolata dalle discrezionali modalità del suo esercizio da parte dell'assicuratore, sia esso sociale o privato.

Reinterpretando categorie giuridiche quali il principio indennitario ed innestando nella logica del danno civilistico l'attribuzione di benefici collaterali all'illecito, la Suprema Corte, dietro il riparo degli strumenti asettici della tecnica giuridica, interviene, in supplenza del legislatore, cui spetterebbe la responsabilità politica della decisione, nel modificare le condizioni alle quali l'ordinamento giuridico subordina gli spostamenti di ricchezza tra individui³¹.

In questo contesto, l'attribuzione di una efficacia automatica alla surroga assicurativa, ricondotta nell'alveo dell'istituto della surroga legale ex art. 1203 n.4 c.c., svolge, secondo i giudici, una funzione riequilibratrice all'interno del modificato assetto distributivo portato dalla nuova lettura della c.l.c.d. ma, nei fatti, risulta in linea con la forza sovraordinante del principio indennitario, quale criterio disciplinante la determinazione del danno risarcibile e destinato a sovrapporsi al principio di responsabilità.

³¹ Come rileva U. Izzo, in op.cit., pag.14: "Mostrarsi consapevoli che le scelte dell'interprete sono suscettibili di determinare nella società esiti di ridislocazione delle risorse, non significa proporsi ingenuamente di sottomettere la tecnica alla politica, o meglio, a una delle tante, possibili visioni della politica. Induce piuttosto a mostrare sensibilità per un altro tipo d'interrogativo, per chiedersi se il tipo di risposta che l'interprete può ingegnarsi a dare al problema tecnico, con gli inevitabili effetti ridistributivi che ogni risposta reca con sé, sia suscettibile di trovare sedi istituzionali migliori per ponderare tali effetti in tutte le loro implicazioni."

Sebbene l'unica decisione della quaterna di pronunce relativa ad una polizza assicurativa privata riguardasse non una garanzia infortuni bensì un'assicurazione contro i danni a cose, il nuovo corso sancito dalla Suprema Corte non ha esitato ad imporsi.

Nel quartetto di pronunce, si evidenzia, invero, un'unica decisione concernente l'innesto nella logica distributiva del danno civilistico del beneficio collaterale, nel caso di specie derivante dalla rendita per invalidità permanente erogata dall'INAIL al lavoratore per un infortunio *in itinere*, disponendone, in ottica compensativa, il defalco, nonostante l'ente non avesse esercitato il diritto di rivalsa, già peraltro caduto in prescrizione³².

La sancita apoteosi del principio indennitario, con la scongiurata locupletazione dell'infortunato, ha quindi prodotto, quale correlato e non irrilevante effetto, che il responsabile dell'illecito, profittando dell'altrui copertura assicurativa (nel caso prestata da assicuratore sociale), si è visto, invece, premiare con un sostanzioso alleggerimento del proprio obbligo risarcitorio, in spregio al principio di responsabilità che impone di sopportare integralmente tutte le conseguenze pregiudizievoli del proprio comportamento.

Ben presto, anche i benefici collaterali provenienti dal *welfare* privato contro le disgrazie accidentali saranno costretti a passare sotto il giogo delle forche caudine della rimodulata regola operativa a mezzo di pronunce sia di merito che di legittimità, attuative del nuovo indirizzo.

Nello stesso anno, il Tribunale di Bolzano³³ porta in detrazione dal risarcimento spettante alla vittima di un sinistro stradale, dal quale ha riportato postumi pari al 13%, l'importo ricevuto in base alla polizza privata infortuni dalla stessa stipulata; mentre il Tribunale di Firenze³⁴ all'assicurato che già aveva percepito un risarcimento di € 56.500 dall'assicuratore RCA di controparte e che reclamava dal proprio assicuratore infortuni una indennità per postumi invalidanti pari a 14 punti, applica la c.l.c.d., pur in presenza in polizza di clausola di rinuncia all'azione di surroga.

A consolidamento dell'arresto giurisprudenziale del 2018, arriva l'anno successivo, da parte della stessa Cassazione³⁵, la conferma della decisione della corte di merito (Tribunale di Como, 4 agosto 2014 n.816)

³² Si tratta di: Corte Cassazione S.U. Sentenza 22 maggio 2018, n. 12566.

³³ Tribunale di Bolzano, 8 novembre 2018 n.1183.

³⁴ Tribunale di Firenze, 18 dicembre 2018 n.3596.

³⁵ Corte Cassazione, Sez. III, Ordinanza 27 maggio 2019 n.14358.

la quale, in applicazione della c.l.c.d., nega al conducente e riconosce invece al trasportato, nella misura di soli € 32,81, il risarcimento per le lesioni riportate in un incidente stradale con responsabilità concorsuale, atteso che, entrambi, avevano già riscosso dal proprio assicuratore infortuni importi pari a € 2.780 ciascuno e sebbene le rispettive polizze contenessero rinuncia a rivalsa.

5. L'insostenibile e perniciosa funzione indennitaria conferita alla garanzia privata infortuni

Nell'arco di un ventennio, il formante giurisprudenziale ha sconvolto quel precario equilibrio sul quale, in assenza di una disciplina normativa, si reggeva la garanzia privata infortuni, nata e congegnata dalla prassi mercantile nell'intelaiatura di un negozio socialmente tipico, refrattario ad ogni ingessatura dogmatica e sapientemente assecondato dalle corti nei limitati casi in cui venivano adite a dipanare questioni che, in via del tutto eccezionale, non trovavano soluzione all'interno dell'assetto contrattuale divisato dalle parti.

Il fulcro sul quale è stata impostata tutta la costruzione indennitaria della garanzia è stato inizialmente posto nella identificazione, da parte delle Sezioni Unite del 2002, dell'infortunio non mortale quale evento di danno a carattere squisitamente patrimoniale, incidente cioè sulla esclusiva capacità di produrre reddito della persona.

Tale configurazione appare del tutto singolare, ove si consideri che la stessa giurisprudenza, ormai da decenni si era svincolata dalle strettoie della concezione patrimoniale del danno civilistico di matrice ottocentesca, per poi raccogliere all'interno di un sistema bipolare il variegato polimorfismo dei pregiudizi arrecati dall'atto illecito alla persona.

Ma l'irriducibilità dell'evento infortunistico nella stessa categoria giuridica del danno emerge viepiù con cristallina evidenza dalla constatazione che un'affatto non disprezzabile casistica in cui esso viene a realizzarsi, appare attribuibile a fattori naturali integranti il caso fortuito³⁶, non essendo riconducibile né a responsabilità di terzi né a colpa dello stesso infortunato, ipotesi quest'ultima che, tra l'altro, non integrerebbe un danno illecito, atteso il consolidato principio di esclusione dalla sfera della risarcibilità

³⁶ U. Izzo, in op.cit., pag. 272, a proposito dell'evento infortunio parla di "rischio che (...) assume natura indistintamente multifattoriale".

del danno autoprodotta dallo stesso danneggiato, come sancito dall'art. 1227 c.1 c.c.³⁷

Forzata se non addirittura irrealistica si rivela dunque la collocazione, nel primo capoverso della bipartizione definitoria dell'art. 1882 c.c., della disgrazia accidentale invalidante, giacchè essa denota, anche nel suo valore lessicale comune, un evento attinente alla vita umana che, incidendo sulla integrità fisica della persona, ne viene a sconvolgere i piani e le prospettive future anche, ma non solo, sotto il profilo di un pregiudizio alle sue potenzialità produttive di reddito.

Tuttavia, anche a voler accedere ad una visione monofunzionale della persona, interamente protesa alla produzione di ricchezza, risulta comunque inconfutabile l'obiezione circa l'impossibilità di conferire al corpo umano un valore economico oggettivo quale quello (prezzo) attribuibile ad un bene materiale (cosa) in base al meccanismo dell'incontro di domanda ed offerta sul mercato.

Né a tale assunto può essere validamente opposto l'ormai affermatosi sistema tabellare di valutazione del danno alla persona in ambito risarcitorio, posto che trattasi di dispositivo convenzionale, sancito per legge, per la determinazione del valore dell'integrità psicofisica della persona, compromessa dall'atto illecito del terzo e volto alla sua compensazione con somma in denaro, nell'ottica di una riduzione della sua intrinseca indeterminatezza e per favorire la capacità previsionale in sede assicurativa, tenuto conto, oltretutto, del suo operare nell'ambito di sistemi di assicurazione obbligatoria della re-

³⁷ Risale addirittura a Cassazione Civile, Sezioni Unite del 17 febbraio 1964 n. 351, il principio della riduzione proporzionale del danno in ragione del comportamento del soggetto danneggiato, con applicazione anche quando costui sia incapace di intendere o di volere per minore età o per altra causa, in quanto l'art. 1227 c.1 c.c. non è espressione del principio di autoresponsabilità bensì costituisce un corollario del principio di causalità, per cui al danneggiante non può farsi carico di quella parte di danno che non è a lui causalmente imputabile. Giurisprudenza che si è poi consolidata fino ad oggi, per cui l'art. 1227 c.1 rappresenta "espressione del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a sè stesso", come affermato in Cassazione Civile, sezione III, 8 maggio 2003 n.6988.

sponsabilità civile³⁸.

Del resto, le tabelle di valutazione del danno civilistico alla persona, oltre ad apprezzare anche la dimensione reddituale della persona (accanto al danno biologico statico e cioè riguardante una generica capacità di produrre reddito, prendono in considerazione la componente dinamica relativa alle attività extralavorative della persona e quella della sofferenza psichica) seguono metodologie di stima (età, sesso, possibilità di graduazione della stima del danno in rapporto a specifiche circostanze) del tutto avulse dalle dinamiche di formazione di un prezzo di mercato.

Ciononostante, la Suprema Corte ha liquidato sbrigativamente ogni obiezione all'equiparazione al danno a cose della disgrazia invalidante, trovandone conferma probatoria tramite l'ardito sillogismo secondo il quale, se nell'ambito della polizza infortuni le parti possono determinare convenzionalmente, al momento della stipula del contratto, nella somma assicurata per I.P. il valore del danno alla persona, allora si è di fronte ad un'assicurazione di cose, stante l'inconfutabile affermazione codicistica che "il valore delle cose assicurate può essere tuttavia stabilito al tempo della conclusione del contratto, mediante stima accettata per iscritto dalle parti" (art. 1908 c.2)³⁹.

38 Cassazione Civile, sezione III, sentenza 17 marzo 2021 - 21 aprile 2021, n. 10579 : "La funzione di garanzia dell'uniformità delle decisioni svolta dalla tabella elaborata dall'ufficio giudiziario è affidata al sistema del punto variabile, per il grado di prevedibilità che tale tecnica offre pur con limitate possibilità di deroga, derivanti dalla eccezionalità del caso di specie e consentite dalla circostanza che, a differenza della tabella unica prevista dall'art. 138, si tratta non di una norma di diritto positivo, ma del diritto vivente riconosciuto da questa Corte:" E, a proposito delle tabelle nazionali di emanazione legislativa, la stessa pronuncia si esprime in questi termini: "Mentre la tabella elaborata dall'ufficio giudiziario costituisce l'estrazione d'ipotesi tipizzate di liquidazione del danno dalle diverse e puntuali concretizzazioni giudiziali della clausola generale, la tabella nazionale rappresenta la concretizzazione legislativa in forma generale e astratta del valore della valutazione equitativa del danno, il quale non è così solo enunciato come tale in forma di clausola generale, ma diventa anche il criterio della disciplina di liquidazione del danno nel caso delle menomazioni all'integrità psicofisica ai sensi dell'art. 138 cod. assicurazioni. In presenza di tali menomazioni trova applicazione la tabella nazionale e non l'art. 1226. E' consentito pertanto superare i limiti previsti dalla tabella nazionale solo alle condizioni previste dalla legge perchè, come previsto dall'art. 138, comma 4, "l'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche". In mancanza di un'autorizzazione legislativa, il giudice non può derogare alla tabella unica, ma "qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento" (art. 138, comma 3)".

39 Non ritiene che si possa parlare di una liquidazione forfettaria di un danno sia perché la somma garantita in polizza è frutto di una libera scelta delle parti, sia perché la integrità dell'uomo non è traducibile in un valore reale né "al tempo del sinistro", G. Scalfi, *Manuale delle assicurazioni private*, Milano 1994 pag. 203.

L'audace quanto inconferente argomentazione della Corte, a supporto della sistemazione della disgrazia invalidante tra i danni a cose, ha fornito poi il fondamento logico per perseguire la finalità di imbrigliare la garanzia infortuni invalidanti nelle catene di un principio indennitario, quale regola inderogabile di ordine pubblico economico, senza peraltro avvedersi che la disposizione del capoverso dell'art. 1908 c.c. ammette una forma di copertura assicurativa contro i danni svincolata proprio da quelle regole che ne costituiscono i caposaldi⁴⁰.

La polizza stimata, infatti, congegnata mediante una stima convenzionale, alla stipula del contratto, della cosa assicurata, a prescindere dal suo valore oggettivo di mercato, spesso di difficile determinazione o facilmente controvertibile, consente che l'indennizzo venga liquidato in base a tale valore stimato, a prescindere da un accertamento del valore reale della cosa al momento del sinistro, fatta salva la prova di frode o esagerazione dolosa⁴¹.

Ma tanto risoluto è l'intento, perseguito dalle Sezioni Unite di inizio secolo, di assoggettare la garan-

40 E. Bottiglieri, Dell'assicurazione contro i danni, Artt. 1904-1918, in Il Codice Civile Commentario, Milano, pag.126: Il carattere derogatorio del secondo comma rispetto al primo comma, emerge dal "tuttavia" e la rilevanza del valore delle cose "al tempo della conclusione del contratto" non soltanto al fine di determinare il premio ma anche per la valutazione del danno emerge dal "può essere stabilito" La giustificazione della deroga starebbe nell'accettazione di entrambe le parti, già al momento della conclusione del contratto, del valore, accettazione che interviene a seguito di stima e che assume la forma scritta".

41 La contestabilità della stima per esagerazione dolosa o sopravvenuta corrisponde alla c.d. tesi processuale della stima, risolvendosi questa in una inversione dell'onere probatorio, gravando sull'assicuratore la prova che il valore risarcibile è inferiore a quello pattuito. In merito a questa tesi, E. Bottiglieri, op.cit. pag.129 afferma: "Non sembra possibile privare il secondo e il terzo comma dell'art. 1908 anche di quella che può considerarsi la portata minima, cioè della previsione della presunzione di correttezza della stima anche ai fini della determinazione del danno, con la conseguente inversione dell'onere della prova del danno a carico dell'assicuratore, interessato ad accertare il valore reale in quanto inferiore a quello stimato. Vi sarebbe, comunque, il riconoscimento implicito della finalità perseguita nella pratica con la polizza stimata, rendere rilevante il valore stimato - ove non contestato - anche al fine della determinazione del danno e non soltanto di quella del premio". A tale tesi si contrappone quella c.d. sostanziale che sostiene la inattaccabilità della stima, non essendo dato più discutere il valore del bene assicurato. Per quest'ultima posizione vedi G. Volpe Putzolu, L'assicurazione privata contro gli infortuni, Milano 1968 pag. 187: "Si è sostenuto da una parte della dottrina che il tenore dell'art. 1908 consente bensì di ammettere l'inattaccabilità del valore attribuito alla cosa al momento della conclusione del contratto, ma non esclude la prova che il suddetto valore sia posteriormente diminuito. Non mi sembra che questa tesi sia fondata, perché comporterebbe una sostanziale svalutazione degli effetti pratici che la stima mira a conseguire, consentendo sempre all'assicuratore di porre in discussione sotto questo profilo il valore della stima". E la stessa Autrice afferma inoltre a pag. 186: "L'eventualità di una stima che sia manifestamente esagerata rispetto al valore reale del bene è puramente marginale e presuppone l'esistenza di assicuratori o sprovveduti ed inesperti oppure così ingenui da accettare consapevolmente una liquidazione preventiva estremamente pericolosa, perché tale da aumentare la probabilità di una provocazione volontaria del sinistro".

zia infortuni invalidanti al principio indennitario che, in palese contraddizione con la operata qualifica di polizza stimata, ritengono che, nonostante l'assicurato abbia assoluta discrezionalità "di stabilire l'importo dell'indennizzo, svincolandolo da ogni obiettivo riferimento alle conseguenze dannose della lesione" e l'assicuratore "la facoltà di non accettare la proposta", ciò non osti, pur a fronte di perfezionamento dell'accordo contrattuale, ad una "valutabilità" a posteriori e in termini oggettivi, "del pregiudizio che un infortunio può determinare nel patrimonio o nella persona" tale da rendere "percepibile la manifesta sproporzione tra l'indennizzo preteso e presumibili conseguenze dell'infortunio".

Ora, se la polizza stimata consente di derogare alla regola fondante il principio indennitario della equivalenza tra valore assicurabile e valore assicurato con riguardo a beni aventi misura oggettiva di mercato, non si comprende come la stima del valore della persona, irriducibile ad una dimensione quantitativa di mercato, dopo essere stata operata ed accettata per iscritto da entrambe le parti alla stipula del contratto, possa essere sindacata *ex post*, al momento del sinistro, senza peraltro precisare i parametri di riferimento da opporre a tale stima, non potendosi validamente sostenere il rimando alle tabelle di valutazione del danno civilistico che, come si è visto, perseguono logiche proprie della responsabilità civile e della relativa assicurazione obbligatoria.

Eppure, tale peculiare interpretazione della polizza stimata, attagliata a guisa di garanzia contro gli infortuni invalidanti, è stata riproposta dalla stessa Corte di Cassazione⁴², in epoca coeva all'arresto delle Sezioni Unite sulla c.l.c.d., anche per la garanzia I.P. da malattia, ritenuta "ipotesi in tutto assimilabile alla lesione conseguente ad infortunio non mortale" e dunque assoggettabile alle regole inderogabili del principio indennitario.

In sintonia con una visione totalizzante di tale principio, volta ad impedire ogni fonte di lucro o di indebito arricchimento, i giudici della Terza Sezione, negano agli aventi diritto dell'assicurato, nel frattempo deceduto, la possibilità di cumulo delle somme assicurate con due polizze I.P. da malattia (rispettivamente per L.400.000 cioè Euro 206.582,76 e per Euro 300.000), contratte con lo stesso assicuratore a distanza di tempo l'una dall'altra, affermando che il danno patito e dunque reclamabile "corrisponde necessariamente all'importo più ampio convenzionalmente indicato nella seconda polizza in Euro 300.000,00".

L'apoditticità di tale affermazione poggia sull'"assenza di un collegamento negoziale tra le dette polizze

⁴² Cassazione Civile, Sez. III, 4 maggio 2018, n.10602.

esplicitato nel testo negoziale, ovvero di una qualsivoglia previsione in ordine alla loro cumulabilità o, ancora, di una espressa qualificazione della seconda polizza siccome volta a coprire un rischio "suppletivo" rispetto a quello già coperto dalla prima", mentre irrilevante viene considerato l'esame di una clausola di polizza (art. 34), peraltro non ritenuta dirimente dal giudice di merito, che vietava il solo cumulo con una garanzia infortuni.

Evidente risulta l'assoluta arbitrarietà della determinazione del valore della salute della persona assicurata indicato nella somma più elevata tra quelle dedotte nelle due polizze, così come del divieto di cumulo delle due somme, assicurate in tempi successivi, e, dunque, riflettenti un aumentato bisogno di protezione assicurativa, peraltro accettate dal medesimo assicuratore e, di conseguenza, non rapportabili alla fattispecie dell'art. 1910 c.c.

Ma ormai la potenza pervasiva del principio indennitario, quale regola inderogabile di ordine pubblico, dilaga dalla garanzia infortuni a quella malattia e, nello stesso torno di tempo, si espande anche alla sfera del danno civilistico, con la pretesa di una *reductio ad unum*, sotto il segno del divieto dello scopo di lucro, dell'indebito arricchimento, "al fine di evitare che il sinistro apporti un vantaggio economico all'assicurato costituendo un incentivo al prodursi di fatti dannosi alla pubblica economia".

Alla base di questa concezione sta un equivoco di fondo: l'identificazione tra generica funzione indennitaria e principio indennitario.

Come è stato acutamente osservato mentre "l'obbligazione e prestazione dell'assicuratore è sempre, peraltro, indennitaria in senso generico", in quanto "la funzione indennitaria generica rientra nel trasferimento del rischio", il principio indennitario costituisce nozione distinta ed "opera quando si possa stimare *ex ante* l'importo del danno possibile, e/o *ex post* l'importo del danno concreto, ovvero nei contratti di assicurazione di cose e di patrimoni, i quali sono contratti di indennità"⁴³.

In tali contratti ed in specie nelle assicurazioni contro i danni a cose, ove è oggettivamente determinabile il valore economico del bene assicurato, tramite il riferimento ad un prezzo o ad un indice di mercato, il principio indennitario consente di limitare "la possibilità di acquisto di assicurazione *ex ante*" ed "*ex post* la prestazione di indennizzo dell'assicuratore"⁴⁴, allo scopo precipuo di salvaguardare, al momento della stipula del contratto, la effettiva corrispondenza tra l'importo della garanzia richiesta (valore assi-

43 V. De Lorenzi, *Contratto di assicurazione, Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, pag. 33.

44 V. De Lorenzi, *op. cit.* pag.33.

curato) ed il valore di mercato del bene (valore assicurabile); al momento del sinistro, la correlazione tra indennizzo da corrispondere e le conseguenze economiche negative derivanti dalla incidenza sul bene assicurato della realizzazione del rischio.

Ambiti di operatività del principio indennitario, invece, non possono in alcun modo ravvisarsi per quelle garanzie i cui beni esposti al rischio sono l'integrità fisica e la salute dell'assicurato, irriducibili ad un valore oggettivo e di mercato ma oggetto di esclusiva determinazione convenzionale delle parti, peraltro non assimilabile ad un valore di stima sussumibile nell'ambito del capoverso dell'art. 1908 c.c., norma il cui perimetro di azione risulta limitato alle cose, "ogni volta che esse sono di ingente valore e non è possibile desumerne il valore da listini, indici o particolari documenti"⁴⁵, "soprattutto allo scopo di agevolare la liquidazione del danno, nel senso di renderla possibile, corretta o, comunque, più rapida"⁴⁶.

Se poi il problema consiste nell'evitare di favorire finalità di *lucrum captare ex ante*, in fase precontrattuale, atteso che il capitale dedotto in polizza per il caso di infortunio invalidante, così come quello per infortunio mortale, viene pattiziamente concordato tra contraente ed assicuratore, non vi è spazio per l'operare del principio indennitario: l'eventuale comportamento opportunistico dell'assicurato (*moral hazard*) risulta controllato direttamente dallo stesso meccanismo negoziale, potendo l'assicuratore agire con la leva dell'aumento del premio o, addirittura, in ipotesi di particolare gravità, declinare la copertura⁴⁷.

Successivamente alla conclusione del contratto, l'assicurato, a differenza delle coperture danni a cose, dove può incidere anche sulla entità del danno, nell'assicurazione infortuni, essendo il capitale assicurato pattiziamente convenuto, può esclusivamente influire sulla probabilità dell'evento o sulle modalità del suo accadimento: ciò riguarda, tuttavia, non un problema di *moral hazard* bensì di selezione avversa (*adverse selection*) cioè di predeterminazione contrattuale del profilo di rischio (attività lavorativa, abi-

45 E. Bottiglieri, op.cit. pag.129.

46 E. Bottiglieri, op. cit. pag.129.

47 V. De Lorenzi, op.cit. pag. 216: "Il rischio morale, in sé, non è questione così grave da non poter trovare soluzioni contrattuali, da paralizzare il mercato assicurativo. Tra le parti del contratto di assicurazione, assicuratore ed assicurato, il problema del rischio morale è affrontato e risolto con il contratto medesimo, non presenta ragioni di ordine pubblico (esso non genera esternalità negative). La soluzione al problema del rischio morale è lasciata, dalle norme, prevalentemente all'autonomia privata delle parti del contratto di assicurazione: quando vi è solo ed esclusivamente un problema di rischio morale, le norme sono derogabili".

tudini di vita, caratteristiche dell'individuo, ecc.).⁴⁸

Il principio indennitario potrebbe trovare, quale regola inderogabile, un suo ambito di operatività, qualora il *moral hazard* dell'assicurato travalichi il rapporto contrattuale, determinando esternalità negative, non eliminabili mediante internalizzazione, ad opera della stessa negoziazione, dei relativi costi: ipotesi dell'assicurazione infortuni di altri soggetti con messa in pericolo della vita altrui oppure tentativi di autolesionismo.

Ma, al riguardo, sovengono altri apparati normativi sia civili che penali: applicabilità dell'art. 1919 c.c. anche all'assicurazione sugli infortuni; esclusione della copertura assicurativa per i fatti dolosi dell'assicurato e del contraente, ai sensi dell'art. 1900 c. 1 c.c.; repressione penale a termini dell'art. 642 c.2 c.p., il quale sanziona chi cagiona a se stesso una lesione personale o aggrava le conseguenze della lesione personale prodotta da un infortunio o denuncia un sinistro non accaduto ovvero distrugge, falsifica, altera o preconstituisce elementi di prova o documentazione relativi al sinistro.⁴⁹

Pertanto, non appare rinvenibile alcuna valida argomentazione a sostegno dell'applicabilità del principio indennitario, vieppiù in veste di regola inderogabile di ordine pubblico, nel contesto della garanzia contro gli infortuni invalidanti.

Infatti, la norma di cui all'art. 1910 c.c., ritenuta espressione del principio indennitario, sancito dalla triade art. 1905 c.c., art. 1910 c.c. ed art. 1916 c.c., non risulta indicata quale disposizione inderogabile

48 De Lorenzi, op. cit., pag. 201-202: "L'art. 1910 c.c. non si applica nelle assicurazioni di persone; si possono acquistare tante polizze quante si desiderano, per il medesimo rischio, per il medesimo tempo; l'ammontare del danno per cui è contratta l'assicurazione, il "danno atteso", è pattizio, è quello per cui l'assicurato è disposto a pagare il premio. Il problema del controllo della quantità di assicurazione comprata da parte dell'assicurato, presso un assicuratore e presso tutti gli assicuratori, e dell'indennizzo ricevuto, il problema del coordinamento di polizze assicurative, in linea di massima, non sussistono. Le esternalità negative derivanti dal rischio morale (e dalla selezione avversa), presenti in caso di assicurazioni plurime di cose e patrimoni, in via generale, sono assenti in caso di assicurazioni plurime di persone. (...) Vi è un problema di rischio morale e di esternalità negative connesse sugli altri assicuratori e un problema di selezione avversa: l'assicurato può avere intenzione di uccidersi, oppure può essere gravemente malato; e così, anche nell'assicurazione infortuni, l'assicurato può avere intenzione di provocare un infortunio, o svolgere un'attività pericolosa. E' da ritenere pertanto preferibile, per tali assicurazioni, l'applicazione dell'obbligo di informare le altre compagnie ex art. 1910 1° e 2° co. c.c."

49 La normativa penale di cui all'art. 642 c.p. è stata dapprima riformata dalla Legge 12 dicembre 2002 n.273 e poi inasprita dalla Legge 24 marzo 2021 n.27.

dall'art. 1932 c.c.⁵⁰

Sebbene autorevole dottrina⁵¹ sostenga che la circostanza della non menzione di determinate norme da parte del precitato articolo tra le disposizioni che "non possono essere derogate se non in senso più favorevole all'assicurato" non significhi che per ciò stesso esse abbiano carattere dispositivo, volendo solo significare che esse non risultino derogabili nemmeno a favore dell'assicurato, tuttavia, non appare controvertibile come le disposizioni del Codice Civile in materia contrattuale (e dunque anche quelle concernenti il contratto di assicurazione) rivestano mera efficacia dispositiva, a meno di una espressa loro qualifica di inderogabili da parte dello stesso legislatore, diversamente opinando, verrebbe gravemente ed immotivatamente leso il principio di autonomia privata.

Prova ne sia che la stessa prassi assicurativa ha sempre provveduto a derogare contrattualmente sia l'art. 1910 c.c., sia l'art. 1916 c.c.

A proposito della fattispecie di assicurazioni plurime, le polizze offerte sul mercato⁵², in sintonia con il modello tipo proposto da ANIA, prevedono solo un obbligo di comunicazione dell'esistenza e della successiva stipulazione di altre assicurazioni per il medesimo rischio e, correlativamente l'obbligo di avviso a tutti gli assicuratori, in caso di sinistro: non vengono dunque richiamati il terzo e quarto comma dell'art. 1910 c.c. non prevedendo "che l'indennizzo dovrà essere corrisposto secondo quanto previsto dal contratto purchè le somme complessivamente riscosse non superino l'ammontare del danno" né il diritto di regresso fra gli assicuratori plurimi.

50 U. Izzo, op. cit. pag. 266 : "Affermare a tinte nette e perentorie che l'assicurazione privata contro le disgrazie accidentali con esiti non mortali obbedisce sempre, in via generale ed astratta, al principio indennitario, comporta, in altre parole, una radicale compressione di quell'autonomia negoziale attraverso la quale nei contratti di questo ramo assicurativo si era da sempre data voce alle scelte, a un tempo economiche e negoziali (e come tali - occorre presumerlo fino a prova contraria - assistite da un canone di razionalità mercantile, testimoniato dalla reciproca e reiterata condivisione di queste scelte) degli attori del mercato. Il che, fra l'altro, induce a dare un senso preciso alla scelta operata nel 1942, quando - diversamente da quanto accadeva nel vigore del codice di commercio previgente - si sancì l'inderogabilità pattizia di alcune norme della disciplina codicistica dell'assicurazione, senza, peraltro, preoccuparsi di prevedere tale inderogabilità per tutte le norme esprimenti il senso del principio indennitario (fra cui, ovviamente, il quarto comma dell'art. 1916 c.c.) per far sì che alle parti residuasse la scelta di escludere pattiziamente la cogenza di queste previsioni".

51 G. Partesotti, *La polizza stimata*, Napoli, 2017 pag.67; A. La Torre, *Le Assicurazioni*, Milano, pag. 442; A. De Gregorio, G. Fanelli, A. La Torre, *Diritto delle assicurazioni*, II, Milano 1987, pag.110.

52 Vedi ad esempio: Art. 2 Altre Assicurazioni in Polizza Assicurazioni Infortuni Globale Edizione 01.2019 di Vittoria Assicurazioni.

Ora, in tal modo, viene obliterata ogni impostazione indennitaria della garanzia, sancendo invero tale clausola "l'obbligo di informativa e cooperazione dell'assicurato"⁵³ finalizzata a consentire all'assicuratore, in fase contrattuale, di valutare le condizioni di assunzione del rischio ed eventualmente di negare il suo assenso alla proposta di copertura.

A fronte di una violazione di tale obbligo da parte dell'assicurato, traducentesi anche in una reticenza gravemente colposa o dolosa ma certamente non equiparabile alla fattispecie di sinistro procurato dolosamente, punito dall'art. 1900 c.c., non risulterebbe opportuna la sanzione della perdita dell'indennizzo, quanto piuttosto la previsione in polizza della facoltà da parte dell'assicuratore, una volta scoperta la reticenza, di recedere dal contratto, ferma restando la corresponsione della somma pattuita nel caso di scoperta dopo l'accadimento dell'infortunio⁵⁴: segnali in tal senso già si intravedono sul mercato⁵⁵.

Parimenti ampiamente derogabile risulta nella prassi assicurativa il diritto di surrogazione ex art. 1916 c.c., tradizionalmente concepito quale diritto potestativo in capo all'assicuratore il quale, da sempre, preferisce evitare le lungaggini e gli incerti esiti del contenzioso contro il terzo responsabile, pattuendo in polizza la rinuncia ad esercitare la rivalsa a fronte di un contenuto aumento di premio da parte dell'assicurato: da parte sua, quest'ultimo, in caso di sinistro, si viene ad assicurare l'integrale riscossione della somma pattuita senza dover subire una riduzione del suo credito risarcitorio.

53 M. Hazan, L'assicurazione infortuni tra diritto positivo, prassi negoziale e prospettive di riforma, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2005, pag. 595; M. Hazan, *Disciplina civilistica dell'assicurazione danni e dell'assicurazione vita applicabile all'assicurazione infortuni*, in RIB, *Reinsurance International Brokers*-37, pag. 43: "In sostanza, il richiamo all'art. 1910 c.c. contenuto nella maggior parte delle polizze infortuni in uso, va letto soprattutto come norma di comportamento imposta all'assicurato (o al contraente) al fine di mettere in condizione l'assicuratore di conoscere l'eventuale coesistenza di altre polizze, mettendolo in guardia da possibili tentativi di fraudolenta determinazione del danno, ed ancor prima di consentirgli, se del caso, di non assumere, all'atto della stipula, il relativo rischio. Insomma, si tratta di una clausola che, di fatto, sancisce l'obbligo di informativa e cooperazione dell'assicurato, ponendosi in un rapporto di stretto parallelismo con il meccanismo sanzionatorio previsto dagli artt. 1892 e ss. c.c. (senza porre l'accento sulla componente indennitaria data dalla limitazione dell'indennizzo al valore effettivo del danno)".

54 M. Hazan, *L'assicurazione infortuni tra diritto positivo, prassi negoziale e prospettive di riforma*, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2005, pag. 600.

55 Vedi ad esempio: Art. 51 Altre Assicurazioni, Polizza Protezione su misura, Contratto di assicurazioni infortuni e malattia, Ed. febbraio 2022, AXA Assicurazioni; Art. 1.2 Altre Assicurazioni Polizza Invalidità Permanente da Malattia ED. 05.2011 Italiana Assicurazioni Gruppo Reale Mutua Assicurazioni.

Le argomentazioni avanzate dalla Suprema Corte a supporto della propria configurazione del diritto di surroga, secondo cui:

- ✓ la riscossione da parte della vittima di un infortunio addebitabile a terzi della somma assicurata in polizza "elide in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del danneggiante, che pertanto si estingue e non può essere più preteso né azionato";
- ✓ una eventuale rinuncia a tale diritto da parte dell'assicuratore sarebbe dunque possibile solo a favore del terzo responsabile;
- ✓ l'operatività di tale diritto risulta pertanto automatica in base alla mera sua previsione legislativa e senza che possa in alcun modo incidere la decisione circa il suo esercizio da parte del titolare;

risultano, oltre che sconfessate dalla pratica mercantile, anche palesemente confutabili e foriere di conseguenze aberranti.

L'affermazione che la riscossione dell'indennizzo da parte dell'infortunato possa elidere in misura corrispondente il suo credito risarcitorio nei confronti del responsabile riduce le due prestazioni, assicurativa e risarcitoria, a pure operazioni fattuali e contabili, abdicando ad una loro configurazione giuridica che ne verrebbe ad esaltare la diversa fonte e titolo, giacché non si può limitare il tutto ad un mero nesso eziologico originantesi dal medesimo evento di danno, parificando obbligazione indennitaria ed obbligazione risarcitoria sotto un profilo teleologico di mera eliminazione di una posta di danno.

Quanto poi alla tesi che di una rinuncia all'azione di surroga, ottenuta dall'assicurato dietro corrispettivo di un supplemento di premio, possa beneficiarne il responsabile stesso dell'infortunio, essa urta, non solo contro un sentimento di equità, ma senza alcun dubbio contro il principio, questo sì inderogabile, di responsabilità, in base al quale l'autore di un illecito deve farsi carico integralmente di tutto il pregiudizio arrecato con tale suo atto⁵⁶.

Né, su valido fondamento, è possibile costruire un'automatica operatività della surroga, atteso che l'assicuratore infortuni adempie la propria prestazione a favore dell'assicurato/infortunato esclusivamente in base ad un obbligo contrattuale assunto con lo stesso, mentre tale adempimento non può in alcun modo essere considerato compiuto anche per il responsabile dell'infortunio o in solido con lo stesso: mancano, dunque, i presupposti per poter inquadrare la surroga dell'assicuratore nella più ampia fatti-

⁵⁶ M. La Torre, op. ult. cit. pag. 542, vedi nota 26.

specie della surrogazione legale ex art. 1203 c.3 c.c.⁵⁷

Spetta quindi all'assicuratore solvente, qualora non abbia già rinunciato preventivamente in polizza a tale diritto potestativo, decidere se avvalersene o meno, dichiarando espressamente al terzo responsabile che intende subentrare nell'azione risarcitoria spettante alla vittima dell'illecito per recuperare quanto corrisposto all'infortunato.

Diversamente opinando, in caso di automaticità *ope legis* del diritto di surroga, pur in presenza di rinuncia o mancato esercizio di fatto da parte del suo titolare, verrebbe inferto un grave *vulnus* al principio di responsabilità, legittimandosi un inammissibile esonero del responsabile dal pagamento del proprio debito risarcitorio nei confronti della vittima dell'illecito.

Sembra invece che la Suprema Corte, nel suo più elevato consesso, non si dia pensiero di tale *vulnus*, completamente dedita ad impedire la regola del cumulo, in quanto legittimante un indebito arricchimento nel patrimonio dell'infortunato e, a tal fine, rinvenendo proprio nella fattispecie legale della surroga un meccanismo di raccordo tra il vantaggio collaterale e quello risarcitorio, istituito dal legislatore allo scopo precipuo di anteporre l'applicazione del principio indennitario, facendo venir meno un ritenuto ingiustificato *favor* per la vittima dell'illecito: "illecito che sparisce nelle pieghe di una sorte di catarsi indennitaria"⁵⁸.

Ma, a ben vedere, la regola del cumulo tra vantaggio collaterale derivante dalla prestazione assicurativa e credito risarcitorio non comporta alcuna indebita locupletazione in capo alla vittima dell'illecito.

Come appare evidente *per tabulas* (art. 2041 c.c.), una situazione di ingiustificato arricchimento si realizza qualora chi si arricchisce lo fa "senza giusta causa" e "a danno di un altro" ma tali condizioni non sussistono in capo all'infortunato che cumula prestazione assicurativa e risarcimento.

57 M. La Torre, op. ult.cit. pag.540: "È chiaro che questa previsione non rientra nello schema della surrogazione legale (ex art. 1203 n. 3 c.c.), che ha luogo di diritto "a vantaggio di colui che essendo tenuto con altri o per altri, aveva interesse a soddisfarlo". E non vi rientra per la semplice ragione che, pagando all'assicurato - danneggiato l'indennità pattuita per il caso di sinistro (ex art. 1882 e 1905 c.c.), l'assicuratore adempie una obbligazione esclusivamente sua: non paga, quindi, un debito al quale era tenuto "con altri o per altri". Ciò significa che la surroga dell'assicuratore non avviene automaticamente allorché questi paga l'indennità dovuta all'assicurato - danneggiato, ma occorre che, eseguito tale pagamento, l'assicuratore - avvalendosi appunto della facoltà concessagli dall'art. 1916 c.c. - dichiari al terzo responsabile che intende esercitare contro di lui i diritti già spettanti al danneggiato".

58 . R. Pardolesi, Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppa grazia? Modelli a confronto, Law & Economics Lab -53 2018.

Si è, infatti, perspicacemente osservato⁵⁹ che l'infortunato, vittima dell'illecito, acquisisce, per giusta causa, il risarcimento dal responsabile, in quanto autore di un danno ingiusto a suo pregiudizio; per contro, la percezione dell'indennità assicurativa da parte dell'infortunato non avviene a danno del responsabile e con una sua "correlativa diminuzione patrimoniale", in quanto egli la riceve non in quanto pagata per conto del danneggiante ma in forza di un autonomo rapporto contrattuale instaurato con l'assicuratore.

Anzi, è la conclusione a cui conduce l'argomentazione a supporto dell'automaticità della surroga che determina un ingiustificato arricchimento del responsabile dell'infortunio con l'esonero dal pagamento del proprio debito risarcitorio.

Lo stesso principio di integralità del risarcimento, tradizionalmente interpretato nel senso che sul responsabile debbono gravare tutte le conseguenze pregiudizievoli arrecate alla vittima del suo atto, viene richiamato, equivocandone il contenuto ed interpretandolo non in un termini espansivi, quale catalizzatore sull'autore dell'illecito, quale "*primary cost bearer*" delle poste di danno reclamate a giusto titolo dalla vittima, bensì in termini restrittivi e residuali, facendo del responsabile un mero "*gap filler*" per quelle istanze compensative non altrimenti soddisfatte.⁶⁰

Volendo tirare le fila di tutta l'elaborazione, in chiave indennitaria, della garanzia privata infortuni, operata dalla Corte di legittimità, precipuamente nella sua istanza apicale, nel corso di questo primo ventennio di secolo, non solo si evidenziano aporie e contraddizioni che contraddistinguono i punti di

59 M. La Torre, op. ult. cit. pag. 543: "Ma, a fugare il dubbio, basta leggere l'art. 2041 c.c. ("Azione generale di arricchimento"), che dovrebbe costituirne il fondamento: "Chi, senza giusta causa, si è arricchito a danno di un altro, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultimo della correlativa diminuzione patrimoniale. Senonché: a) difetta il requisito della mancanza di una "giusta causa", questa consistendo nel danno causato dal responsabile col suo fatto illecito, esso sì produttivo di un "danno ingiusto" per colui che l'ha patito; b) non c'è un arricchimento "a danno di un altro", perché se il danneggiato riceve anche l'indennità assicurativa, questo né è pagata da o per il danneggiante, né è riscossa dal danneggiato in pregiudizio del terzo responsabile; c) costui, pertanto, non subisce alcuna "diminuzione patrimoniale". Piuttosto, a parti invertite, sembra più vicino al vero la conclusione che arricchimento senza giusta causa vi sarebbe nel terzo responsabile se questi fosse esonerato dall'obbligo di risarcimento".

60 . La terminologia è tratta da R. Pardolesi, op. ult. cit., il quale, tuttavia, esprime, in una ottica di analisi economica del diritto, un giudizio tutto sommato positivo sulla posizione assunta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte: "In definitiva, il modello aspira a presentarsi come virtuoso, perché contamina e smussa le dimensioni estreme delle alternative disponibili. È un compromesso (inevitabilmente imperfetto) segnato da talune sconessioni, riconducibili al mutamento in corsa delle regole del gioco: sconessioni che oggi pesano, e non poco, ma che potranno essere in gran parte ovviate de futuro dall'adattamento del mercato al nuovo corso. Difficile fare di meglio, dato il contesto normativo sottostante. E, forse, difficile in ogni caso".

svolta (infortunio quale evento di danno, surroga, regresso e *compensatio lucri cum damno* quali manifestazioni dell'inderogabilità di una regola indennitaria totalizzante) di questa ricostruzione dogmatica ma emergono altresì ricadute perniciose per la stessa sopravvivenza e vitalità di una protezione assicurativa che, in uno scenario di sempre più accentuato arretramento dello stato sociale, rappresenta un asse portante di un nuovo *welfare* privato.

A partire dalle soglie dell'attuale millennio, il formante giurisprudenziale è dunque intervenuto pesantemente e con una chiara visione ideologica su di un contratto socialmente tipico e a larga diffusione nel mercato ma privo di veste legale, trasformandone le sembianze e riducendolo ad un mero sottotipo di assicurazione contro i danni: in tal modo, ha segregato il modello italiano della garanzia contro le disgrazie invalidanti dal resto delle principali esperienze giuridiche europee, nelle quali l'assicurazione privata infortuni rifugge da ogni logica indennitaria, in quanto scevra da finalità compensative di uno specifico pregiudizio economico.

Urge allora porsi l'interrogativo di quale sia la reale funzione di una garanzia modellata su di un'architettura a base fondamentalmente negoziale e destinata ad operare in un ordinamento che ha optato per la riduzione dell'esperienza assicurativa all'interno di un rigido sistema bipolare nel quale tra il trasferimento finanziario del rischio a scopo indennitario e quello a scopo previdenziale *tertium non datur*.⁶¹

Al riguardo, appare opportuno dapprima esaminare quali soluzioni abbia proposto la dottrina.

6. Principali orientamenti dottrinali su natura e scopo della garanzia privata infortuni

Le posizioni espresse sulla garanzia infortuni dalla dottrina si possono collocare essenzialmente su quattro versanti:

- ✓ natura previdenziale e conseguente assorbimento della garanzia all'interno delle assicurazioni relative agli eventi attinenti alla vita umana;
- ✓ natura indennitaria, in quanto compensativa di un evento dannoso e, pertanto, assimilabile alle assicurazioni contro i danni;
- ✓ natura di assicurazione di persone e, dunque, *tertium genus*, in quanto l'autonomia negoziale, re-
cependo od escludendo l'operatività di norme dell'uno o dell'altro plesso normativo codicistico, sarebbe in grado di congegnare un assetto contrattuale a funzione previdenziale ovvero inden-

⁶¹ M. Hazan, op. ult. cit. pag.584.

nitaria, in base alle esigenze delle parti;

- ✓ natura di garanzia mista, ravvisandosi una assicurazione contro i danni per quanto concerne la copertura per invalidità permanente o temporanea e di assicurazione sulla vita per quanto si riferisce alla copertura caso morte.

Assolutamente predominante in giurisprudenza per tutto il secolo scorso, la concezione previdenziale della garanzia infortuni è stata invece accolta dalla dottrina solo fino al termine degli anni '60, quando la contrapposta visione compensativa cominciò ad imporsi⁶².

L'idea sulla quale tale concezione poggiava era che l'integrità fisica e la salute, così come la vita umana, sono beni irriducibili ad una quantificazione in termini economici e, di conseguenza non compensabili in denaro.

Del resto, l'infortunio, più che evento di danno, veniva prospettato quale evento attinente alla vita umana che colpiva la persona sia nella sua attività o capacità lavorativa, sia nei suoi rapporti familiari e di relazione, non solo menomandone la sua capacità di guadagno ma anche aumentandone i bisogni.

La garanzia infortuni, anche nel caso di disgrazia invalidante, non era ritenuta svolgere una funzione compensativa di uno specifico pregiudizio economico, quanto rappresentava un atto di previdenza volto ad assicurare una provvista finanziaria che, a fronte di un mutato scenario nella vita della persona, fosse in grado di far fronte alle nuove esigenze di sussistenza personali e familiari ed agli aumentati bisogni.

L'atto di previdenza, infatti, non prende in considerazione uno specifico pregiudizio e neppure è funzionale alla sua compensazione in termini economici mediante una indennità o un rimborso ad esso parametrati (per postumi permanenti residuati da una lesione, per mancata percezione dello stipendio durante i giorni di malattia conseguenti ad infortunio, per determinate spese mediche e di cura), quanto piuttosto fornisce al soggetto che lo compie una disponibilità finanziaria per far fronte al sopraggiungere, causa l'infortunio, di una sproporzione tra bisogni e mezzi per soddisfarli e cioè mira alla soddisfazione delle sue necessità di sostentamento personali e familiari.

62 A. Donati La natura giuridica dell'assicurazione volontaria contro gli infortuni, in Ass. 1953, I, pag.41; L. Buttaro, voce Assicurazione contro i danni in Enc. Dir. Milano, 1958, pag.507; E. Pasanisi, L'assicurazione infortuni nella disciplina legislativa del contratto di assicurazione, in Ass. 1962, I, pag.367; V. Colasso, L'assicurazione infortuni - Profili giuridici, Milano 1970 pag.13.

In sintesi, la teoria previdenziale della garanzia infortuni trova dunque il suo fulcro in questi assiomi:

- ✓ irriducibilità del bene assicurato ad una cosa materiale, oggetto di quantificazione oggettiva in termini monetari (prezzo, indici di mercato, valutazione forfetaria);
- ✓ non riconducibilità della prestazione assicurativa ad una forma di compensazione indennitaria di un preciso e quantificabile nocumento economico conseguente ad uno specifico danno e ad esso parametrato.

In stretta sintonia con la concezione patrimoniale del danno, recepita dal Codice Civile del 1942 e, nonostante che in ambito di valutazione del danno civilistico già affiorassero i primi tentativi volti ad un suo superamento, cominciarono, tuttavia, ad imporsi orientamenti che evidenziavano come nella garanzia infortuni il bene assicurato non fosse l'integrità psico-fisica dell'uomo nelle sue più diverse potenzialità di estrinsecazione, bensì la sua esclusiva dimensione di produttore di reddito e, in quanto tale, oggetto di quantificazione economica, qualora menomata o annullata dall'infortunio.

La concezione indennitaria della garanzia infortuni si basa dunque sulla identificazione del bene assicurato nel corpo dell'uomo, quale insieme di "forze intellettuali e fisiche che, se indirizzate verso un'attività produttiva di qualsiasi genere, costituiscono la sua capacità lavorativa"⁶³: qualora essa venga menomata o annullata dall'infortunio essa viene compensata dalla polizza infortuni, quale riduzione o perdita della capacità reddituale, sotto forma di un indennizzo economico.

Se dunque il bene assicurato è il corpo dell'uomo⁶⁴ e questo si riduce alla sua capacità lavorativa, vi sono i presupposti per una quantificazione della lesione di tale specifico bene, assimilabile pertanto ad un danno inferto ad una cosa.

L'infortunio stesso non è più concepito come evento della vita umana, bensì quale mero fatto dannoso suscettibile di compensazione indennitaria, anche se in misura forfetaria, mediante una valutazione di stima, metodologia espressamente prevista per il danno a cose dall'art. 1908 c.2 c.c.

Superata definitivamente "l'opinione che riteneva ripugnante al diritto ed alla morale attribuire un va-

63 . R. Capotosti, La natura giuridica dell'assicurazione contro gli infortuni, in Riv. Dir. Civ., 1963, II, p.487-492.

64 A. Durante, L'assicurazione privata contro gli infortuni, Milano 1960 pag.306: "il corpo umano, insieme di materie organiche, di Sali e di minerali, ha un valore economico solo in quanto funzioni e sia atto a produrre, valore che si attenua o scompare se tale attività diminuisca o sia eliminata per età, malattie, lesioni".

lore al corpo dell'uomo⁶⁵, si fa dunque strada in dottrina una logica indennitaria che sarà destinata a prevalere nelle ricostruzioni successive, nel tentativo di conferire alla garanzia contro le disgrazie accidentali invalidanti una sicura veste dogmatica, entro le maglie del sistema binario codicistico, e tale da renderla immune da temuti utilizzi a scopo speculativo se non addirittura quale baluardo contro operazioni di carattere fraudolento.

Risale alla fine degli anni '60 una pregevole monografia ricostruttiva che, in chiave metodologica, espunge ogni tentativo di impostazione classificatoria in base a specifici elementi contrattuali, quali la natura dell'evento o il contenuto della prestazione⁶⁶, per focalizzare l'attenzione sulla funzione tipica della garanzia, quale emerge "dalla natura delle obbligazioni fondamentali delle parti, in base alla disciplina contrattuale contenuta nelle polizze e ai caratteri peculiari dell'operazione tecnico-economica che ne costituisce il presupposto"⁶⁷.

Infatti, limitandosi ad un'analisi dei singoli elementi contrattuali, emerge che alla "natura intrinsecamente dannosa dell'evento (infortunio)" si contrappone "la predeterminazione convenzionale ed astratta della somma dovuta dall'assicuratore"⁶⁸ ma tale distonia provoca difficoltà solo apparenti: da un lato, "il carattere intrinsecamente dannoso dell'evento non esclude che lo stesso sia considerato dalle parti quale semplice presupposto dell'obbligo di pagare la somma assicurata"⁶⁹; dall'altro la valutazione del danno provocato dall'evento venga operata "su criteri sufficientemente obiettivi"⁷⁰ anche se sulla base ad una stima convenzionale.

Le difficoltà vengono ad essere superate, qualora si proceda alla individuazione della natura dell'obbligazione dell'assicuratore, fondata su una valutazione forfetaria e predeterminata del danno, e nel contempo si colleghi ad essa quella dell'assicurato, rinvenibile nel pagamento di un premio che, nella sua struttura tecnica di premio puro, "è calcolato in base al solo elemento probabilistico e cioè un premio che si presenta strutturato secondo gli schemi tipici delle assicurazioni contro i danni"⁷¹.

65 Così si esprime Cassazione Civile, Sez. III, 11 giugno 2014 n.13233.

66 G. Volpe Putzolu, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano 1968, pag.5.

67 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 160.

68 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 160.

69 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 162.

70 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 162.

71 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 165.

Ora, la individuazione del carattere delle due obbligazioni contrattuali, in rapporto alle specificità tecniche della operazione assicurativa sottostante, è rivelatrice della funzione tipica dell'assicurazioni infortuni.

A fronte dell'obbligazione di pagamento di una somma corrispondente ad una valutazione convenzionale del danno e nondimeno in base a criteri oggettivi, sta infatti l'obbligo dell'assicurato di pagare un premio che tiene in considerazione "soltanto il prevedibile ammontare delle somme dovute dall'assicuratore in relazione all'incidenza statisticamente determinata di certi eventi in un periodo di tempo prestabilito"⁷², senza alcuna considerazione né del fattore demografico né di quello finanziario, costituito dalla capitalizzazione del premio.

Questi due fattori costituiscono, invece, le basi tecniche sulle quali viene costruito il premio puro nelle assicurazioni sulla vita.

Pur essendo rilevante, tuttavia, "non si può considerare determinante la struttura tecnica del premio"⁷³ al fine di collocare la garanzia privata infortuni nelle assicurazioni contro i danni ma deve essere verificata anche la sussistenza di "una disciplina sostanzialmente analoga"⁷⁴, mediante "un esame comparativo"⁷⁵ che attesti "la sostanziale identità degli elementi causali essenziali"⁷⁶, senza peraltro che l'eventuale presenza di clausole atipiche rispetto alla disciplina delle assicurazioni contro i danni possa escluderne la natura indennitaria.

Senza addentrarci nelle technicalità di tale "esame comparativo", esso conduce alla conclusione di ritenere compatibile con la funzione indennitaria delle assicurazioni contro i danni "la struttura causale unitaria"⁷⁷ della garanzia infortuni, sia per il caso di invalidità permanente o di inabilità temporanea sia per "la conseguenza estrema della morte dell'assicurato" che trova giustificazione nella "natura intrinsecamente dannosa dell'evento in rischio (infortunio mortale) e la sua previsione quale presupposto del diritto all'indennità in una fattispecie contrattuale unitaria (polizza infortuni) essenzialmente informata

72 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 171.

73 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 170.

74 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 171.

75 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 171.

76 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 171.

77 Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 214.

alla disciplina delle assicurazioni contro i danni⁷⁸.

Poiché la garanzia infortuni rappresenta "un tipo sociale sprovvisto cioè di una disciplina legale specifica"⁷⁹, acquisisce "preminente rilievo, ai fini della individuazione della concreta funzione del contratto, l'intento delle parti quale si desume dalla disciplina convenzionale contenuta nelle polizze"⁸⁰: quest'ultima, anche nel caso di infortunio mortale, "attribuisce alla prestazione dovuta quella funzione indennitaria che caratterizza la prestazione prevista per il caso di invalidità permanente o di inabilità temporanea"⁸¹.

Se la liquidazione convenzionale e preventiva del danno ex art. 1908 c.2. c.c. risulta pienamente compatibile con il principio indennitario che informa tutte le assicurazioni contro i danni, "eventuali deviazioni dalla disciplina degli artt. 1904-1918 c.c."⁸², che caratterizzano la disciplina della garanzia infortuni, con particolare riguardo alla incompatibilità delle disposizioni in materia di regola proporzionale con la valutazione convenzionale del danno o della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 1910 c.c., "non sono tali da escludere la sua inquadrabilità nel tipo di assicurazione contro i danni", essendo giustificate dalla "particolare natura dell'interesse assicurato"⁸³ costituito non già da una cosa materiale bensì dalla "capacità generica dell'assicurato ad un qualsiasi lavoro proficuo, indipendentemente dalla sua professione"⁸⁴.

Più recentemente, la teoria indennitaria della garanzia infortuni è stata riproposta in più occasioni, dopo l'arresto della Suprema Corte di inizio secolo, da un Autore, proveniente dal mondo del business assicurativo, che già l'aveva formulata inizialmente alla fine degli anni '80 dello scorso secolo⁸⁵.

La prospettiva di partenza è prettamente tecnica, identificando il rischio assicurato dalla garanzia nel-

78 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 214.

79 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 214.

80 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 214.

81 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 214.

82 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 219.

83 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 219.

84 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 191.

85 G. De Zuccato, *Infortuni e malattie: assicurazioni private per gli anni novanta*, Milano, 1988.

le lesioni⁸⁶, così come egli ritiene di evincere chiaramente dalla definizione contrattuale di infortunio.

Ne consegue che non può trovare alcun valido fondamento una scissione, all'interno della stessa garanzia, tra una funzione indennitaria propria della copertura relativa alle disgrazie invalidanti ed una funzione previdenziale tipica della copertura caso morte.

In realtà, invalidità permanente, inabilità temporanea ed evento morte non costituiscono separati ed autonomi rischi all'interno di una diversificata garanzia, bensì semplici conseguenze della reificazione di un unico rischio, rappresentato dall'effetto lesivo sul corpo umano dell'evento a causa fortuita, esterna e violenta, quale risulta essere l'infortunio a termini di polizza.

E che la morte non costituisce un evento attinente alla vita umana ma una mera conseguenza dannosa, rientrando dunque nella definizione di danno di cui all'art. 1882 c.c. lo si evince dalla constatazione che vi è sempre uno scarto temporale tra la lesione e le sue conseguenze anche mortali: a sostegno della tesi che la morte, quale evento istantaneo, non esiste, vengono portate le conclusioni di un lavoro di un fisiologo inglese apparso sulla Rivista *New Scientist* nel 1983 oltre ad alcune circostanze fattuali comprovanti⁸⁷.

Un'ulteriore conferma di ciò è poi rinvenuta negli orientamenti della Cassazione in tema di risarcimento del danno catastrofale riconosciuto a favore della vittima che, coscientemente, patisce l'agonia in un apprezzabile lasso temporale tra l'evento lesivo ed il decesso.

Se dunque il rischio assicurato sono le lesioni inferte al corpo della vittima, esse costituiscono l'evento dannoso da cui origina un diritto all'indennizzo che già in tale momento entra nel patrimonio dell'assicurato, anche se esso viene poi ad essere liquidato successivamente, in misura correlata all'esito di tali lesioni "che possono devolvere in un'invalidità o nella morte e per le quali sono previste somme rispettivamente definite, non per indennizzare il corpo umano, bensì la capacità lavorativa danneggiata o distrutta"⁸⁸.

86 G. De Zuccato, Una sentenza alquanto deludente sulla natura giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n.1-2, gennaio 2003 pag. 545: "il momento delle lesioni è quello cruciale e, quindi, è il rischio assicurato".

87 G. De Zuccato, Assicurazione infortuni: uno spiraglio di luce, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, Fasc. 2, 2006, pag. 403 segg.

88 G. De Zuccato, Una sentenza alquanto deludente sulla natura giuridica dell'assicurazione privata infortuni in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, n.1-2, gennaio 2003, pag. 545.

Ci troviamo dunque in presenza di una teoria in perfetta sintonia con la logica indennitaria della garanzia, portata alle sue estreme conseguenze e fondata su di un'analisi tecnica del rischio assicurato, così come viene delimitato contrattualmente nella definizione di polizza.

La teoria è stata poi oggetto di accurata analisi critica da parte di altro esponente dell'industria assicurativa ma con "formazione di derivazione britannica"⁸⁹, il quale ritiene di "pensarla diversamente e di avere altre convinzioni" in materia, rispetto a coloro che "hanno un'estrazione giuridico-assicurativa di stampo italiano", non avendo "mai condiviso il trattamento di queste assicurazioni nella categoria delle "assicurazioni danni".

Pur partendo dalla premessa che le assicurazioni infortuni nascono in Inghilterra dagli assicuratori *non-life*, sostiene che essi erano "ben consapevoli però di avventurarsi in un tipo di copertura che era certamente più vicino alla vita che ai danni"⁹⁰ e, a proposito dell'operazione di classificazione delle garanzie assicurative compiuta a livello europeo in assicurazioni *life* e *non life*, ritiene, invece, "ideale" una suddivisione tra: "assicurazioni dei rischi della persona umana, da una parte, con funzione di *protezione*, di *previdenza* e spesso anche di *risparmio*; assicurazioni di tutti gli altri rischi, dall'altra parte, con funzione *indennitaria*"⁹¹.

A conferma di tale sua opinione classificatoria, riporta anche l'adozione nei Paesi anglo-americani di una diversa terminologia per designare la prestazione dell'assicuratore nelle due famiglie di coperture assicurative: in caso di sinistro la somma liquidata viene chiamata *indemnity*, mentre nelle assicurazioni infortuni e malattia, oltre che per quelle sulla vita, *benefit*, denominazione quest'ultima che, resa in italiano in beneficio, ritiene non adeguatamente significativa, proponendo di tradurla in indennità⁹².

L'Autore non comprende, dunque, come si continui a classificare all'interno delle assicurazioni danni le garanzie infortuni e malattia (solo con riguardo alla garanzia I.P. e non a quella rimborso spese mediche) quando, se è pur vero, come sostiene De Zuccato, che i due eventi provochino rispettivamente una

89 G. Forte, Ritorniamo ancora sulla natura giuridica dell'assicurazione privata contro gli infortuni, in *Assicurazioni*, Parte I - 13, pag. 185 segg.

90 G. Forte, op. ult. cit., pag. 186.

91 G. Forte, op. ult. cit., pag. 187.

92 G. Forte, op. ult. cit., pag. 197; Sulla qualifica di *personal insurance* e non di *contract of indemnity* nella esperienza anglosassone vedi anche: F. Sartori, Le assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi, in AA.V.V. *Diritto alla salute e contratto di assicurazione*, a cura di P. Corrias, E. Piras e G. Racugno, Napoli, pag. 185.

lesione o un'alterazione della salute da cui discende un danno patrimoniale, risulta evidente come "questo danno è solo una delle componenti del complesso dei pregiudizi sofferti" dal c.d. "capitale uomo", inteso tuttavia in senso omnicomprensivo di ogni potenzialità umana⁹³.

Infatti, l'uomo rappresenta "un soggetto ben diverso da una cosa assicurata" e può essere assicurato "in forma differente da quella adottata per le cose, in quanto l'assicurazione non deve mortificare la sua dignità, bensì, al contrario, sottolinearla ed esaltarla"⁹⁴.

Ne consegue che "la somma assicurabile e i capitali percepibili in caso di invalidità o di morte devono liberamente riflettere" "il valore della persona" che "non è costituito solo dalla sua capacità (generica o specifica) di lavorare e di produrre ricchezza" e "che non è suscettibile di misurazione oggettiva e generalizzabile"⁹⁵.

La garanzia infortuni (e quella I.P. da malattia), quale assicurazione della persona, sfugge alle regole del principio indennitario, in quanto non incide solo sulla dimensione reddituale dell'uomo, e differisce anche dall'assicurazione sociale che ha una preminente funzione di tutela patrimoniale del lavoratore: non risultano dunque ad essa applicabili tutte quelle norme (art. 1905, 1908, 1910, 1916 c.c.) che coloro che sostengono la teoria indennitaria vorrebbero imporle.

In quanto essa non risulta "intesa a risarcire, a rivalere, a indennizzare", "come nell'assicurazione vita al beneficiario non spetta "un indennizzo", ma semplicemente il versamento della somma convenuta, così nell'assicurazione infortuni, la morte o l'invalidità danno luogo al versamento della somma prevista dal contratto, non già a titolo di indennizzo, ma a puro titolo di adempimento dell'obbligo assunto dall'assicuratore"⁹⁶.

Il riposizionamento della garanzia infortuni, quale componente di una più ampia nozione di assicurazioni sulle persone, contrapposte ad una residuale categoria di assicurazioni contro i danni a cose, ha consentito all'Autore di valorizzarne una funzione previdenziale in senso lato, la quale viene ad elevarla da limitanti logiche indennitarie, finalizzate a restringerla all'interno di un rimedio compensativo a fronte di specifici pregiudizi patrimoniali.

93 G. Forte, op. ult. cit., pag.194.

94 G. Forte, op. ult. cit., pag. 195.

95 G. Forte, op. ult. cit., pag.195.

96 G. Forte, op. ult. cit., pag. 195.

La riscoperta di una funzione previdenziale delle assicurazioni della salute che, "in quanto costituzionalmente più pregnante assorbe quella indennitaria"⁹⁷ è stata più recentemente ribadita da autorevole esponente della dottrina, sottolineando come "il carattere dannoso e, allo stesso tempo, attinente alla vita umana dell'evento incerto" dedotto in tali garanzie, consente di considerarle "soggette all'applicazione diretta dell'intera disciplina dell'assicurazione sulla vita, con esclusione delle sole disposizioni ivi contenute, compatibili unicamente con le assicurazioni relative alla durata della vita umana"⁹⁸.

Accanto a queste due teorie totalizzanti, l'una in senso indennitario, l'altra previdenziale, sono state avanzate altre due posizioni che, elaborando i dati emergenti dalla prassi mercantile, rifiutano l'inquadramento della garanzia privata infortuni in un unitario e rigido schema sistematico, ma prediligendo una maggiore *souplesse* argomentativa, arrivano a delineare una figura ibrida, recalcitrante contro ogni tentativo di *reductio ad unum* all'interno uno dei due modelli codicistici di garanzia assicurativa.

La prima posizione, formulata già in occasione dell'entrata in vigore del Codice Civile e abbracciata poi, come già accennato, dall'industria assicurativa, tenuto conto dell'assenza di tipizzazione legale, propendeva ad identificare nella garanzia infortuni un *tertium genus* tipologico, qualificato dal peculiare bene assicurato (integrità psico-fisica della persona) e da un assetto contrattuale in cui convivevano elementi eterogenei, quali l'accadimento di un evento di danno dal quale, tuttavia, originava una prestazione dell'assicuratore che non consisteva "nella esatta rivalsa di un danno concreto", non risolvendosi in una sua valutazione "a posteriori, in modo che il risarcimento corrisponde senza superarlo, al danno economico effettivamente sofferto dall'infortunato o in caso di morte dai suoi familiari come imporrebbe il principio indennitario", bensì "in una somma di denaro prestabilita, come nell'assicurazione sulla vita"⁹⁹.

Non limitandosi alla registrazione di una mera eterogeneità di elementi contrattuali nella polizza infortuni, ma intravedendo in essa una vera e propria diversificazione delle garanzie prestate, la tesi del

97 P. Corrias, La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi? In Rivista di diritto civile, Anno LIX, N.1 gennaio-febbraio 2013, pag.74: "Ebbene, in ordine ai dubbi sulla riconducibilità di tali tipologie di accadimenti agli "eventi attinenti alla vita umana", un ausilio fondamentale giunge, come si è rilevato, dall'art. 38 Cost. che, equiparando la valenza "previdenziale" della vecchiaia a quella della malattia, dell'infortunio e dell'invalidità, conduce decisamente ad includere nella portata dell'espressione codicistica tutte le menomazioni dell'integrità psico-fisica dell'individuo, a prescindere dalla gravità che presentano e dalle modalità con le quali si manifestano".

98 P. Corrias, op. ult. cit. pag. 74.

99 V. Salandra, Natura giuridica dell'assicurazione facoltativa infortuni, in Assicurazioni, 1942, II, 119 pag. 9.

contratto misto, nega innanzitutto che il modello del *tertium genus* possa costituire “una soluzione per i problemi del ramo infortuni”, sostenendo come “il fatto che assicurato e assicuratore determinino d'accordo e preventivamente in polizza, in relazione alle varie ipotesi di sinistro, l'entità delle prestazioni garantite” non costituisca un impedimento a che vengano applicate le regole del principio indennitario alla garanzia prestata contro le disgrazie accidentali non mortali¹⁰⁰.

L'intento sottostante a questa tesi era quello di evitare un arricchimento illecito dell'assicurato che avrebbe altrimenti utilizzato il contratto assicurativo a scopi speculativi e l'agevolazione di una “autolesionistica tentazione di procurarsi o cercare il vulnus della propria integrità fisica”¹⁰¹ circostanza, quest'ultima che lo spirito di autoconservazione avrebbe impedito rispetto alla sola garanzia caso morte.

Si veniva a configurare dunque un negozio complesso o misto nel quale convivevano due diverse funzioni, indennitaria e previdenziale in rapporto alle principali garanzie prestate, rispettivamente per gli infortuni invalidanti e per quelli mortali.

Come si è visto, la tesi è stata ad inizio millennio sviluppata dalla Suprema Corte, modulandola nei termini più netti del collegamento contrattuale, identificando nel medesimo contratto due beni assicurati (lesione della capacità lavorativa e vita) ai quali corrispondono due distinte funzioni, indennitaria e previdenziale, così pervenendo alla figura di una duplicità di negozi, collegati all'interno di un unico contratto, ai quali si applicherà la rispettiva disciplina prevista in ragione della loro funzione.

7. Struttura e funzione della garanzia privata infortuni

Le diversificate opinioni dottrinali ma soprattutto la granitica presa di posizione in senso indennitario operata dalla giurisprudenza sulla garanzia infortuni invalidanti, ci inducono ad esaminare *funditus* quali siano struttura e funzione della garanzia privata infortuni, così come essa si presenta nella pratica mercantile, ove ha sempre trovato vasta diffusione, quale risposta a sentite esigenze di protezione economica di vasti strati della popolazione.

La circostanza di essere una garanzia socialmente tipica ma priva di disciplina legale, se non per un

¹⁰⁰ G. Fanelli, La “summa divisio” delle assicurazioni private: riflessioni su di un vecchio problema, in Studi in onore di Alberto Asquini, pag. 407.

¹⁰¹ In questi termini si esprime U. Izzo, in op. ult. cit. pag. 236.

fugace quanto ambiguo cenno a proposito del diritto di surroga dell'assicuratore¹⁰², rende ancora più pressante l'esigenza di indagarne la qualifica giuridica e, preliminarmente ad essa, la struttura e funzione di una polizza che trova il proprio statuto ordinante precipuamente nella disciplina contrattuale.

Prendendo le mosse dalla usuale definizione di infortunio inserita in polizza¹⁰³, che rappresenta la delimitazione contrattuale del rischio coperto dalla garanzia, si evince come esso condivida sia i caratteri di un evento della vita umana, descritto con i requisiti, oltre che dell'aleatorietà, della violenza e della exteriorità rispetto alla persona, sia il suo carattere lesivo cioè produttivo di un danno, in specie corporale obiettivamente constatabile e dal quale conseguono ulteriori conseguenze pregiudizievoli, quali l'inabilità temporanea, l'invalidità permanente e la morte.

Ictu oculi, l'elemento strutturale costituito dal rischio assicurato si presenta dunque con una natura ambivalente, potendo esso rientrare sia negli eventi attinenti alla vita umana di cui all'ultima parte dell'art. 1882 c.c., sia in un concetto, sia pure del tutto generico, di danno, di cui alla prima parte della anzidetta norma.

102 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 194: "Per contro non ritengo che sia indicativa sotto il profilo considerato la norma dell'u.c. dell'art. 1916 cod. civ., che estende espressamente all'assicurazione infortuni il regime della surroga dell'assicuratore, caratteristico ed esclusivo dell'assicurazione contro i danni"; L. Locatelli, La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile? In *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.1 - 2019 pag. 341: "La curiosità, che conferma una situazione normativa non proprio granitica, fu che l'inserimento dell'assicurazione contro gli infortuni non mortali nell'alveo delle assicurazioni contro i danni trovò, nell'occasione affrontata dalle Sezioni Unite del 2002, una solida base nell'istituto della surrogazione applicabile alle assicurazioni contro le disgrazie accidentali ai sensi dall'art. 1916, comma 4, c.c. Sino ad allora, infatti, proprio quella norma era stata utilizzata quale presidio inattaccabile dell'appartenenza dell'assicurazione infortuni al genere vita; si sosteneva, cioè, che l'estensione di un istituto come quello della surrogazione, tipico delle assicurazioni contro i danni, alle polizze infortuni altro non potesse significare se non che queste ultime appartenessero al genere vita".

103 Se prendiamo in esame i formulari di polizza presenti sul mercato italiano, notiamo come in essi venga usualmente riportata nei seguenti termini la nozione di infortunio: "Evento fortuito, violento ed esterno che abbia come conseguenze lesioni corporali obiettivamente constatabili le quali abbiano per conseguenza la morte, una invalidità permanente oppure una inabilità temporanea". In alternativa, il testo suggerito da ANIA è di identico tenore, con la sola sostituzione dell'aggettivo "corporali", che denota le lesioni, con quello di "fisiche". Alcuni esempi tra i diversi formulari: Polizza GENERALI, IMMAGINA Benessere mod. 01/03 Ed. 03/2018, Infortunio "Ogni evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna che produca lesioni corporali obiettivamente constatabili, le quali abbiano per conseguenza la morte, l'invalidità permanente o una inabilità temporanea". Polizza AXA Italia Protezione Salute Edizione febbraio 2022, Infortunio "ogni evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna, che produca lesioni fisiche obiettivamente constatabili. VITTORIA Assicurazioni, Polizza Assicurazione Infortuni Globale 01.19, Infortunio: "È considerato infortunio l'evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna, che produca lesioni fisiche oggettivamente constatabili, le quali abbiano per conseguenza la morte o una invalidità permanente, una inabilità temporanea, un ricovero in istituto di cura, una frattura ossea, una convalescenza".

Questa doppiezza di contenuto semantico del rischio assicurato costituisce l'origine della disputa circa la collocazione della garanzia nella coartante bipartizione codicistica, tanto è vero che, da un lato, un sostegno della tesi della natura dell'infortunio, quale mero evento della vita, può rinvenirsi nel diffuso utilizzo quale sinonimo di disgrazia accidentale; dall'altro, il carattere intrinsecamente dannoso può essere senz'altro identificato nella lesione corporale e nel conseguente mutamento *in pejus* delle condizioni economiche del soggetto colpito, determinato sia da una diminuzione del suo reddito sia dall'insorgere di nuovi bisogni.

Il requisito dell'evento assume poi particolare rilievo, in quanto viene contrattualmente previsto in polizza che esso debba essere, nel caso in cui si concretizzi nella realtà, denunciato all'assicuratore, indicando in modo preciso le circostanze spazio-temporali del proprio accadimento¹⁰⁴.

Quanto poi alla sua natura di evento di danno, essa deve essere considerata in un'accezione del tutto generica, atteso che l'infortunio può ben essere addebitabile a responsabilità di terzi oppure dipendere da eventi di carattere accidentale, dovuti a forza della natura o al caso fortuito, ed infine a colpa, anche grave, dello stesso assicurato, circostanza questa che non consente di qualificarlo quale danno giuridicamente risarcibile a termini dell'art. 1227 c.1 c.c.

L'evento lesivo, *id est* il danno, viene dunque in considerazione nella garanzia assicurativa quale mero presupposto¹⁰⁵ per il sorgere dell'obbligazione contrattuale dell'assicuratore, indipendentemente dalla

104 Vedi, ad esempio, Polizza GENERALI, IMMAGINA Benessere mod. 01/03 Ed. 03/2018 - "Art. 4.4 Denuncia dell'infortunio: La denuncia dell'infortunio, con l'indicazione del luogo, giorno e ora dell'evento e delle cause che lo hanno determinato, corredata da certificato medico, deve essere fatta per iscritto dal Contraente, dall'Assicurato o da altro soggetto per conto dei medesimi, entro 10 giorni da quando ne ha avuto conoscenza o possibilità. Il decorso delle lesioni deve essere documentato da ulteriori certificati medici, sino a guarigione avvenuta. L'Assicurato o i suoi familiari, devono consentire alla Società le indagini, le valutazioni e gli accertamenti necessari, da eseguirsi in Italia. Qualora l'infortunio abbia cagionato la morte dell'Assicurato o quando questa sopravvenga durante il periodo di cura, deve esserne dato immediato avviso alla Società. L'inadempimento degli obblighi relativi alla denuncia del sinistro può comportare la perdita totale o parziale del diritto all'indennizzo ai sensi dell'art. 1915 del Codice Civile". Il requisito temporale dell'ora di accadimento trova giustificazione anche perché la garanzia può non essere *full time*, bensì limitata agli infortuni professionali oppure a quelli extraprofessionali.

105 Il legislatore francese che per primo diede una disciplina legale alle assicurazioni infortuni all'interno della categoria delle assicurazioni di persone, tenne a precisare, nella Relazione di accompagnamento alla Legge 13 luglio 1930, che nell'assicurazioni infortuni il danno costituisce una mera occasione per il sorgere della garanzia ma non ha con questa un rapporto di causalità diretta: "Quant aux assurances contre les accidents, contre l'invalidité, contre la maladie, contre la veillesse, elles comportent presque exclusivement de la part de l'assureur, des obligations forfaitaires qui, tout en prenant naissance à l'occasion d'un dommage, ne sont pas en relation directe avec celui-ci, mais sont, en quelque sorte, artificiellement fixée par les polices".

circostanza che esso possa essere qualificato come ingiusto (e quindi fonte di responsabilità civile e conseguente risarcimento) oppure come semplice fatto giuridico, dovuto a forze umane o naturali, il quale realizzandosi in una lesione corporale obiettivamente constatabile, è idoneo a far attivare la copertura assicurativa con la richiesta all'assicuratore di adempiere la prestazione contrattuale pattuita.

L'elemento strutturale del danno unitamente a quello, da esso originante, della obbligazione dell'assicuratore, corrispettiva rispetto all'obbligazione di pagamento del premio da parte dell'assicurato, potrebbero condurci, da subito, alla immediata quanto semplicistica conclusione della funzione indennitaria della garanzia infortuni, in quanto appunto finalizzata alla compensazione di un danno subito dall'assicurato, ad opera di una prestazione indennitaria da parte dell'assicuratore.

In realtà, l'esistenza di un danno gravante su di un soggetto assicurato, potrebbe costituire il presupposto di un'operazione giuridico-economica avente funzione non tanto indennitaria quanto previdenziale oppure volta al perseguimento di una funzione ancora diversa, non potendosi "escludere a priori che l'assicurazione infortuni non sia positivamente inquadrabile in nessuno dei due tipi legislativamente regolati, ma si ponga come figura negoziale autonoma, idonea a perseguire una funzione del tutto particolare e diversa da quella dell'assicurazione danni che da quella dell'assicurazione vita"¹⁰⁶.

Allora occorre procedere ad un'analisi più approfondita sia del presupposto contrattuale consistente nell'evento dannoso, sia della prestazione dell'assicuratore, così come si vengono ad estrinsecare all'interno della dinamica negoziale che porta al perfezionamento della garanzia contrattuale.

Va premesso che la lesione corporale, obiettivamente constatabile, produce delle ulteriori conseguenze pregiudizievoli per l'assicurato, delineate nella stessa definizione contrattuale di infortunio, quali la inabilità temporanea, la invalidità permanente e la morte ed è in rapporto a queste specifiche conseguenze che viene ad essere strutturata l'obbligazione dell'assicuratore.

Il danno, incidente sulla integrità fisica della persona, non viene dunque considerato in sé stesso, né la persona umana "nel suo valore assoluto, e cioè quale entità fisica e spirituale, rispetto alla quale è ovviamente inconcepibile qualsiasi valutazione di natura patrimoniale, ma soltanto gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla lesione nella sfera della sua vita di relazione"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag.170.

¹⁰⁷ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag.173.

Pertanto la integrità fisica e la vita (nel caso di infortunio mortale), quali beni oggetto della lesione, non vengono valutati nel loro valore assoluto, non suscettibile di stima monetaria, ma per le ripercussioni che determinano nel complesso di interessi economici, familiari e sociali della persona infortunata.

Pur relativizzando la valutazione della incidenza dell'evento lesivo sulla persona, rimane tuttavia arduo determinare in concreto il "valore persona" quale bene tutelato dalla garanzia infortuni.

Al fine di risolvere tale problema e stabilire in concreto una somma da contrattualizzare in polizza, la prassi assicurativa fa coincidere il "valore persona" con la capacità generica a qualsiasi lavoro proficuo, sia attuale che potenziale, della persona che intende assicurarsi, prendendo in considerazione quali fattori di calcolo il reddito attuale da lavoro, l'età, le prospettive future di guadagno, la composizione del nucleo familiare di appartenenza.

In sostanza, si effettua una proiezione nel futuro delle potenzialità di guadagno dell'assicurato e si provvede a capitalizzarle, utilizzando quale parametro base di riferimento, con mera funzione indicativa, il reddito da lavoro dell'assicurato, qualora effettivamente percepito o, in caso contrario, presunto, in rapporto alle sue caratteristiche personali ed applicando un moltiplicatore che, per prassi consolidata, varia da un minimo di 6 ad un massimo di 10.

Con tale descrizione, si è voluto fornire una esemplificazione di come un sottoscrittore del rischio infortuni possa pervenire alla determinazione della somma assicurata, qualora l'assicurato intenda stipulare una polizza "tailor made", mentre, nella realtà di un mercato caratterizzato da polizze standardizzate e predisposte dall'assicuratore, vengono proposte all'assicurato, in fase di trattativa pre-contrattuale, una gamma di capitali assicurati, sia per garanzia invalidità permanente sia per quella caso morte, tra i quali l'assicurato può decidere quello maggiormente rappresentativo sia delle sue esigenze di protezione, sia in rapporto alle sue disponibilità di spesa.

Questa modalità di determinazione dei capitali dedotti nelle due principali garanzie contenute in polizza induce ad interrogarsi su quale sia la loro funzione, nell'intento perseguito dalle parti con tale operazione giuridico-economica: se cioè esse abbiano inteso attribuire a tali somme una funzione volta a riparare o a compensare le conseguenze economiche di un evento dannoso (funzione indennitaria) oppure a predisporre l'apprestamento di una provvista finanziaria diretta a far fronte, in dipendenza di un evento che viene a pregiudicare una capacità di guadagno, a futuri bisogni non più in grado di essere soddisfatti con il mutato scenario indotto dall'infortunio nella persona che ne rimane colpita (funzione previdenziale).

Il presupposto contrattuale dell'esistenza di un danno quale condizione per l'operare della garanzia assicurativa costituisce un elemento neutro, se non inserito all'interno di una specifica operazione giuridico-economica che venga a qualificare la prestazione di garanzia che da esso viene ad essere attivata.

Qualora scopo della prestazione di garanzia fosse la compensazione di tale danno, saremmo di fronte ad una operazione con funzione indennitaria la quale, sulla falsariga di quella risarcitoria, rispetto alla quale assume propria e specifica connotazione¹⁰⁸, tende a rimediare alle conseguenze dannose prodotte dall'evento nel patrimonio dell'assicurato con la erogazione di una somma che porti alla loro eliminazione in tutto o in parte ma giammai ecceda il valore del bene garantito, producendo un'alterazione positiva del patrimonio dell'assicurato.

Il principio indennitario, ritenuto da alcuni rispondente ad esigenze di ordine pubblico, al fine di impedire la degenerazione del contratto di assicurazione danni in una operazione speculativa ed in un incentivo alla provocazione dei sinistri, costituisce in realtà un dispositivo che, operando sia a livello legale che contrattuale¹⁰⁹, limita la prestazione economica, diretta a compensare un danno, in modo tale che essa non provveda quasi mai ad eliderne integralmente le conseguenze economiche negative (ad esempio per l'operare di scoperti o franchigie nell'assicurazione danni) o, al limite, pervenga anche ad eliminarle, ma non possa in alcun modo arricchire il patrimonio del suo destinatario: l'obiettivo viene raggiunto nel caso di bene assicurato costituito da cosa materiale, avente valore facilmente ed oggettivamente accertabile (valore assicurabile), prevedendo che esso debba costantemente corrispondere alla somma assicurata (valore assicurato), dovendosi altrimenti ridurre il compenso indennitario in proporzione al differenziale tra i due predetti valori.

¹⁰⁸ I termini indennizzo e risarcimento vengono spesso utilizzati, anche nel linguaggio giuridico e non solo in quello comune, quali sinonimi. In realtà, essi hanno analoga funzione compensativa ma si differenziano nettamente per la loro fonte di derivazione e per le modalità di attuazione di tale funzione. L'indennizzo trova la sua fonte giuridica o in un contratto (tipico il contratto di assicurazione danni) o in una disposizione di legge ed attua la funzione compensativa, di norma, in forma parziale, lasciando parte del danno a carico del soggetto che lo ha subito, a causa della previsione di scoperti, franchigie, massimali e limiti di indennizzo. Il risarcimento, invece, rappresenta giuridicamente la sanzione che, per legge, viene comminata a colui che commette un illecito civile produttivo di danno, il quale dovrà pertanto compensare la vittima ma in misura integrale rispetto a tutto il pregiudizio che gli ha arrecato. Indennizzo e risarcimento condividono il requisito che la loro funzione compensativa non può oltrepassare l'entità del danno subito dal danneggiato e ciò viene espresso, per quanto riguarda l'indennizzo, dal principio indennitario e per quanto concerne il risarcimento dal c.d. principio di indifferenza.

¹⁰⁹ Un esempio di indennizzo avente fonte legale è quello previsto dalle assicurazioni sociali per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali erogato dall'INAIL, mentre l'indennizzo contrattuale per eccellenza è quello dedotto nelle polizze assicurative private contro i danni.

In ambito assicurativo, esso viene considerato il principio ispiratore di tutte le principali disposizioni del Codice Civile dedicate all'assicurazione di cose (artt. 1904, 1905, 1907, 1908 c.1, 1909, 1910, 1916 c.c.), tanto da costituire un vero e proprio sistema disciplinante che le caratterizza, anche se in esso si è rinvenuta una deroga nella valutazione preventiva e convenzionale del bene assicurato, consentita dal comma 2 dell'art.1908 c.c. (c.d. polizza stimata).

Ora, proprio in tale disposizione derogatoria, ma non tale da "portare ad una sostanziale svalutazione del principio enunciato nel primo comma dell'art. 1908"¹¹⁰ si è identificata la fonte legittimante la determinazione pattizia dei capitali assicurati nelle principali garanzie della polizza infortuni e, nel contempo, la loro classificazione quali rientranti nell'alveo della grande famiglia delle coperture con funzione indennitaria.

In proposito, va sommessamente rilevato come tale norma non possa venire applicata in via analogica alle assicurazioni infortuni, poiché essa si riferisce espressamente alle assicurazioni di cose, aventi ad oggetto beni materiali caratterizzati da un valore di mercato o desunto da indici oggettivi e riguardi specifiche circostanze in cui, il particolare valore economico di tali beni o la loro peculiare tipologia o funzionalità, suscitino contrasti o ambiguità di valutazione, prefiggendosi lo scopo di pervenire ad un accordo sul loro valore tale da evitare future controversie e di velocizzare la liquidazione del danno in caso di sinistro¹¹¹.

Né può affermarsi che il bene oggetto della copertura assicurativa infortuni sia costituito dal corpo umano nella sua integrità e dunque assimilabile ad una cosa che può essere danneggiata o distrutta nella sua consistenza da un evento lesivo: in realtà quest'ultimo, incidendo sul corpo umano, viene a ledere il c.d. "valore persona" cioè le potenzialità realizzatrici della persona, compromettendone le sue capacità di guadagno e di sostentamento, presenti e future, per sé stessa e per il nucleo familiare di appartenenza.

¹¹⁰ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 181-190.

¹¹¹ A proposito del c.2 dell'art. 1908 c.c. E. Bottiglieri, op. ult. cit., pag. 128, afferma: "Sembra certo che il legislatore abbia inteso fare riferimento a quella che nella pratica assicurativa è la finalità perseguita con la cosiddetta polizza stimata. Non c'è dubbio che il ricorso alla stima accettata sia fatto, al tempo della stipulazione del contratto, anche per la determinazione del premio, operazione che riveste grande importanza per le parti ogni volta che le cose assicurate sono di ingente valore e non è possibile desumere il valore da listini, indici o particolari documenti. Ma è altrettanto indubbio che il ricorso alla polizza stimata venga fatto anche o soprattutto allo scopo di agevolare la liquidazione del danno, nel senso di renderla possibile e corretta o, comunque, più rapida".

I capitali assicurati nelle garanzia infortuni invalidanti e mortali sono sicuramente il frutto di un accordo consensuale delle parti contrattuali ma non fanno riferimento a beni materiali, né il cui valore risulti oggettivamente determinabile: è ben vero che nella determinazione del "valore persona" viene preso in considerazione il reddito reale o presunto dell'assicurato, ma ciò costituisce solo la base di partenza di una elaborazione concettuale in cui convergono altri fattori e che si perfeziona in un importo monetario dal carattere alquanto discrezionale.

Certamente, la somma dedotta in polizza non costituisce la stima pattizia del valore economico della integrità fisica della persona.

Se, per assurdo, si dovesse anche accedere a tale convinzione, ci troveremmo comunque completamente al di fuori di una logica indennitaria, giacché la somma dedotta in polizza rappresenta la risultante di una funzione esponenziale che parte da un reddito base moltiplicato "n" volte.

Nell'ottica che vede svolgere la somma assicurata nella garanzia infortuni "una funzione sostanzialmente analoga a quella di stima accettata"¹¹², si è sostenuto che "la stima non pregiudica l'applicabilità dell'art. 1907, ove l'assicurazione copra soltanto una parte del valore della cosa assicurata, e dell'art. 1910, in caso di più assicurazioni parziali presso diversi assicuratori, nonché dell'art. 1905 nell'ipotesi di danno parziale"¹¹³, corroborando così la tesi dell'assolvimento di una funzione prettamente indennitaria della garanzia infortuni.

A comprova di ciò si portano, quali esempi, la circostanza che "l'invalidità parziale è calcolata in una percentuale della somma assicurata, variabile in relazione al tipo di grado di invalidità dell'assicurato (*barèmes, Gliedertaxe*)"¹¹⁴ e la clausola che viene solitamente denominata "Criteri di indennizzabilità" e nella quale è contenuta la disciplina contrattuale delle c.d. concause di menomazione e delle concause

112 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 190.

113 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 189.

114 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 190.

di lesione¹¹⁵.

Se esaminiamo attentamente il contenuto dei contratti attualmente offerti dal mercato assicurativo, ci accorgiamo tuttavia che le apposite tabelle che determinano il grado di invalidità permanente parziale (siano esse quelle suggerite dall'associazione di categoria degli assicuratori, Tabella ANIA, oppure quelle, adattate in base a questa, dalla singola compagnia) sono accompagnate da clausole nelle quali si prevedono, ad esempio, sul primo scaglione di somma assicurata, c.d. franchigie modulari, per cui la I.P. accertata nella Tabella che determina il grado di invalidità parziale e che dovrebbe essere applicata alla somma assicurata, in realtà verrà integralmente applicata solo a partire dal valore di I.P. pari al 7%, mentre per I.P. accertate in

Tabella in misura inferiore a tale grado, verrà applicata alla somma assicurata un grado di I.P. inferiore.¹¹⁶

Se ciò non viene a contraddire il principio indennitario, in quanto comporta un indennizzo in misura inferiore al danno accertato, le stesse condizioni di polizza prevedono però anche che, per postumi permanenti accertati in misura pari o superiori al 60%, verrà liquidata la somma assicurata pari al 100%¹¹⁷.

Sempre prendendo a riferimento una polizza tipo attualmente sul mercato, essa offre la possibilità di stipulare una garanzia che preveda una maggiorazione progressiva della I.P. accertata a partire da una percentuale pari al 26%: la Tabella inserita in polizza stabilisce, ad esempio che, ad una I.P. accertata pari al 59% venga calcolata una percentuale del 102% sulla somma assicurata, fino ad arrivare, per una I.P. accertata del 100%, a liquidare ben il 225% della somma assicurata¹¹⁸.

115 Vedine un esempio in Polizza GENERALI, IMMAGINA Benessere mod. 01/03 Ed. 03/2018, Art. 4.5 Criteri di indennizzabilità: "La Società liquida l'indennizzo convenuto soltanto per le conseguenze dirette ed esclusive dell'infortunio, che risulti indennizzabile a termini di polizza. Pertanto, l'influenza che l'infortunio può aver esercitato sulle condizioni fisiche o patologiche preesistenti o sopravvenute come pure il pregiudizio che esse possono portare all'esito delle lesioni prodotte dall'infortunio, sono conseguenze indirette e quindi non indennizzabili. Nei casi di preesistenti/mutilazioni o difetti fisici, l'indennizzo per invalidità permanente è liquidato per le sole conseguenze dirette cagionate dall'infortunio come se esso avesse colpito la persona fisicamente integra, senza riguardo al maggior pregiudizio derivato dalle condizioni preesistenti".

116 Vedi: Art. 29 Condizioni di Assicurazione – Norme che regolano l'assicurazione – Sezione Infortuni, Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

117 Vedi: Art. 4 Riconoscimento dell'intera somma assicurata in caso di invalidità permanente grave, Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

118 Vedi: Art. 49 Invalidità permanente con maggiorazione progressiva (art. 26 – Condizione A4), Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

Viene, infine, prevista la possibilità di pattuire una Tabella di Invalidità permanente (accertata) speciale¹¹⁹, la quale contiene una consistente sopravvalutazione delle percentuali della Tabella base, oltre alla possibilità di optare per una forma di rendita vitalizia in caso di I.P. accertata non inferiore alla percentuale del 60%¹²⁰.

Alcune polizze presentano, inoltre, clausole di supervalutazione dell'indennità per invalidità permanente, illustrate da diverse tabelle corrispondenti a distinti scaglioni di somme assicurate: in esse, per ogni scaglione di somma assicurata, corrispondono due distinte colonne in cui compaiono da un lato la I.P. effettivamente accertata e dall'altro quella liquidabile in caso di sinistro¹²¹.

Ad esempio, per un primo scaglione di somma assicurata, verrà liquidata, calcolandola sulla somma assicurata, la reale I.P. accertata solo a partire da una percentuale pari ad una I.P. del 15%, mentre la stessa tabella prevede che, a partire da una I.P. accertata pari al 31%, verrà calcolata sulla somma assicurata una I.P. liquidabile progressivamente superiore fino ad arrivare ad una I.P. accertata del 65% cui corrisponderà una I.P. liquidabile del 100%, mentre, nel caso in cui i postumi permanenti residuati all'infortunato superino la percentuale di I.P. del 65%, verrà liquidato un importo pari al 110% della somma assicurata. A ciò si aggiunge l'ulteriore previsione di una indennità aggiuntiva pari al 15% della somma assicurata fino ad un limite massimo di € 25.000 erogabili per un periodo non superiore a tre annualità, per le c.d. grandi invalidità, cioè per tutte le I.P. accertate in misura superiore alla percentuale del 65%¹²².

Questo breve ma doveroso *excursus* sulle condizioni contrattuali della prassi assicurativa, dalle quali solo può spiccare l'intento perseguito dalle parti contraenti, mi sembra alquanto indicativo di come le garanzie infortuni invalidanti presenti sul mercato non siano costruite su di un impianto indennitario: esse, infatti, disattendono chiaramente il dettato della norma (art. 1905 c.c.) ritenuta la consacrazione formale di tale principio, prevedendo essa che l'assicuratore sia tenuto a compensare esclusivamente il "danno sofferto in conseguenza del sinistro".

119 Vedi: Tabella di Invalidità permanente speciale (art 27 – condizione A5), Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

120 Vedi: Art. 6 Rendita vitalizia da infortunio, Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

121 Polizza Assicurazione Infortuni Globale 01.19, Vittoria Assicurazioni.

122 Vedi: Art. 5.5 Supervalutazione indennità per invalidità permanente, Polizza Assicurazione Infortuni Globale 01.19, Vittoria Assicurazioni.

Quale elemento maggiormente probante della natura non indennitaria di una garanzia, se non la previsione di una indennità che può essere calcolata anche con gradi percentuali di I.P. superiori alla effettiva e reale consistenza dei postumi residuati all'assicurato, fino ad arrivare ad una liquidazione che garantisce allo stesso ben il 225% della somma assicurata!

Analogo discorso può essere compiuto per le garanzie di I.P. da malattia, le quali partono con franchigie frontali di norma abbastanza elevate, aggirandosi tra il 25% ed il 30% di I.P., per poi riconoscere percentuali di I.P. liquidabile superiori a quella accertata, fino ad arrivare al grado di invalidità accertato in misura del 60%, per il quale e per tutti i gradi ad esso superiori, viene riconosciuta l'intera somma assicurata¹²³.

Né appare in sintonia con i precetti indennitari la modulazione di diarie, ad esempio, per degenze ospedaliere, riconosciute indipendentemente dall'esborso di rette di degenza ma anche qualora il ricovero avvenga presso strutture sanitarie pubbliche o convenzionate, oppure per perdita di anno scolastico o per convalescenza.

Le uniche garanzie che rispondono a regole indennitarie sono rappresentate da quelle relative al rimborso di spese di cura e di assistenza.

Ritornando all'altra clausola di polizza, comunemente denominata "Criteri di indennizzabilità", ed autorevolmente indicata¹²⁴, come sopra menzionato, a comprova della natura indennitaria della garanzia infortuni invalidanti, si può senz'altro affermare come essa non abbia nulla a che vedere con la regola dettata nell'art. 1905 c.c. ma riguardi essenzialmente altre problematiche ed in specie quella del nesso causale.

E' noto, infatti, come la garanzia privata infortuni non accolga la nozione di causalità adeguata desumibile dall'art. 42 c.p. ma la diversa nozione di causalità diretta ed esclusiva, di cui viene fatta espressa menzione in polizza¹²⁵.

In base a tale nozione, non possono costituire oggetto di prestazione assicurativa eventuali aggra-

¹²³ Vedi: Art. 50 Criteri di indennizzabilità delle garanzie malattia, Invalidità permanente, invalidità permanente grave e Rendita vitalizia, Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

¹²⁴ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 191.

¹²⁵ Vedi, nota 115.

vamenti dei postumi residuati dall'infortunio dovuti a patologie preesistenti (concause di lesioni), in quanto, tra l'altro, si verrebbe a coprire il diverso rischio malattia, né eventuali condizioni invalidanti preesistenti (concause di menomazione) che vengono ad aggiungersi o a sovrapporsi a quelle provocate dall'infortunio¹²⁶.

Nemmeno le disposizioni contenute negli artt. 1910 e 1916 c.c. trovano buona accoglienza nella garanzia privata infortuni, dubitandosi addirittura che la seconda possa costituire un caposaldo del principio indennitario¹²⁷.

In merito alla coesistenza di altre coperture assicurative per lo stesso rischio, alcune polizze si limitano a prevedere un mero obbligo di comunicazione da parte dell'assicurato della loro stipulazione, "ad eccezione di quelle stipulate per suo conto da terzi per obblighi di legge o di contratto e di quelle per cui è in possesso in quanto garanzie accessorie ad altri servizi (es: abbinare a biglietti di viaggio, conti correnti, carte di credito, mutuo fondiario o ipotecario)"¹²⁸, senza prevedere alcuna sanzione in caso di inadempienza, altre, invece, prevedendo, in caso di mancata comunicazione e senza che ciò comporti diniego di indennizzo o sua parziale liquidazione in caso di sinistro, che l'assicuratore abbia la facoltà di recedere dal contratto con preavviso di 60 gg., qualora emerga che i capitali dedotti nelle altre polizze vengano a superare il 50% della somma garantita in polizza¹²⁹.

Si evince, dunque, come il mercato si vada orientando verso una sostanziale disapplicazione della norma, considerata, invece, dalla giurisprudenza quale imprescindibile baluardo per contrastare le pulsioni speculative dell'assicurato, salvaguardandone, con importanti modulazioni in deroga, il solo primo

126 L. Letta, La clausola compromissoria e la clausola del nesso causale nell'assicurazione privata infortuni, in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2003, pag. 856: "La fondamentale, limpida funzione della clausola è quella di salvaguardare l'equilibrio economico, la regolarità statistica, l'autonomia e le peculiarità della tecnica e della gestione del ramo infortuni. Salvaguardia che consiste nell'evitare al ramo infortuni l'onere di indennizzi propri invece dei rami malattia e vita. In questi ultimi due ambiti, infatti, le basi tecniche, le cautele, gli ingressi in garanzia (molto controllati) sono sensibilmente diversi rispetto all'assicurazione infortuni".

127 Afferma L. Locatelli, op. ult. cit. pag. 1900: "Infine, quanto all'art. 1916 c.c., la norma è concettualmente ambigua e soffre, probabilmente, del vizio di genesi che la surrogazione dell'assicuratore in origine aveva esclusiva fonte negoziale e venne introdotta per la prima volta in forma legale nell'ordinamento italiano attraverso il Codice del commercio del 1882, ricalcando una norma già presente nel codice tedesco e al fine di risolvere le difficoltà collegate al rapporto con la surrogazione legale". Più recisamente, nel senso che la disposizione "non trova la sua giustificazione nella natura indennitaria dell'assicurazione", vedi G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 195.

128 Vedi: art. 3.3. Assicurazioni presso diversi assicuratori, Polizza GENERALI, IMMAGINA Benessere mod. 01/03 Ed. 03/2018.

129 Vedi: Art. 68 Altre assicurazioni, Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

comma, quale formale strumento per il controllo dei capitali assunti a rischio.

Del resto, in dottrina si è sostenuto che "l'art. 1910 c.c. (assicurazioni plurime) si applica per le assicurazioni nelle quali opera il principio indennitario", mentre "non si applica nelle assicurazioni di persone": nelle assicurazioni infortuni e malattie, infatti, "si possono acquistare tante polizze quante si desiderano, per il medesimo rischio, per il medesimo tempo"¹³⁰.

Tale affermazione viene fondata proprio sulla circostanza che in esse "l'ammontare del danno per cui è contratta l'assicurazione, il "danno atteso", è pattizio, è quello per cui l'assicurato è disposto a pagare il premio, e il danno effettivo è quello per il quale si è pagato il premio"¹³¹.

Ne consegue che "il problema del controllo della quantità di assicurazione comprata da parte dell'assicurato, presso un assicuratore e presso tutti gli assicuratori, e dell'indennizzo ricevuto, il problema del coordinamento delle polizze assicurative, in linea di massima, non sussistono"¹³².

Certo, nelle assicurazioni infortuni vi è l'esigenza di non favorire il comportamento opportunistico dell'assicurato di provocare l'infortunio o di svolgere un'attività pericolosa che potrebbe essere incentivato dalla stipulazione di una pluralità di polizze: eventuali esternalità negative su altri assicuratori, così come quella di evitare la selezione avversa, possono tuttavia essere risolte con il richiamo in polizza dei soli primi due commi dell'art. 1910 c.c., mentre i restanti due, espressioni di una logica indennitaria, sono del tutto ultranei, così come la prassi di mercato dimostra¹³³.

Per quanto concerne la surroga assicurativa, da molti ritenuta non solo espressione del principio indennitario ma altresì elemento qualificante, nel senso di assicurazione danni, della garanzia privata infortuni per il suo formale richiamo contenuto nell'ultimo comma dell'art. 1916 c.c., sono ormai decenni che il mercato assicurativo abdica ad avvalersene nelle ipotesi in cui l'infortunio sia addebitabile a responsabilità di terzi¹³⁴.

Se vi sono posizioni che deducono, a contrario, da tale unico richiamo nella precitata norma in materia

¹³⁰ V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 201.

¹³¹ V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 201.

¹³² V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 202.

¹³³ V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 202.

¹³⁴ . Vedi: Art. 63 Diritto di surrogazione: "AXA rinuncia al diritto di surrogazione di cui all'art. 1916 C.C. verso i terzi responsabili dell'infortunio o della malattia", Polizza AXA Italia Protezione su misura Edizione febbraio 2022.

di assicurazione danni, la estraneità della garanzia contro le disgrazie accidentali alla logica indennitaria che ispira le assicurazioni contro i danni, vi è invece chi, sostenendo la sua compatibilità a tale logica, considera tuttavia il diritto di surroga "soltanto un problema di politica legislativa" che non ha alcuna incidenza "sulla funzione risarcitoria dell'indennità assicurativa"¹³⁵.

Sta di fatto che l'orientamento giurisprudenziale del Supremo Collegio nella sua Assise plenaria, come si è ampiamente illustrato in precedenza, in un'ottica totalizzante del principio indennitario, ha dato del diritto di surroga una intransigente quanto inedita lettura, arrivando a sostenere la sua efficacia *ope legis*, anche in presenza di espressa clausola di rinuncia al suo esercizio da parte dell'assicuratore.

Anche sotto questo aspetto, si palesa una profonda dissonanza tra struttura negoziale della garanzia infortuni, quale emerge dalla prassi negoziale, espressiva dell'intento delle parti ad affrancarla da ogni impostazione indennitaria ed il tentativo giurisprudenziale ed in parte anche dottrinale, di una sua ricomposizione entro un'architettura che ne sancisca una indelebile funzione compensativa di un danno.

Se, infatti, la posizione tradizionale vede la surroga quale strumento per impedire una duplice compensazione, con conseguente arricchimento dell'assicurato ed accrescimento del suo interesse al verificarsi del sinistro, per contro, è stato dimostrato come, la sommatoria di risarcimento ed indennizzo, nel caso di rinuncia all'esercizio della surroga da parte dell'assicuratore, non produrrebbe alcuna ingiusta locupletazione sia a termini dell'art. 2041 c.c.¹³⁶, sia in considerazione diversità dei titoli a fondamento della duplice percezione¹³⁷.

Né può essere sottaciuto che la rinuncia ad esercitare il diritto di surroga comporta un supplemento

¹³⁵ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 195.

¹³⁶ La Torre Mariaenza, *Compensatio lucri cum danno e diritto di surrogazione dell'assicuratore*, in *Rivista Diritto Privato* 4/2019 pag. 543: "Ma, a fugare il dubbio, basta leggere l'art. 2041 c.c. ("Azione generale di arricchimento"), che dovrebbe costituirne il fondamento: "Chi, senza giusta causa, si è arricchito a danno di un altro, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultimo della correlativa diminuzione patrimoniale. Sennonché: a) difetta il requisito della mancanza di una "giusta causa", questa consistendo nel danno causato dal responsabile col suo fatto illecito, esso si produttivo di un "danno ingiusto" per colui che l'ha patito; b) non c'è un arricchimento "a danno di un altro", perché se il danneggiato riceve anche l'indennità assicurativa, questo né è pagata da o per il danneggiante, né è riscossa dal danneggiato in pregiudizio del terzo responsabile; c) costui, pertanto, non subisce alcuna "diminuzione patrimoniale". Piuttosto, a parti invertite, sembra più vicino al vero la conclusione che arricchimento senza giusta causa vi sarebbe nel terzo responsabile se questi fosse esonerato dall'obbligo di risarcimento".

¹³⁷ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 195.

di premio per l'assicurato¹³⁸, e, pertanto, la soluzione adottata dalla Suprema Corte di ritenere comunque inefficace una deroga contrattuale alla surroga, attesa l'operatività *ex proprio vigore* dell'art. 1916 c.c., in quanto ipotesi di surroga legale ex art. 1203 c.4 c.c., determina, questo sì, un ingiustificato arricchimento per il responsabile civile che si vede sgravare di parte del suo obbligo risarcitorio e, nel contempo, un ingiusto, quanto deplorabile, onere per l'infortunato che, nella sostanza, viene così a trovarsi nella spiacevole situazione di finanziatore di una copertura assicurativa a favore dell'autore dell'illecito di cui è rimasto vittima.

L'esame, sia pure limitato ad un paio di polizze, rappresentative tuttavia dell'attuale offerta del mercato assicurativo, dimostra come nella garanzia contro gli infortuni invalidanti (e non solo in quella per il caso morte) l'obbligazione contrattuale dell'assicuratore non abbia alcuna funzione compensativa di un danno in quanto, pur avendo quale presupposto un evento dannoso, non si modella su di esso allo scopo di elidere la sua effettiva e reale consistenza nel patrimonio dell'assicurato, bensì viene stabilita in modo convenzionale in rapporto alle esigenze di vita di quest'ultimo che potrebbero mutare, con una diminuita capacità di guadagno o determinando una situazione di sproporzione tra mezzi finanziari e bisogni, qualora la disgrazia accidentale dovesse verificarsi¹³⁹.

Ci troviamo dunque dinanzi ad una obbligazione di carattere tipicamente previdenziale, diretta a procurare all'assicurato una provvista finanziaria adeguata a far fronte a necessità economiche proprie o dei propri familiari, in rapporto ad un evento aleatorio che, qualora malauguratamente si realizzasse, creerebbe un divario tra bisogni e mezzi atti a soddisfarli.

Al momento della stipula del contratto, l'assicurando non è in grado di prefigurare le precise conseguenze negative della disgrazia accidentale: egli può solamente compiere una proiezione futura di quello che potrebbe presuntivamente essere il suo fabbisogno finanziario futuro determinato dal suo accadimento, ed anche al momento di realizzazione dell'evento, la prestazione verrà adempiuta secondo quanto pattuito in base a tale proiezione, potendo la diminuita capacità di guadagno o l'aumentato

138 V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 226: "La deroga della surroga accresce gli avversi incentivi per il comportamento dell'assicurato, il rischio a carico dell'assicuratore, e fa crescere il premio; il problema del rischio morale è regolabile con il contratto, con influsso sul premio".

139 P. Corrias, La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi, in Rivista di diritto civile, Anno LIX, n.1, gennaio-febbraio 2013, pag. 50-51: "Non deve perciò sorprendere che, in ambito assicurativo, un evento naturale (incerto), quale la morte o l'infortunio, possa essere considerato e qualificato - non in ragione dell'idoneità a determinare perdite patrimoniali, come avviene in altri comparti dell'ordinamento - ma per l'attitudine a far sorgere esigenze e/o interessi diversi, di natura previdenziale".

fabbisogno essere meramente presunti.

Mentre l'evento lesivo, presupposto dell'obbligazione, dovrà essere accertato con precisione al suo verificarsi ed in tal senso si spiega il richiamo in polizza della normativa sulla denuncia di sinistro (art. 1913, 1915 c.c.), le altre disposizioni in materia di assicurazione danni risultano incongrue e vengono disapplicate o derogate, non dovendosi operare una esatta correlazione tra la prestazione pattuita e la diminuita capacità di guadagno (che tra l'altro potrebbe risultare puramente presunta) o con i nuovi bisogni venutisi a determinare.

Ma, poiché la funzione tipica del contratto "deve essere desunta dalle reciproche obbligazioni delle parti"¹⁴⁰ e non esclusivamente dalla "predeterminazione convenzionale ed astratta della somma dovuta dall'assicuratore"¹⁴¹, si è sostenuto da autorevole esponente della dottrina che "la individuazione della natura della prestazione dell'assicurato e cioè del premio" costituisce "indice rivelatore di quella operazione tecnico-economica che è alla base del contratto di assicurazione contro gli infortuni e conseguentemente della funzione del contratto medesimo"¹⁴².

L'Autrice, allora, ricostruisce la struttura del premio nelle assicurazioni vita e quindi la raffronta con quella delle assicurazioni infortuni, nelle quali il premio puro viene calcolato "in base al solo elemento probabilistico"¹⁴³ e cioè "strutturato secondo gli schemi tipici delle assicurazioni contro i danni":¹⁴⁴ questa caratteristica tecnica costituirebbe una fondamentale conferma della natura indennitaria della garanzia contro le disgrazie accidentali che Ella già ritiene emergente dalla disciplina contrattuale di polizza.

Nelle assicurazioni vita, l'assicurato paga un premio unico o un premio costante "al quale non corrisponde sul piano economico un impegno attuale dell'assicuratore della stessa entità" ma quest'ultimo provvede alla "capitalizzazione di queste somme ad un dato tasso di interesse", per cui l'operazione vita "si risolve in una operazione di capitalizzazione che chiameremo demografico-finanziaria"¹⁴⁵.

140 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 37.

141 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 160.

142 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 164.

143 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 165.

144 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 165.

145 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 128.

Tale operazione certamente “si avvale del mezzo tecnico assicurativo e cioè del calcolo probabilistico”, come nelle assicurazioni danni, ma vi aggiunge l’elemento finanziario della capitalizzazione e quello demografico

dell’aspettativa di vita “per garantire all’assicurato, il quale prevede di aver bisogno per sé o per altri di certe somme di denaro in relazione al verificarsi di certi eventi della vita (morte, vecchiaia, maggiore età, etc.), il pagamento di un capitale o di una rendita per l’ipotesi che l’evento si verifichi”¹⁴⁶.

L’elemento finanziario, “presente in tutti i tipi di assicurazione sulla vita indipendentemente dalla loro durata”¹⁴⁷ consente all’assicuratore la formazione di una riserva matematica e, all’assicurato, di poter usufruire del riscatto e dell’anticipazione su polizza, assumendo un “rilievo determinante nella disciplina del contratto”¹⁴⁸ e facendo dell’assicurazione vita “una forma di risparmio aleatorio”¹⁴⁹.

Poiché la capitalizzazione del premio manca del tutto nell’operazione tecnica sottostante all’assicurazione infortuni, nella quale il premio “è calcolato in base al solo elemento probabilistico” e dunque “strutturato secondo gli schemi tipici delle assicurazioni contro i danni”¹⁵⁰, all’Autrice “tanto basta... per escludere che l’assicurazione infortuni abbia una struttura causale analoga a quella della assicurazione sulla vita”¹⁵¹, non potendo la sua funzione “essere identificata e neppure assimilata alla funzione di risparmio aleatorio”¹⁵² tipica invece dell’assicurazione vita.

Secondo tale impostazione, “l’analisi delle basi economiche del corrispettivo”¹⁵³ pagato dall’assicurato costituisce l’autentica cartina di tornasole della funzione indennitaria della garanzia contro le disgrazie accidentali che, secondo l’Autrice, trova poi conferma anche nella disciplina contrattuale di polizza.

Ora, se non può essere trascurato “il rilievo assunto dall’impresa, e per essa dall’operazione tecnica assicurativa, nell’economia del contratto” e quindi l’importanza della “nozione tecnica di premio” quale

146 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 128.

147 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 126.

148 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 127.

149 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 128.

150 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 165.

151 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 166.

152 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 166.

153 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 124.

manifestazione della "rilevanza giuridica dell'elemento organizzativo imprenditoriale"¹⁵⁴, nemmeno può essere negata "la preminente rilevanza nella economia del contratto della prestazione dovuta dall'assicuratore al verificarsi dell'evento assicurato"¹⁵⁵.

Al riguardo, si è visto come la prestazione dell'assicuratore, anche nel caso di disgrazia invalidante e non mortale, non possa essere immessa negli angusti vincoli delle regole indennitarie e corrisponda, nella sua declinazione a livello di clausole contrattuali, all'esigenza dell'assicurato non di ottenere un ristoro di un danno ma di poter contare su di una provvista finanziaria adeguata a far fronte ad uno scenario economico a lui sfavorevole derivante dalla realizzazione del rischio infortunio.

L'intento delle parti¹⁵⁶, quale emerge dalla disciplina contrattuale di polizza, è quello di realizzare una operazione di natura previdenziale e non compensativa di un danno¹⁵⁷.

Che poi tale funzione previdenziale nelle assicurazioni infortuni non venga realizzata dall'assicuratore mediante una operazione demografico-finanziaria e cioè mediante la capitalizzazione di parte del

154 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 123.

155 G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 40. Al riguardo, P. Corrias, in op. ult. cit., pag. 53, afferma "Alcune disposizioni relative alla corretta organizzazione e gestione dell'impresa assicurativa, incidono in maniera sensibile anche sulla disciplina del contratto. Ciò nonostante, condividiamo l'opinione secondo cui la valenza qualificatoria espressa da tali disposizioni debba essere considerata complementare e sussidiaria rispetto a quella - principale e prevalente - da attribuire alle regole, direttamente riferite al rapporto assicurativo, che sanciscono il diverso ruolo svolto dall'evento futuro ed incerto nell'ambito del regolamento contrattuale".

156 La giurisprudenza di legittimità ha ormai da tempo (Cassazione Civile, Sez. III, 8 maggio 2006 n.10490) aderito alla c.d. "teorica della causa concreta", abbandonando la tesi della causa quale funzione economico-sociale del contratto, formulata in dottrina da E. Betti e divenuta dominante in giurisprudenza a far data dall'emanazione del Codice Civile. La Suprema Corte ha, dunque, "lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare" (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 marzo 2015 n. 4628).

157 Concorde, in tal senso, M. Hazan, L'assicurazione infortuni tra diritto positivo, prassi negoziale e prospettive di riforma, in *Diritto ed Economia dell'Assicurazione*, 2005, pag. 597: "Le polizze infortuni oggi maggiormente diffuse (con deroga agli art. 1910 e 1916 c.c.) non hanno una funzione indennitaria (non sono congegnate in modo da "compensare l'effettivo danno subito") ma "previdenziale", nel senso indicato dall'art. 1882 c.c. ultimo inciso: "pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana". Ci troviamo, dunque, di fronte ad una singolare biforcazione: quella tra quanto può desumersi dalla prassi e dalla "tipizzazione" di fatto di condizioni di contratto del tutto autonome rispetto alle vigenti previsioni codicistiche, e quanto vorrebbe sostenersi forzando la disciplina dell'assicurazione entro schemi predefiniti e, in concreto, inadeguati".

premio puro, come avviene nelle assicurazioni vita, ciò dipende dalla "incidenza del fattore tempo"¹⁵⁸: in ambito di copertura infortuni la proiezione del fabbisogno viene compiuta in un orizzonte temporale limitato (solitamente di un anno) e comunque può essere aggiornata annualmente, qualora pluriennale.

Peraltro, la realizzazione della funzione previdenziale non è necessariamente collegata ad una operazione tecnico-assicurativa basata sulla capitalizzazione¹⁵⁹, così come non tutti i contratti rientranti da un punto di

vista amministrativo-gestionale tra i rami vita svolgono funzione previdenziale¹⁶⁰.

Del resto, anche nelle assicurazioni danni "l'assicurato con il premio che paga, trasferisce e redistribuisce nel tempo reddito ossia opportunità di consumo, in diversi stati del mondo, da momenti favorevoli da un punto di vista economico ad altri momenti sfavorevoli"¹⁶¹.

Si può quindi affermare che il contratto di assicurazione, in generale, "stabilizza il reddito di una persona, riduce le variazioni di reddito" ed in ciò mostra "analogie con il risparmio"¹⁶².

Se il presupposto che attiva l'obbligazione dell'assicuratore nella garanzia contro le disgrazie accidentali è costituito da un evento incerto "di carattere dannoso e, allo stesso tempo, attinente alla vita umana, e tale evento infortunio ha una valenza previdenziale a termini dell'art. 38 Cost., la funzione previ-

158 V. De Lorenzi, op. ult. cit., pag. 15 in nota: "E' poi diversa nei due rami l'incidenza del fattore tempo: il contratto di assicurazione sulla vita ha durata lunga nel tempo, e nel calcolare il premio si tiene conto dell'interesse composto o di un fattore di sconto; il contratto di assicurazione contro i danni ha, invece, una durata più limitata, normalmente un anno, disdettabile o rinnovabile, il premio viene calcolato su basi annue, e non si tiene conto del valore attuale del danno".

159 Come ammette la stessa G. Volpe Putzolu, op. ult. cit. pag. 24-25, le assicurazioni sociali contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali hanno "carattere non indennitario", in quanto "il risarcimento del danno non è mai il fine precipuo dell'attività previdenziale" e, pur avendo dunque una funzione tipicamente previdenziale, da un punto di vista tecnico-gestionale non sono fondate su una operazione di capitalizzazione.

160 Lo ammette la stessa G. Volpe Putzolu, in op. ult. cit. pag. 130 in nota: "Alcune specie di assicurazioni sulla vita però, sebbene fondate sulle stesse basi tecniche e finanziarie proprie di tutte le forme del ramo, per le loro caratteristiche si prestano in pratica ad assolvere una funzione di garanzia; così, ad esempio, l'assicurazione temporanea in caso di morte viene ad assolvere una funzione analoga a quella dell'assicurazione del credito, quando sia contratta da un creditore sulla vita del proprio debitore, per garantirsi il pagamento del credito in caso di morte di quest'ultimo; funzione analoga può svolgere la c.d. assicurazione di annualità certe".

161 V. De Lorenzi, op. ult. cit. pag. 13.

162 V. De Lorenzi, op. ult. cit. pag. 13.

denziale, in quanto costituzionalmente più pregnante, assorbe quella indennitaria¹⁶³.

Ne consegue che la possibilità "di determinare la prestazione prescindendo dalle conseguenze dannose dell'evento" rende prevalente nelle assicurazioni infortuni ed in generale della salute, "la disciplina delle assicurazioni di eventi della vita rispetto a quella delle assicurazioni contro i danni e comunque "tendenzialmente inapplicabili le regole che costituiscono espressione del principio indennitario, con la conseguenza che le parti non saranno tenute a rispettare la corrispondenza tra *quantum* della prestazione e quantificazione dei danni alla persona, imposta dallo stesso"¹⁶⁴.

Il voler subordinare la funzione giuridico-economica del contratto, così come voluta dalle parti nelle clausole di polizza e tutelata dall'ordinamento, persino a livello costituzionale, alle tecnicità proprie della operazione assicurativa sottostante non appare dunque argomentazione dirimente¹⁶⁵.

Le considerazioni sin qui svolte rendono evidente come le teorie indennitarie della garanzia infortuni portate avanti dalla dottrina e sviluppate fino a conseguenze estreme negli ultimi arresti giurisprudenziali, urtino contro la prassi negoziale che da sempre ha considerato la polizza infortuni quale strumento di previdenza e non quale rimedio compensativo di un danno.

Si è, infatti, evidenziato come i formulari di polizza non seguano una logica compensativa, prevedendo percentuali di invalidità liquidabile ben superiori (e fino ad arrivare a multipli) delle percentuali accertate in base a valutazione medico-legale, di modo che la prestazione di garanzia erogata dall'assicuratore risulti aliena dai requisiti e dalla funzione di indennizzo.

In proposito, anche la terminologia di polizza dovrebbe conformarsi a quella di tutti gli altri Paesi, ove nelle assicurazioni di persone la prestazione dell'assicuratore viene denominata con espressione differenziata rispetto a quella utilizzata nelle coperture danni: se può apparire sgradevole o impropria la

163 P. Corrias, op. ult. cit., pag.74.

164 P. Corrias, op. ult. cit., pag.74 e 75.

165 Osserva V. De Lorenzi, op. ult. cit. pag. 59 in nota: "Il fatto che l'assicurazione infortuni, per le modalità di calcolo del premio e delle riserve, sia simile all'assicurazione contro i danni, e nella gestione dell'impresa di assicurazione sia ricompresa nel ramo danni (o, più precisamente, nei rami diversi dal ramo vita) non vuol dire nulla: sono esclusivamente esigenze dell'industria assicurativa, presenti, ma sullo sfondo. E il fatto che le polizze presentino caratteri comuni con l'assicurazione sulla vita non vuol dire, peraltro, che l'assicurazione infortuni sia da ricondurre all'assicurazione sulla vita. E' da ritenere che vi sia un *genus* assicurazione di persone, e un *genus* assicurazione di beni diversi dalle persone".

traduzione di *benefit* in beneficio, si potrebbe ricorrere, come è stato proposto ed attuato,¹⁶⁶ al termine indennità che, tra l'altro, spesso viene utilizzato nel linguaggio comune proprio con tale valenza.

Ma soprattutto è necessario invertire la rotta rispetto al dominante orientamento giurisprudenziale che ha sacrificato la garanzia privata infortuni sugli altari del principio indennitario, in base a teorizzazioni avulse dalla prassi negoziale e pervase dall'ossessione del *moral hazard* dell'assicurato, precludendo il pieno realizzarsi della sua funzione previdenziale, proprio in un tornante epocale che vede un imponente ritirarsi dello Stato e del *welfare* pubblico, lasciando ampi spazi che solo lo sviluppo di strumenti previdenziali ed assistenziali privati potrebbero colmare.

Arbitrarie limitazioni nella determinazione dei capitali assicurati, ingiustificati defalchi dai crediti risarcitori di indennità assicurative, anche in presenza di clausole di rinuncia alla surroga, assurdi oneri probatori posti a carico dell'assicurato allo scopo di dimostrare che il cumulo delle prestazioni dovute non venga a superare il danno subito, come emergono da consolidati orientamenti giurisprudenziali, non costituiscono certo un contesto favorevole ed incentivante per l'espandersi di una copertura assicurativa che rappresenta una forma di *welfare* privato disponibile per vasti strati della popolazione e a prezzi contenuti.

8. Per una nuova stagione della garanzia privata infortuni: il coraggio di voltare pagina

Favorita dall'assenza di una disciplina legislativa e da un contesto di rigida sistemazione bipolare delle garanzie assicurative si è venuta a creare una profonda dissonanza tra la prassi negoziale orientata ad attribuire alla garanzia privata infortuni una funzione prettamente previdenziale e la teorizzazione giurisprudenziale intesa a tipizzare in senso fortemente indennitario una copertura assicurativa che, per "l'apparente disarmonia"¹⁶⁷ dei suoi elementi caratterizzanti, sembra svincolarsi da ogni rigore dogmatico.

Questo notevole scarto, esacerbato da posizioni fortemente ideologizzate e perentorie della giurispru-

¹⁶⁶ G. Forte, op. ult. cit., pag. 191: "Purtroppo la parola "beneficio", equivalente italiano di *benefit*, non rende lo stesso significato. Nel testo di polizza che da anni ho adottato nella mia compagnia, ho preferito parlare di "indennità" invece che di indennizzo o risarcimento (che uso invece per le assicurazioni di cose). Non è il vocabolo ideale e non arriva allo scopo desiderato, ma è un buon compromesso; del resto tutta la mia polizza infortuni, dovendo essere utilizzata in Italia e non potendo quindi essere interamente "all'inglese", è un compromesso tra metodo britannico e metodo italiano".

¹⁶⁷ G. Volpe Putzolu, op. ult. cit., pag. 161.

denza rischia di compromettere la vitalità stessa del mercato assicurativo nel comparto dedicato ai prodotti di protezione della persona, oltre che ad incidere sui rapporti con il sistema della responsabilità civile.

La singolarità del panorama italiano si staglia viepiù a fronte della unanime esperienza degli altri Paesi europei e non, ove non si riscontrano analoghe visioni totalizzanti del principio indennitario ma, al contrario, la garanzia privata infortuni e le altre coperture assicurative per la persona, vengono ad acquisire la dignità di un autonomo modello assicurativo oppure sono assimilate, nella loro funzione previdenziale, alle assicurazioni sulla vita.

Che la distonia tra formante giurisprudenziale ed "il diritto vivente uscito dal commercio giuridico"¹⁶⁸ sia da risolvere è questione ineludibile, anche se, a breve scadenza, non appaiono all'orizzonte strumenti idonei a fornire pronte soluzioni.

Un *revirement* giurisprudenziale, sebbene auspicabile, risulta difficilmente realizzabile¹⁶⁹, considerata anche la forte spinta ideologizzante che ha sorretto l'opera di rimodellamento della garanzia in senso indennitario compiuta a partire da inizio millennio.

168 F. Ferrara, Trattato di diritto civile italiano, I Dottrine generali, I, Il diritto i soggetti, le cose, Roma 1921 pag. 151.

169 Tuttavia, una timida e sinora isolata apertura verso una funzione di natura previdenziale della garanzia infortuni invalidanti è stata ammessa da Tribunale di Treviso, Sez. I, 11 giugno 2019 n.1285, nel caso di inserimento in polizza di una pattuizione in deroga all'art.1910 c.c.: " Chi stipula più polizze infortuni che prevedono il pagamento di un capitale in proporzione del grado di invalidità, persegue verosimilmente l'obiettivo di mettersi al riparo dalle conseguenze, attinenti alla sua vita, che un infortunio può provocare, pattuendo il pagamento di un capitale la cui misura è proporzionata all'entità della lesione ma senza un'espressa qualificazione della natura del danno risarcito o una sua specifica qualificazione, sulla sola scorta di una valutazione convenzionale del «valore uomo». Lo scopo dell'assicurato appare, lato sensu, previdenziale, e si colloca, su un piano affatto diverso da quello del risarcimento del danno nel caso in cui l'infortunio sia conseguenza del fatto illecito del terzo". "Alla luce di queste considerazioni si può ragionevolmente ritenere che una clausola quale quella contenuta all'art. 8 delle condizioni generali di polizza (doc. 14 di parte attrice) nell'assicurazione contro gli infortuni, sia idonea ad orientare la qualificazione del contratto dal ramo danni, nel quale prevale il criterio indennitario, ad una forma intermedia, nella quale non è escluso l'aspetto previdenziale". Il testo integrale della sentenza è reperibile in Resp. Civ. e prev., pag.902 ss., con relativo commento di F. Pes, Assicurazioni infortuni: natura, cumulo di prestazioni e limiti alla prestazione di impresa. L'Autrice, pur apprezzando "la posizione assunta dall'organo giudicante", ritiene che essa possa "esporsi a criticità per il fatto di far dipendere la qualificazione del negozio dal modo in cui le parti determinano la prestazione garantita ed a seconda che quest'ultima sia o meno, nella polizza, ancorata ad un danno", mentre Ella propugna, quale soluzione ottimale, "un collocamento sistematico dell'assicurazione infortuni invalidanti nel novero delle assicurazioni sulla vita": tale riposizionamento della garanzia, infatti, "consentirebbe, quantomeno in via tendenziale, l'applicazione di quella disciplina che connota l'assicurazione sulla vita" ed in particolare "il trattamento favorevole all'assicurato previsto dalle disposizioni del ramo vita ad iniziare da quella, rilevantissima, di cui all'art. 1923, comma 1, c.c."

Non rimane che la prospettiva di un intervento legislativo, capace di assumere la responsabilità, anche in sede politica, di una opzione volta ad incentivare il senso di previdenza della persona in un contesto economico nel quale il *welfare* privato svolgerà sempre più un ruolo di integrazione e supporto delle prestazioni sociali pubbliche: è noto, peraltro, che le priorità della classe politica sono dettate dalle urgenze del momento, per cui, in assenza di una efficace pressione da parte dell'industria assicurativa, anche su questo versante i tempi si profilano lunghi.

Entrando nel merito delle soluzioni, quella che appare più adeguata a coniugare le peculiarità strutturali della garanzia contro le disgrazie accidentali e la sua funzione previdenziale è il suo inserimento all'interno di un terzo tipo contrattuale di assicurazioni delle persone, sul modello francese¹⁷⁰, per il quale venga stabilita una normativa a carattere previdenziale e cioè siano espressamente sanciti i seguenti punti:

- ✓ la libera pattuizione contrattuale delle somme assicurate, aventi carattere di investimento previdenziale volto a fronteggiare le conseguenze della disgrazia e non di ristoro della lesione corporale patita;
- ✓ l'esclusione del diritto di surroga dell'assicuratore verso terzi responsabili, con la sola eccezione per le garanzie prestate a titolo di rimborso;
- ✓ l'inapplicabilità di tutte le disposizioni espressioni del principio indennitario, tranne per le garanzie di rimborso spese e con salvezza delle norme, in particolare sulla denuncia di sinistro, in materia di assicurazioni danni non incompatibili con la funzione previdenziale della garanzia.

In questo modo, verrebbe fornita tipizzazione legale ad un negozio già socialmente tipizzato in tal senso e con esso confluirebbero in un unico schema legale tipizzante anche altre coperture, quali le assicurazioni I.P. da malattia, le garanzie LTC (Long Term Care) ed eventuali ulteriori nuovi prodotti assicurativi dedicati alla protezione della persona.

La certezza di disciplina giuridica che ne deriverebbe, garantirebbe sicurezza per la prassi negoziale

¹⁷⁰ Attualmente la garanzia infortuni, quale assicurazione di persone risulta così disciplinata: Article L.131-1: "En matière d'assurance sur la vie et d'assurance contre les accidents atteignant les personnes, les sommes assurées sont fixées par le contrat".; Article L131-2 Code des Assurances: "Dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre. Toutefois, dans les contrats garantissant l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à la personne, l'assureur peut être subrogé dans les droits du contractant ou des ayants droit contre le tiers responsable, pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat".

delle parti, non più in balia di mutamenti giurisprudenziali incapaci di coglierne l'autentico scopo perseguito, darebbe impulso ed incentivo allo sviluppo di strumenti di *welfare* privato, ad integrazione ed in sinergica compartecipazione con quelli dell'assicurazione sociale e dell'assistenza pubblica e per uno sviluppo di uno stato sociale sempre più integrato tra pubblico e privato.

Per i nostalgici delle coperture indennitarie, sempre guardando al modello francese¹⁷¹, il mercato assicurativo potrebbe, in alternativa, offrire prodotti per il rischio di infortuni anche a carattere tipicamente compensativo delle lesioni personali patite dall'infortunato: i postumi verrebbero valutati in sede medico legale in base alle tabelle in uso nella infortunistica privata o, in alternativa, a quelle INAIL allegata al D.P.R. n.1124/65 e l'indennizzo elaborato applicando la percentuale accertata al reddito da lavoro dell'assicurato o, nel caso in cui egli non ne sia percettore o non sia in grado di fornirne prova documentale, su di un reddito presunto pari, ad esempio, al triplo della pensione sociale¹⁷².

171 In alternativa alle comuni garanzie infortuni individuali e collettive a base forfetaria, nel maggio 2000 l'associazione di categorie delle imprese assicuratrici francese (FFSA: Fédération Française des Sociétés d'Assurances) ha proposto al mercato un innovativo modello di prodotto infortuni denominato GAV (Garantie des Accidents de la Vie), il quale offre una copertura indennitaria per le conseguenze lesive relative ai rischi della vita privata. L'indennizzo risulta, infatti, parametrato sulla stima medico-legale delle reali conseguenze lesive determinate dall'evento infortunistico e sulla valutazione del danno in base ai *barèmes* vigenti per la determinazione del danno civilistico. Qualora si volesse proporre sul mercato italiano analoga offerta assicurativa non mi sembra, tuttavia, opportuno adottare una valutazione del danno compiuta in base agli stessi criteri che presiedono la stima del danno da illecito civile, ritenendo preferibile una stima *ad hoc* del danno derivante da evento infortunistico, come sopra indicato.

172 A mio sommo avviso, l'offerta sul mercato di due distinti prodotti alternativi, l'uno con funzione previdenziale e l'altro con mera funzione indennitaria, risulta soluzione più chiara e trasparente anche in prospettiva di opzione da proporre al consumatore assicurativo, rispetto alla proposta di una polizza infortuni quale "contratto a causa variabile" formulata da L. Locatelli, La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile? in Responsabilità civile e previdenza, n.1- 2019 in questi termini: " Se ci si distacca da una visione di scelta forzata tra le due prospettive, si può intravedere nella polizza infortuni non mortali un contratto che, in realtà, riesce ad agire in via trasversale rispetto alle esigenze dell'assicurato, presentandosi in un assetto causale variabile. Esso può, cioè, integrare una polizza contro i danni soggetta al principio indennitario per quanto concerne la garanzia prestata all'interno del livello dell'elisione del danno civilistico. Oltrepastato, però, il limite del danno — operazione possibile mediante la scelta convenzionale tra le parti — la polizza si completa seguendo un profilo causale diverso, integrando un regime previdenziale svincolato dall'indennizzo al quale si propone, quindi, parallelamente. L'assicurazione sull'infortunio può, in effetti, trovare la propria ragione non solo in relazione alla rimozione del danno ma anche nella precauzione — a fronte di un evento negativo che può colpire la persona nella sua integrità psicofisica o, come visto, nella sua capacità di produrre reddito — di introdurre una forma di previdenza che non si sostituisce ma si affianca a quella indennitaria. Una prestazione dell'assicuratore legata al desiderio di garantire, proprio a fronte dell'evento negativo incidente sull'integrità fisica, non solo l'elisione del danno attraverso il processo indennitario ma anche una maggiore tranquillità economica, introducendo una forma di risparmio di pieno valore sociale, seguendo una causa non solo lecita ma prevista dal legislatore".

Ma ciò non toglie che il futuro della garanzia privata infortuni sta nello scopo previdenziale ed i timori per comportamenti speculativi o addirittura fraudolenti dell'assicurato, insiti in una libera pattuizione dei capitali assicurati, appaiono del tutto infondati oltre che immotivati, posto che per i primi la competenza ed esperienza degli assicuratori hanno dimostrato di saper valutare correttamente la quantità di rischio da sottoscrivere rispetto alla domanda¹⁷³, mentre contro la frode risulta perfettamente adeguata sia la normativa civilistica (art. 1900 c.c.), sia quella penalistica (art. 642 c.p.).

Il chiaro riconoscimento di una funzione previdenziale della garanzia privata infortuni consente, inoltre, di definire in modo netto il problema "della ricerca del coordinamento tra responsabilità civile ed assicurazione"¹⁷⁴.

Poiché funzione della garanzia *de quo* non è compensare un danno, bensì assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita compromesse dalle conseguenze dell'evento infortunistico, in adempimento di un principio costituzionalmente protetto, non si frappone alcun ostacolo all'accoglimento della soluzione del cumulo integrale di indennità assicurativa e di risarcimento del danno civilistico, secondo il tradi-

173 Osserva puntualmente P. Corrias, op. ult. cit., pag. 75: "Da quanto osservato, non deve però trarsi la conclusione che, nell'ambito degli schemi contrattuali in esame, i contraenti possano determinare *ad libitum* l'entità della prestazione dell'impresa. La necessità di collegare, almeno in linea di massima, l'ammontare della prestazione promessa alle esigenze economiche che potrebbero sorgere in conseguenza della menomazione psico-fisica dedotta nel contratto, infatti, è richiesta anche nel contesto della funzione previdenziale e, precisamente, riposa sul concetto di "adeguatezza" tra mezzi previsti (o assicurati) ed esigenze maturate a seguito del verificarsi dell'evento". Con riguardo al concetto di adeguatezza, l'illustre Autore riporta quanto espresso da Corte Costituzionale, 27 giugno 1986 n.173 secondo la quale i: "mezzi adeguati alle esigenze di vita da assicurare non sono solo quelli che soddisfano i bisogni elementari e vitali ma anche quelli che siano idonei a realizzare le esigenze relative al tenore di vita conseguito... in rapporto al reddito e alla posizione sociale raggiunta in seno alla categoria di appartenenza...". In tal senso si è espressa anche la pronuncia del Tribunale di Treviso, Sez. I, 11 giugno 2019 n.1285, già riportata in nota n.169, rilevando come, anche l'accoglimento di una funzione previdenziale della garanzia non comporti la determinazione *ad libitum* dei capitali assicurati e che "il tendenziale collegamento tra l'entità della somma complessivamente promessa all'assicurato – non importa se da uno o più assicuratori – e le esigenze economiche che potrebbero sorgere in conseguenza dell'evento contemplato è assicurato dalla « adeguatezza » tra prestazioni ed esigenze previdenziali, richiesta dall'art. 38, comma 2, Cost." Il giudice "rilevata l'impossibilità di cogliere – per carenza di idonee allegazioni, e soprattutto a fronte dell'entità della già avvenuta liquidazione (Euro 490.000,00) – il tendenziale collegamento tra l'entità della somma complessivamente promessa all'assicurato dai due assicuratori e le esigenze economiche collegate alla menomazione fisica dedotta nel contratto", non ha, pertanto, ritenuto di dover accogliere la domanda di liquidazione della somma capitale ulteriormente pattuita nell'altra polizza sottoscritta dall'attore.

174 R. Pardolesi, Assicurazione e responsabilità civile, risarcimento più indennizzo: troppo grazia? Modelli a confronto, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, pagg. 1490.

zionale approccio adottato nei sistemi di *common law* con la *doctrine* della *collateral source rule*¹⁷⁵.

Ne consegue, quale immediato portato, la piena affermazione del principio di responsabilità, in quanto sull'autore dell'evento di danno illecito (o sul relativo assicuratore R.C.) verrà a gravare integralmente ogni debito risarcitorio, senza che egli possa beneficiare in alcun modo dell'atto di previdenza altrui¹⁷⁶.

Pertanto, preso atto della natura previdenziale della prestazione assicurativa ed individuato nel responsabile dell'evento il "*primary cost bearer*", eventuali questioni sotto il profilo della "*loss distribution*", "quale parametro ineludibile di ogni riflessione in materia di responsabilità civile"¹⁷⁷ vengono a dissolversi, ove si consideri che:

- l'impatto dei costi amministrativi e giudiziali insiti nell'accertamento giudiziale della responsabilità e del *quantum* risarcitorio rimane comunque invariato quando, oltretutto, appare del tutto opinabile il contenimento di tali costi che si sostiene comporti l'opposto modello dello scomputo dell'indennità assicurativa dal debito risarcitorio (*benefits offset*)¹⁷⁸;
- nessuna "duplicazione del ristoro appare in agguato"¹⁷⁹, posto che l'indennità assicurativa, come ampiamente dimostrato, non svolge alcuna finalità compensativa di un danno, il quale rimane unicamente oggetto di integrale ristoro ad opera dell'obbligazione risarcitoria del responsabile, mentre essa costituisce forma di previdenza per affrontare i nuovi bisogni e le necessità di sostentamento determinate dall'infortunio.

Un auspicabile intervento legislativo dovrà, dunque, senza remora alcuna, optare per l'autentica funzione previdenziale svolta dalla garanzia privata infortuni, così come testimoniato dalla prassi negoziale, obliterando le forzature operate dal formante giurisprudenziale per relegarla all'interno di un'artefatta ed inadeguata architettura indennitaria, sulla base di una irragionevole quanto infondata fobia di com-

175 F. Sartori, op. ult. cit., pag. 204: "Anche il dato comparativo sembra confermare che l'applicazione del cumulo nel settore delle disgrazie accidentali dipenda in realtà da scelte di "equità", ragionevolezza e *public policy*" L'argomentare è tecnico e si sviluppa intorno alla nota *collateral source rule*".

176 M. La Torre, op. ult. cit., pag. 542: "Ed a nessuno è lecito profittare dell'assicurazione altrui per liberarsi dal debito proprio".

177 R. Pardolesi, op. ult. cit., pagg. 1491.

178 Lo stesso R. Pardolesi, op. ult. cit., pagg. 1491, ammette che il modello *offset* "si vuole implichi minori costi amministrativi e giudiziali (anche se le diffuse convinzioni al riguardo appaiono, ad un'analisi attenta, assai labili, se non del tutto infondate)".

179 R. Pardolesi, op. ult. cit., pagg. 1492.

portamenti opportunistici e fraudolenti da parte dell'assicurato¹⁸⁰.

Ne va della vitalità futura di questa garanzia e di quella gamma di prodotti dedicati alla protezione della persona, tra i quali, in particolare, spiccano le innovative garanzie, quali I.P. da malattia, Income Protection (IP) o Permanent Health Disease (PHI), Dread Disease (DD), LTC (Long Term Care): la loro collocazione all'interno di un autonomo tipo assicurativo¹⁸¹, affrancato da ogni logica indennitaria, ne garantirebbe lo sviluppo, anche in forma di pacchetti assicurativi complementari, nonché la essenziale funzione sociale in un nuovo sistema di *welfare* nel quale l'integrazione tra pubblico e privato si farà sempre più forte.

Per una nuova stagione della garanzia privata infortuni, serve, dunque, unicamente il coraggio di voltare pagina, o meglio, di riscriverla.

¹⁸⁰ Si è già illustrato come il *moral hazard* ed i tentativi di frode vengano risolti rispettivamente a livello di pattuizioni contrattuale e di interventi normativi sia in sede civile che penale. Va solo aggiunto come appaia non solo scorretto ma anche foriero di conseguenze deleterie il metodo di fornire una determinata veste giuridica ad una fattispecie negoziale socialmente tipica non in base alla sua fisiologica funzione, quanto in virtù di paventate distorsioni ed abusi. Per queste situazioni, infatti, l'ordinamento reagisce, se del caso, con apposite norme di carattere repressivo. Sull'idea che il cumulo possa favorire l'opportunismo contrattuale dell'assicurato, così si esprime F. Sartori, op. ult. cit., pag. 203: "... non si vede come l'ipotizzato cumulo possa modificare il comportamento degli assicurati, riducendo la prudenza necessaria per evitare o minimizzare le conseguenze di una lesione al corpo e alla mente: Né pare credibilmente sostenibile che una classe di individui sia financo incentivata a favorire il verificarsi dell'evento, almeno se di rilevante momento". Ed in nota l'Autore aggiunge: "Quanto invece agli incidenti minori, la tecnica contrattuale conosce numerosi strumenti (si pensi alle franchigie) che neutralizzano alla radice il rischio di azzardo morale".

¹⁸¹ In proposito, da un punto di vista tecnico-attuariale l'opportunità di un'autonomia, non solo concettuale ma anche operativa, è stata autorevolmente sostenuta da E. Pitacco, *Le coperture "Income Protection", Dread Disease", Long Term Care"*, in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Tomo secondo, a cura di A.D. Candian - S. Paci, Milano 2002, pag. 1379: "La tradizionale contrapposizione fra Rami "Danni" e "Vita", la cui problematicità emerge in generale da vari punti di vista (giuridico, tecnico-attuariale, economico), appare particolarmente inadeguata qualora ci si accinga ad analizzare le varie coperture assicurative che interessano la persona e, soprattutto, le possibilità di integrazione, anche sul piano dell'offerta, fra le stesse. Decisamente più proficua appare, tanto sotto il profilo concettuale quanto sotto quello operativo, un'aggregazione di varie coperture assicurative per rischi della persona, mirata a definire un'area che potremmo etichettare assicurazioni di persone e che prescindano da rigide collocazioni delle coperture stesse nei Rami Vita e Danni".

SOMMARIO[*] – 1. Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa pendente avanti alla Corte di giustizia – 2. Il quesito pregiudiziale del giudice austriaco. La risposta in via principale e subordinata. – 3. Differenze e analogie fra direttive (2008/48 e 2014/17) e fattispecie di causa (*Lexitor* e *UniCredit Bank Austria*). – 4. Le nozioni cui fanno riferimento le fattispecie: a) costo totale del credito; b) riduzione del costo totale. La differenza fra la fattispecie *UniCredit Bank Austria* e quella *Lexitor*. La critica alla sentenza *Lexitor*. – 5. Il diritto del consumatore e i possibili limiti. Il bilanciamento con altri interessi in gioco. I costi esclusi dalla riduzione del credito. – 6. L'ipotesi (subordinata) di applicazione della sentenza *Lexitor*. La restante durata del contratto come elemento scriminante. – 7. "Conclusioni" sulle conclusioni dell'avvocato generale. – 7.1. *Lexitor* e decreto *Sostegni-bis*; l'ordinanza del Tribunale di Torino. – 7.2. Il giudizio pendente avanti alla Corte costituzionale. Le prospettive.

1. Le conclusioni dell'avvocato generale nella causa pendente avanti alla Corte di giustizia

Le conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez- Bordona nella causa *UniCredit Bank Austria* pendente avanti alla Corte di giustizia offrono l'occasione per svolgere alcuni rilievi sia sulla materia oggetto del quesito pregiudiziale formulato da parte del giudice austriaco sull'estinzione anticipata del credito ipotecario alla luce della sentenza *Lexitor*, sia dei problemi che essa ha posto nel nostro ordinamento, fino al più recente rinvio alla Corte costituzionale a seguito di ordinanza del Tribunale di Torino¹.

* Relazione riveduta, con l'aggiunta di alcune note di carattere essenziale e di indicazioni bibliografiche, svolta in occasione del convegno *I contratti bancari*, promosso dalla Scuola Superiore della Magistratura e dalla Banca d'Italia, 17 novembre 2022.

¹ Le conclusioni del 29.9.2022, causa C-555/21, sono in EU:C:2022:742. La sentenza *Lexitor* dell'11.9.2019, causa C-383/18, EU:C:2018:702, ha ricevuto grande attenzione da parte della dottrina, anche con riferimento alla direttiva 2014/17, di cui alla successiva causa *UniCredit Bank Austria*. Si indicano, fra i molti contributi, quelli di A. A. DOLMETTA, *Anticipata estinzione e «riduzione del costo totale del credito»*. Il caso della cessione del quinto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 644 ss.; A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, p. 155 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 280 ss.; F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Nuove leggi civ. com.*, 2020, p. 65 ss.; A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 1 ss.; R. SANTAGATA, *Rimborso anticipato del credito e diritto del consumatore alla restituzione della quota parte dei costi indipendenti dalla durata del contratto (c.d. up-front)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 18 ss.; più recentemente U. MALVAGNA, *La nuova disciplina dell'estinzione anticipata dei contratti di credito ai consumatori: tra legge, ABF e Corte Costituzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, p. 49 ss. (ivi ampi riferimenti); M. NATALE, *Estinzione anticipata nel credito immobiliare*

Prima di esaminare le conclusioni dell'avvocato generale sembra opportuno dare qualche indicazione sul valore, in linea di principio, delle "conclusioni" nel contesto del processo che si svolge avanti alla Corte di giustizia.

Le conclusioni sono un atto tipico di quel membro della Corte di giustizia, che non ha funzione giudicante: l'avvocato generale, il quale ex art. 252 TFUE "assiste" la Corte avendo il compito, "l'ufficio di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità ed in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento". Le "conclusioni" sono scritte, non sono vincolanti per la Corte anche se in un'alta percentuale di casi essa ne segue, in tutto o in parte, il contenuto².

Si può dunque ritenere, in linea di massima, che le conclusioni abbiano una funzione anticipatoria del contenuto della sentenza e che, pertanto, nella vicenda in esame, che nasce da un rinvio pregiudiziale della Corte suprema austriaca, (*Oberster Gerichtshof*), la risposta al quesito posto possa far ritenere che quello, molto probabilmente, sarà l'orientamento della sentenza.

2. Il quesito pregiudiziale del giudice austriaco. La risposta in via principale e subordinata

La materia oggetto di esame nella causa *UniCredit Bank Austria* è quella dei "contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali", disciplinata dalla direttiva 2014/17³, che rappresenta una

ai consumatori, Novità legislative e spunti comparativi dall'esperienza austriaca, in A. ADDANTE, L. BOZZI (a cura di), *I contratti di credito immobiliare fra diritto europeo e attuazione nazionale*, Bari, 2022, p. 79 ss., nonché dello stesso Lexitor e diritto italiano: verso la resa dei conti, in *Foro it.*, I, 2022, 357 ss. In precedenza cfr. soprattutto M. MAUGERI, S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, p. 116 ss. Sulla sentenza, con una rassegna della giurisprudenza, favorevole e contraria, si veda anche G. BARBATO, C. RICICHI, *Il primato del diritto europeo: il caso "Lexitor"*, 2022, leggibile in <https://www.unionfin.it/cms/resource/open/2038/primato-diritto-europeo-ilcaso-lexitor.pdf>. L'ordinanza del Tribunale di Torino del 2.11.2021 è in *Foro it.*, I, 2022, 350.

² Sull'avvocato generale (suo ruolo e funzione) cfr. fra le altre Corti, ord. 4.2.2000, C-17/98, *Emesa Sugar*, EU:C:2000:70, punti 10-15. Le conclusioni possono essere escluse dalla Corte (art. 20, 5° comma Statuto) quando, sentito l'avvocato generale, la questione non presenta nuovi punti di diritto, e quindi la causa viene "giudicata senza conclusioni". Manca una statistica sulla conformità delle sentenze della Corte alle conclusioni, ma si ritiene che l'orientamento espresso dall'avvocato generale sia seguito dalla Corte nell'80-85% dei casi.

³ Direttiva del 4.2.2014, in *GUUE* L 60 del 28.2.2014; il titolo completo è direttiva "in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010", definita anche con l'acronimo MCD (Mortgage Consumer Directive). La direttiva, applicabile dal 21.3.2016, è stata più recentemente modificata dalla direttiva 2021/2167 del 24.11.2021, relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti e che modifica le direttive 2008/48 e 2014/17, in *GUUE* L

sorta di variante della direttiva 2008/48⁴ disciplinante i contratti di credito ai consumatori (oggetto della sentenza *Lexitor*) e che ha carattere generale, poiché la prima direttiva, come precisano alcuni suoi "considerando", deve tenere conto della struttura e dei principi della seconda. Deve, infatti, essere assicurata la coerenza fra tali atti, la complementarità degli stessi, la necessità per gli Stati che vi si adeguano di applicarli e interpretarli in modo, appunto, coerente, specie con riferimento alle "definizioni essenziali" e ai "concetti chiave"⁵.

Il quesito pregiudiziale nasce da un possibile contrasto fra il diritto UE e le norme nazionali. Nella fattispecie la controversia verteva fra un istituto bancario (*UniCredit Bank Austria*) e un'associazione per la tutela degli interessi dei consumatori (*VFK*) poiché il primo utilizzava nei moduli di contratto di credito garantito da ipoteca una clausola tipo in cui si afferma che in caso di rimborso anticipato del credito non vengono rimborsate (neppure proporzionalmente) le spese di gestione indipendenti dalla durata del contratto. Vengono rimborsati soltanto gli interessi e i costi che dipendono dalla durata (in questi termini le norme austriache vigenti fino alla data del 31 dicembre 2020, che quindi escludevano il rimborso dei costi fissi)⁶.

I consumatori, tramite la predetta Associazione, chiedevano la cessazione dell'utilizzo di tale clausola, e il dubbio interpretativo verteva su un confronto fra le norme nazionali (e il comportamento conse-

438 dell'8.12.2021. Nel nostro ordinamento la direttiva è stata recepita con d. lgs. 21.4.2017, n. 72. Sulle possibili iniziative da intraprendere anche in vista di una modifica, cfr. il documento della Commissione dell'11.5.2021 COM (2021) 229 final "Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa al riesame della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali".

4 Direttiva del 23.4.2008, in *GUUE* L 133 del 22.5.2008, definita anche con l'acronimo CCD (Credit Consumer Directive). Ha abrogato la direttiva 87/102; è stata modificata dalla direttiva 2021/2167 cit. E' applicabile dal 12.10.2010. Nel nostro ordinamento la direttiva è stata recepita con d. lgs. 13.8.2010, n. 141. Un cenno alla proposta di riforma della direttiva è contenuto nelle conclusioni, punto 87, l'avvocato generale ritenendo che la proposta conferma il suo punto di vista e che è applicabile anche al credito ipotecario (cfr. per la proposta il documento della Commissione del 30.6.2021 COM (2021) 347 final "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo", spec. il considerando 62 e l'art. 29). Cfr. anche la nota 26.

5 Cfr. i considerando 19 e 20; quanto a definizioni soprattutto comuni, si vedano i rinvii alla direttiva 2014/17(art. 4), alla 2008/48 (art. 3 lett. a e g, per esempio) quanto alle nozioni di consumatore e costo totale del credito per il consumatore.

6 La clausola, come indicato nel punto 12 delle conclusioni, è così formulata: "si precisa che le spese di gestione indipendenti dalla durata del contratto non vengono rimborsate, neppure proporzionalmente". La legge austriaca, come indicato nel punto 10 delle conclusioni, precisava (prima della modifica) che "I costi dipendenti dalla durata del contratto sono ridotti proporzionalmente", escludendo quindi i costi fissi. In primo grado la controversia era stata decisa a favore dell'istituto bancario; in secondo grado a favore dei consumatori.

guente dell'istituto bancario) e la direttiva 2014/17 il cui art. 25 (riprendendo il contenuto della direttiva 2008/48, art. 16) prevede, quale obbligo degli Stati membri, il diritto del consumatore che intende adempiere (in tutto o in parte) prima della scadenza del contratto agli obblighi previsti nello stesso (e quindi estingue in via anticipata il credito) ad una riduzione del costo totale del credito, riguardante sia "gli interessi", sia "i costi dovuti per la restante durata del contratto". Il giudice austriaco chiede se i costi che non dipendono da tale durata così come è previsto dalla clausola contrattuale che è conforme alla legge nazionale, siano, o non, rimborsabili; o più precisamente se la norma di diritto UE (art. 25, par. 1) osta a una normativa nazionale di quel contenuto (e indirettamente ad una clausola-tipo contrattuale). La risposta dell'avvocato generale è nel senso che "non osta": "la riduzione proporzionale", nel caso di estinzione anticipata del credito, "si applica solo agli interessi dovuti e ai costi dipendenti dalla durata del contratto". Non vi è dunque contrasto fra direttiva UE e norma nazionale.

La risposta fornita, invece, in via subordinata riguarda l'eventuale applicabilità della sentenza *Lexitor*: l'art. 25 osta, e quindi è in contrasto con la norma nazionale che limita la riduzione del credito (oltre agli interessi) ai soli costi dipendenti dalla durata del credito, ma non osta (e quindi è compatibile) se la norma nazionale esclude dalla riduzione i costi pagati ai terzi. La "riduzione riguarderebbe solo i costi funzionali alla remunerazione del creditore, vale a dire i costi diversi da quelli pagati a terzi"⁷.

3. Differenze e analogie fra direttive (2008/48 e 2014/17) e fattispecie di causa (Lexitor e UniCredit Bank Austria)

Le conclusioni sono utili per una ricostruzione della disciplina del credito al consumo, intendendo come "generale" (come si è accennato) quella della direttiva 2008/48 e "speciale" quella della direttiva 2014/17. Tratti comuni e differenze sono oggetto di esame da parte dell'avvocato generale e il punto focale è individuato nel diritto del consumatore alla riduzione sia degli interessi, sia del costo totale, richiamando la sentenza *Lexitor* sulle nozioni di "costo totale" e "riduzione del costo totale", previste entrambe dall'art. 16 della direttiva 2008/48 e dall'art. 25 della 2014/17.

La domanda del giudice nazionale (che ovviamente avrebbe potuto essere, o potrebbe essere, italiano) può anche esprimersi, semplicisticamente, nei termini seguenti: "*Lexitor* o non *Lexitor*?", e cioè si

⁷ In questi termini il punto 91 delle conclusioni e, al punto 93, la conclusione in via subordinata: l'art. 25 non osterebbe "a una normativa nazionale che limitasse tale riduzione ai costi che, indipendentemente dalla durata del contratto, remunerano il creditore, ad esclusione dei quelli dovuti a terzi".

applica la stessa soluzione anche se la materia non è la stessa, ma in rapporto di stretta colleganza?⁸

L'avvocato generale evoca più volte la sentenza *Lexitor* sia per distinguere le fattispecie e sottolineare analogie o differenze fra le due direttive, sia per anticipare, fin dalle prime battute, che ai fini del rinvio in causa *Unicredit* "si può legittimamente sostenere che il valore di detta sentenza sia limitato"⁹. E infatti la parte finale delle conclusioni¹⁰ è dedicata all'ipotesi, formulata soltanto in via subordinata, dell'applicazione della *Lexitor* ovvero dell'estensione della soluzione *Lexitor* ai crediti ipotecari. Se mai la Corte la ritenesse applicabile, comunque, la riduzione dei costi "riguarderebbe, come si è detto, soltanto i costi funzionali alla remunerazione del creditore, vale a dire i costi diversi da quelli pagati a terzi". Questi costi sono dunque esclusi e una norma nazionale che li esclude dalla riduzione a favore del consumatore, non sarebbe in contrasto con il diritto UE¹¹.

4. Le nozioni cui fanno riferimento le fattispecie: a) costo totale del credito; b) riduzione del costo totale. La differenza fra la fattispecie UniCredit Bank Austria e quella Lexitor. La critica alla sentenza Lexitor

La critica che comunque viene svolta ai criteri ermeneutici adottati nella *Lexitor* emerge anche dall'ampia disamina di due nozioni importanti, che peraltro è mancata nella *Lexitor*. Da qui un'altra critica, seppur indiretta, alla sentenza.

a) La prima nozione è di "costo totale del credito"; la seconda di "riduzione del costo totale", analizzate secondo i criteri ermeneutici dell'interpretazione letterale e dell'interpretazione contestuale e teleologica, nonché (per la nozione "costi") dell'evoluzione della nozione stessa, e quindi dei suoi precedenti legislativi.

Vengono quindi indicate le "voci" che compongono tali costi (che sono obbligatori per il consumatore – quindi imposti al mutuatario – e sono o dovrebbero essere noti al creditore), facendo riferimento sia all'art. 3 g della direttiva 2008/48, sia all'art. 4, punto 13 della direttiva 2014/17: sono i costi relativi alla valutazione dell'immobile, relativi alla domanda di riserva di rango e di iscrizione di ipoteca nel registro

⁸ Sul dubbio "amletico" si vedano anche, oltre, le considerazioni conclusive, par. 7.2.

⁹ Punto 26.

¹⁰ Punti 77-91.

¹¹ Cfr. i punti 91 ("Riepilogo") e 93 ("Conclusione" formulata "In subordine").

(in quanto necessari alla concessione del credito, e che quindi sono imposti al mutuatario)¹². Rientrano nella nozione di costo totale, ma non rientrano nel calcolo dello stesso, le spese notarili (art. 3 g) o le spese notarili di autenticazione delle firme ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca nel registro; le eventuali penali dovute dal consumatore per la mancata esecuzione degli obblighi stabiliti nel contratto di credito (art. 4, punto 13 direttiva 2014/17; art. 19, par. 2 direttiva 2008/48); i costi di registrazione fondiaria relativi al trasferimento della proprietà dell'immobile (art. 4, punto 13 direttiva 2014/17; essi sono diversi dai costi relativi alla registrazione della garanzia ipotecaria).

Oltre a un'interpretazione letterale dei costi, viene fornita una interpretazione teleologica o "funzionale", che tiene conto della necessità di fornire al consumatore la più ampia informazione possibile, anche precontrattuale¹³: in tale contesto, per i crediti ipotecari, rileva il PIES (cioè il "prospetto informativo europeo standardizzato" oggetto dell'allegato II della direttiva) e la possibilità di scegliere le offerte di credito in ambito nazionale e transfrontaliero.

L'avvocato generale svolge in proposito dei rilievi comuni ad entrambe le direttive ricordando l'"obiettivo generale di creare un mercato interno del credito" e di poter fare un confronto in base al TAEG - Tasso annuo effettivo globale (cioè al costo del credito espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito), poiché questo indica il prezzo-costo secondo una formula matematica uguale in tutta l'Unione¹⁴.

Vale la pena ricordare, sulle difficoltà interpretative e applicative, quanto osservato in una nota, dopo l'esposizione dei profili strettamente giuridici: salva l'ipotesi (eccezionale) che il debitore ipotecario abbia una solida formazione finanziaria, "risulta estremamente difficile comprendere le categorie giu-

¹² Cfr. il punto 35 delle conclusioni, nonché l'art. 4, punto 13 e il considerando 50 della direttiva.

¹³ Sulla nozione, in generale, di costo totale nella giurisprudenza precedente e sulla necessità di chiarezza nell'indicazione dei costi nei contratti di credito al consumo cfr. 26.2.2015, *Matei*, C-143/13, EU:C:2015:127, spec. punto 48; 3.9.2020, *Profi Credit Polska* (C-84/19, C-222/19 e C-252/19), EU:C:2020:631; 16.7.2020, *Soho Group*, C-686/19, EU:C:2020:582. Per un'interpretazione estensiva, a favore dei consumatori, oltre a *Soho Group* cit., punto 31, 26.3.2020, *Mikrokas*, C-779/18, EU:C:2020:236, punto 39 (con riferimenti *ivi*), nonché i riferimenti alla nota 19.

¹⁴ Cfr. il punto 45 e sull'obiettivo generale comune alle due direttive, i considerando 1-9 della direttiva 2008/48; 2, 5-8 della direttiva 2014/17; sulla creazione del mercato interno del credito anche il punto 64. Quanto all'uniformità del TAEG, si precisa (nota 40 delle conclusioni) che ciò lo differenzia dalle spese notarili, escluse dal costo totale del credito per il consumatore perché vi sono differenze fra gli onorari notarili, non solo fra Stati membri, ma anche all'interno dello stesso Stato.

ridiche utilizzate nella concessione dei crediti garantiti da ipoteca¹⁵.

b) Una volta individuate le "voci" che compongono il costo totale sulla base dell'interpretazione letterale e teleologica (sono i costi imposti al mutuatario, che non derivano necessariamente da una imposizione unilaterale del creditore che abbia lo scopo di incrementare il suo guadagno)¹⁶, si passa alla riduzione dei costi (riferiti alle voci individuate ovvero comprese nella nozione). La riduzione non si applica indiscriminatamente, ma deve tenere conto di un elemento temporale rappresentato dalla restante durata del contratto (cioè dal tempo successivo all'avvenuto esercizio del diritto di rimborso).

Il rimborso anticipato del capitale implica che dal momento del rimborso non matureranno interessi. Ritiene l'avvocato generale che non solo la riduzione degli interessi -non scaduti- non è in discussione, ma che non lo è anche quella degli altri costi, proponendo quindi una lettura diversa della sentenza *Lexitor* per quanto riguarda il nesso "costi-durata restante del contratto". In *Lexitor* la Corte "non ha ritenuto persuasivo l'argomento letterale" relativo all'art. 16, par. 1 della direttiva 2008/48, che è dello stesso contenuto dell'art. 25, par. 1. Se la riduzione riguarda gli interessi, ed assume rilievo la restante durata del contratto, l'avvocato generale "non ved[e] perché l'interpretazione della norma dovrebbe essere diversa per gli altri costi (sono "riducibili" soltanto i costi legati, cioè dipendenti da tale durata)¹⁷.

5. Il diritto del consumatore e i possibili limiti. Il bilanciamento con altri interessi in gioco. I costi esclusi dalla riduzione del credito

L'esame dell'avvocato generale non trascura, tuttavia, l'interpretazione teleologica, con riguardo alla già ricordata creazione di un mercato interno dei contratti di credito, ma anche ad elementi diversi dalla protezione del consumatore. Il diritto al rimborso anticipato è indiscutibile, ma può essere assoggettato a condizioni, al pagamento di un indennizzo ("eventuale") al creditore, alla necessità di assicurare la

¹⁵ Cfr. la nota 44 delle conclusioni; nel testo l'avvocato generale sottolinea che il consumatore medio deve disporre delle informazioni di cui necessita per prendere una decisione sul contratto di credito dopo aver confrontato i prodotti sulla base del TAEG.

¹⁶ L'avvocato generale propone una "conclusione intermedia" al punto 52, rispondendo al quesito posto dal giudice circa le voci da ricondurre ai costi tutali: la valutazione dell'immobile, la domanda di riserva di rango, l'iscrizione dell'ipoteca nel registro; non appartiene ai costi totali la voce delle spese di autenticazione notarile delle firme ai fini dell'iscrizione dell'ipoteca nel registro.

¹⁷ Punti 61-62 delle conclusioni, ove sono richiamati i punti 24-25 della sentenza *Lexitor* che escludono l'interpretazione letterale a vantaggio di quella teleologica (sicuramente favorevole ai consumatori, mentre la prima, punto 24 *Lexitor*, con riferimento alle diverse versioni linguistiche dell'art. 16, par. 1, "non permette di stabilire la portata esatta della riduzione del costo totale del credito").

promozione della libera concorrenza, della libera circolazione dei cittadini, della stabilità finanziaria¹⁸. Non viene messo in dubbio il diritto del consumatore, affermato fin dall'*incipit* delle conclusioni¹⁹, ma bilanciato, per così dire, con altre finalità e necessità. Un'affermazione importante, in tale contesto, riguarda proprio la posizione del consumatore che, se da un lato "non deve essere penalizzato per avere saldato il suo debito anzitempo", non si deve neppure "portare il [suo] diritto alla riduzione fino al punto di premiarlo [...] per un cambiamento che egli impone alla controparte"²⁰. La riduzione dei costi trova dunque un limite, secondo un'interpretazione che se mai non dovesse tenere conto del tenore letterale della norma, terrebbe comunque conto dell'interpretazione teleologica. La riduzione, per "le stesse ragioni" di carattere teleologico, non riguarda i costi pagati a terzi, come quelli a titolo di imposte, oneri amministrativi, perizia immobiliare, intermediazione, perché, pur appartenendo ai "costi totali" (di cui si è detto), sono "estranei alle controprestazioni del creditore, che non li sopporta né riscuote"²¹. Vi sono, insomma, soggetti estranei al rapporto bilaterale fra creditore e consumatore, i quali non possono essere tenuti a rimborsare (seppur proporzionalmente) al consumatore-mutuatario le somme percepite.

6. L'ipotesi (subordinata) di applicazione della sentenza Lexitor. La restante durata del contratto come elemento scriminante

L'avvocato generale, come si è detto, non ritiene applicabile la sentenza *Lexitor*, ma formula l'ipotesi di applicabilità in via subordinata, distinguendo le due direttive avendo riguardo a) ai "costi a favore del creditore" (concentrando l'attenzione sull'indennizzo a favore dello stesso) e b) ai "costi da pagare a terzi"²².

¹⁸ Si vedano i punti 64-67 sull'indennizzo (che "può comportare una somma dissuasiva per il consumatore"); si veda anche la nota 55 delle conclusioni (lo scopo è neutralizzare le perdite subite dal creditore).

¹⁹ Punto 1 delle conclusioni: "Il diritto del consumatore, mutuatario di un credito, di rimborsare quest'ultimo in anticipo (con riduzione degli interessi e dei costi relativi alla restante durata del contratto) è riconosciuto da anni nelle norme dell'Unione" (viene anche richiamato, punto 23, l'art. 8 della direttiva 87/102 sul credito al consumo, poi abrogata dalla direttiva 2008/48, secondo cui la riduzione doveva essere equa). Sulla protezione dei consumatori, nella giurisprudenza più recente, cfr. (oltre ai riferimenti nella nota 13) 2.9.2021, C-932/19, JZ, EU:C:2021:673, punto 47; 17.5.2022, cause riunite, C-693/19 e C-831/19, SPV Project 1503 e Banco di Desio e della Brianza, EU:C:2022:395, punti 51-53; 10.6.2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, VB e a., EU:C:2021:470, punti 27-29. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali circa l'interpretazione della direttiva 2008/48, cfr. 26.3.2020, causa C-66/19, JC, EU:C:2020:242; 9.9.2021, causa C-33/20, UK, EU:C:2021:736; 27.4.2021, causa C-336/20, QY, EU:C:2021:358; *Soho Group* cit.

²⁰ Si vedano i punti 70-71.

²¹ Cfr. il punto 72 e i punti 75-76.

²² Cfr. i punti 84-90.

a) Per quanto riguarda i primi, la riduzione dei costi è facilitata, nella direttiva 2014/17, dall'esistenza del PIES, il cui utilizzo è obbligatorio (sono individuati, fra l'altro, nell'informazione fornita in fase precontrattuale, i costi ricorrenti e non ricorrenti), mentre nella direttiva 2008/48, mancando tale documento, la determinazione dei costi (come afferma la sentenza *Lexitor*) che sono "oggettivamente correlati alla durata del contratto" è "molto difficile", da parte sia di un consumatore, sia di un giudice²³.

Includere nella riduzione dei costi totali del credito anche quelli che non dipendono dalla durata del contratto, come ritiene la Corte nella sentenza *Lexitor*, non penalizza in modo sproporzionato il creditore mutuante perché è previsto un diritto dello stesso ad essere indennizzato (indennizzo "equo ed oggettivamente giustificato") per i costi che derivano direttamente dal rimborso anticipato (art. 16, par. 1), mentre nella direttiva 2014/17 la previsione di un indennizzo è facoltativa per gli Stati, e quindi la previsione è lasciata alla discrezionalità degli stessi²⁴.

La disciplina dei "costi a favore del creditore" è dunque diversa, e quindi la sentenza *Lexitor* non è applicabile.

b) Parimenti diversa è la disciplina dei "costi da pagare a terzi". Il problema di tali costi non veniva in rilievo nella *Lexitor*, che quindi non si pronuncia sul punto²⁵. D'altra parte nei contratti di credito ipotecario il mutuante (istituto bancario) non fissa, non percepisce, non trae vantaggio da tali costi. Anche a voler ammettere che la riduzione dei costi riguardi tutti i costi posti a carico del consumatore, quelli pagati a terzi sono esclusi (la riduzione riguarda solo quelli funzionali alla remunerazione del creditore)²⁶.

c) In conclusione: in via principale, la riduzione si applica agli interessi dovuti e ai costi dipendenti dalla durata del contratto, non già a tutti i costi. È la durata del contratto (quella restante dopo la richiesta

²³ Punto 33 della sentenza *Lexitor*, richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Hogan, EU:C:2019:451, punti 53 e 55. Sul richiamo a difficoltà non dissimili per il consumatore medio, cfr. le conclusioni cit., nota 15.

²⁴ Alla nota 69 delle conclusioni si precisa che solo venti Stati avevano adottato (fino all'ottobre 2000) norme in proposito (non l'Italia; l'indennizzo in Austria sarebbe contenuto entro limiti molto rigorosi). Sulla distinzione fra le due direttive cfr. i punti 78-83 delle conclusioni.

²⁵ La sentenza *Lexitor* si riferisce alla riduzione dei costi determinati unilateralmente dalla banca (punto 31), richiamando le conclusioni dell'avvocato generale Hogan: "i costi e la loro ripartizione sono determinati unilateralmente dalla banca" e "la fatturazione dei costi può includere un certo margine di profitto".

²⁶ Cfr. i punti 84-90. L'avvocato generale, come si è detto alla nota 4, ricorda (punto 87) la proposta di riforma della direttiva 2008/48 (proposta "parimenti applicabile al credito ipotecario") secondo cui la riduzione deve riguardare "gli interessi e i costi che il creditore impone al consumatore".

di rimborso anticipato) la scriminante o elemento determinante. In via subordinata, l'applicazione della sentenza *Lexitor* consente una riduzione di interessi e di quei costi (soltanto) che sono funzionali alla remunerazione del creditore (essendo esclusi quelli dovuti a terzi) e ciò indipendentemente dalla durata del contratto.

7. "Conclusioni" sulle conclusioni dell'avvocato generale

7.1. Lexitor e decreto Sostegni-bis; l'ordinanza del Tribunale di Torino

Le mie "conclusioni" sulle conclusioni dell'avvocato generale sono, brevemente, le seguenti.

Si potrebbe affermare che *Lexitor* "è altro", ma non ci si può nascondere che se si è temuto, per così dire, un "11 settembre" per gli istituti di credito, diciotto anni (la sentenza è dell'11 settembre 2019) dopo il tragico evento del crollo delle torri gemelle, altri problemi interpretativi e applicativi sono sorti con l'approvazione del c.d. Sostegni- *bis*²⁷, che ha modificato l'art. 125-*sexies* del TUB²⁸ sulla disciplina dei

27 D.l. 23.5.2021, n. 73 conv. dalla l. 23.7.2021, n. 106 "Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali", in vigore dal 25.7.2021. Il testo dell'art. 11 *octies*, comma 2 è il seguente: "L' articolo 125-*sexies* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, come sostituito dal comma 1, lettera c), del presente articolo, si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell'articolo 125-*sexies* del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti". Il 1° comma (art. 1, lett c del d.l.) prevede la sostituzione dell'art. 125-*sexies*, il cui testo novellato è il seguente: "Art. 125-*sexies* (Rimborso anticipato). 1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente, in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore e, in tal caso, ha diritto alla riduzione in modo proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi, compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte".

28 Il testo dell'art. 125-*sexies* previgente era il seguente: "1. Il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore. In tale caso il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto. 2. In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto ad un indennizzo equo ed oggettivamente giustificato per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato del credito. L'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto. 3. L'indennizzo di cui al comma 2 non è dovuto: a) se il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito; b) se il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito; c) se il rimborso anticipato ha luogo in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto; d) se l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro".

contratti di credito al consumo e ha determinato il Tribunale di Torino, in un contesto di vasto contenzioso che ha visto contrapposte le soluzioni favorevoli e contrarie alla sentenza *Lexitor* (a favore e contro, dunque, le ragioni dei consumatori), a sollevare una questione di legittimità costituzionale. Il Tribunale, con un'ordinanza (del 2.11.2021) di ampio contenuto, ricca di riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia (su applicabilità delle direttive, verticale e orizzontale; su interpretazione conforme; su primato e disapplicazione; su legittimo affidamento), ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11-*octies* del decreto Sostegni-*bis* in materia di estinzione anticipata dei contratti di finanziamento, per contrasto con gli articoli 3, 11, 117, 1° comma Cost.

Prevede l'art. 11-*octies* che per i contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore del novellato art. 125-*sexies* del TUB (novellato è il 1° comma), il consumatore, in caso di estinzione anticipata, ha diritto alla riduzione degli interessi e di tutti i costi, compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte, in misura proporzionale alla vita residua del contratto (nel 2° comma si precisa che i contratti dovranno indicare, in modo chiaro, i criteri di riduzione)²⁹. Per i contratti sottoscritti prima di quella data continuano ad applicarsi l'art. 125-*sexies* e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d'Italia vigenti alla data di sottoscrizione dei contratti³⁰.

Sul contrasto fra il decreto Sostegni-*bis* e il diritto UE si era espresso il Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario e Finanziario (decisione del 15 ottobre 2021, n. 21676) che segnalava delicati problemi di compatibilità del diritto interno con il diritto UE, la supremazia di quest'ultimo e l'impossibilità, nel caso specifico, di ricorrere al principio di interpretazione conforme³¹. Il Collegio rilevava l'impossibilità sia di procedere ad interpretazione conforme (c.d. interpretazione adeguatrice), sia di disapplicare la norma nazionale contrastante, ma anche di sollevare, stante la propria natura (non giurisdizionale) una questione di legittimità costituzionale o di rinviare alla Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Il Tribunale ha ritenuto a) non consentita un'interpretazione conforme della norma alla sentenza *Lexi-*

²⁹ Sul testo della norma cfr. la nota 27.

³⁰ Il riferimento è alle disposizioni o "linee orientative" della Banca d'Italia solo per il passato: cfr. il Prot. Bdl n. 1710613/21 del 1.12.2021 e la nota di Banca d'Italia del 13.12.2021 "Sentenza *Lexitor*, Banca d'Italia: l'attività di intermediazione del credito va rimborsata, salvo diversa pattuizione".

³¹ Si ricorda che il Collegio di coordinamento, con la precedente decisione del 17.12.2019, n. 26525 aveva ritenuto pienamente applicabile la sentenza *Lexitor* riconoscendo il diritto del consumatore alla riduzione del credito, compresi i costi *up front*.

tor; b) non consentita l'applicabilità diretta della norma di diritto UE (direttiva), disapplicando la norma di diritto nazionale incompatibile con la prima. Il Tribunale avrebbe potuto fare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: non lo esclude, lasciando alla Corte decidere se proporre (in quanto giurisdizione nazionale ex art. 267, 3° comma TFUE anche nei giudizi di legittimità in via incidentale) "nuove questioni pregiudiziali secondo il principio che essa ha già espresso nell'ordinanza 18 luglio 2013, n. 207". Un problema che il Tribunale evoca, malgrado non fosse stato affrontato nella sentenza *Lexitor* (perché non sollevato dalle parti e dagli altri soggetti intervenuti, riguarda l'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia nel tempo. Problema che invece è stato sollevato nella causa *UniCredit Bank Austria* da parte del Governo italiano intervenuto in giudizio (non era intervenuto nella causa *Lexitor*). L'ordinanza del Tribunale di Torino sottolinea come la norma oggetto di censura salvaguardi il legittimo affidamento degli intermediari finanziari limitando (per i contratti del passato) l'efficacia nel tempo di una direttiva ovvero di una sentenza che interpreta la predetta con efficacia *ex tunc*, l'interpretazione con efficacia *ex nunc* essendo eccezionale: e, nell'ipotesi specifica, non affermata dalla Corte. Questa soltanto può decidere sull'efficacia nel tempo delle proprie sentenze e soltanto nelle stesse sentenze che si pronunciano sull'interpretazione richiesta. Allo Stato, e quindi al suo legislatore e ai suoi giudici, non sarebbe consentito sostituirsi alla Corte, nemmeno nei casi in cui si impongano necessità di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento³². Questo profilo di applicabilità nel tempo (come si è accennato) è venuto in rilievo nella causa *UniCredit Bank Austria* e nella discussione svoltasi avanti alla Corte costituzionale sul decreto *Sostegni-bis*.

L'avvocato generale, alla richiesta del Governo italiano (intervenuto in giudizio) di limitare gli effetti della futura sentenza, replica affermando di non ritenere di doversi pronunciare, non solo perché non è stato dimostrato che ricorrono i presupposti quali, in particolare, le gravi ripercussioni economiche richieste dalla giurisprudenza³³, ma perché la tesi proposta limita la riduzione ai soli costi dipendenti dalla durata del contratto di credito, non prospettandosi le conseguenze di pregiudizio economico per

32 L'ordinanza fa ampio rinvio alla giurisprudenza della Corte di giustizia sui criteri interpretativi della stessa, sull'interpretazione conforme, sull'efficacia delle direttive e delle sentenze della Corte di giustizia, sul contrasto fra diritto nazionale e diritto UE, sul legittimo affidamento: cfr. i parr. 3.4., 3.5., 3.6.

33 Cfr. il punto 92 delle conclusioni. Vengono richiamate, sui presupposti della limitazione nel tempo delle sentenze, le sentenze 16.9.2020, *Romenergo e Aris Capital*, C-339/19, EU:C:2020:709, punto 49; 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 216; 22.6.2021, *Latvijas Republikas Sacima*, C-439/19, EU:C:2021:504, punto 132. Oltre alle gravi ripercussioni economiche la giurisprudenza ricorda un secondo requisito: la buona fede degli ambienti interessati, cfr. 20.12.2017, C-516/16, *ETG*, EU:C:2017:1011, spec. punto 89; 13.12.2018, C-385/17, *Hein*, EU:C:2018:1018, punto 58; 22.4.2021, C-485/19, *LH*, EU:C:2021:313, punto 71.

le banche derivanti da una diversa interpretazione. La tutela del consumatore subisce dunque dei limiti, giustificati, nel quadro di una valutazione complessiva degli interessi in gioco nel mercato interno: soprattutto degli interessi di carattere economico.

7.2. Il giudizio pendente avanti alla Corte costituzionale. Le prospettive.

Quanto alla discussione svoltasi avanti alla Corte costituzionale, sono stati ricordati casi in cui la Corte di giustizia, dando rilievo ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento, ha affermato che sono questi principi a prevalere. Si è voluto escludere che una norma (ovvero sentenza della Corte) "imprevista", possa avere effetti retroattivi gravosi sotto il profilo economico avvantaggiando in modo, non diversamente "imprevisto", altri soggetti³⁴. Tesi diversa, dunque, da quella dell'ordinanza di rinvio, che sollecita due riflessioni.

a) La prima riguarda la possibilità che, nel dichiarare l'illegittimità della norma censurata, la Corte costituzionale potrebbe limitare gli effetti temporali della propria sentenza, in considerazione (come ebbe ad affermare la Corte) dell'"impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare gli effetti della propria decisione nei rapporti pendenti". Una decisione di mero accoglimento non può irrimediabilmente compromettere uno o più principi costituzionali; il contemperamento dei valori in gioco va attentamente perseguito, perché la compressione degli effetti retroattivi deve essere limitata a quanto strettamente necessario³⁵.

b) La seconda riflessione riguarda la possibile formulazione, da parte della Corte costituzionale, di uno o più quesiti pregiudiziali (come si è detto, il giudice remittente non lo esclude), soprattutto con riguardo a questa prospettiva. Oltre a possibili profili di incompatibilità della norma nazionale per quanto attiene alla tutela del consumatore³⁶, ci si può chiedere (e la Corte costituzionale ben potrebbe farlo) se

³⁴ Nella nostra fattispecie il pregiudizio economico retroattivo a carico degli istituti bancari, e a vantaggio dei consumatori, sarebbe stato calcolato in cinque miliardi di euro: cfr. A. MESSIA, *Credito al consumo, arriva la sentenza Lexitor che vale 5 miliardi*, in www.assinews.it. L'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia è stato affermato in materia di aiuti di Stato (sentenza *ETG* cit, punto 102) il diritto dell'Unione "non osta a che il principio della certezza del diritto sia preso in considerazione [dagli Stati membri] al fine di escludere la ripetizione di un aiuto indebitamente erogato".

³⁵ In questi termini (fra le altre), Corte cost., 11.2.2015, n. 10, punti 7-8 del "Considerato in diritto". Per alcuni, recenti rilievi sugli scenari che si prospettano, in vista della sentenza della Corte costituzionale (anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, sentenza 21.12.2016, cause riunite, C-145/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, Banco Popular Español*, EU:C:2016:980, punti 72-74), cfr. U. MALVAGNA, *op.cit.*, p. 75 ss.

³⁶ Per un possibile contrasto della norma nazionale sotto il profilo della tutela del consumatore si ricordano, quanto

una mancata pronuncia della Corte di giustizia sugli effetti retroattivi può essere "supplita" dal legislatore nazionale che intende tutelare il legittimo affidamento di soggetti quali gli intermediari finanziari ed evitare rilevanti conseguenze economiche. Nello stesso senso, e quindi volendo perseguire le stesse finalità, il giudice nazionale potrebbe chiedere alla Corte di giustizia se il diritto UE non osta a che la Corte costituzionale pronunci una sentenza che limiti gli effetti nel tempo della propria sentenza.

I problemi posti dalla vicenda *Lexitor* potrebbero riproporsi a seguito della sentenza *UniCredit Bank Austria*, già essendosi manifestato un orientamento, da parte dell'ABF, a favore dell'applicabilità della sentenza *Lexitor* alla riduzione del credito ipotecario³⁷.

Si aprirebbe un nuovo scenario contenzioso, allontanando la risposta al dubbio amletico (già ricordato): *Lexitor* o non *Lexitor*? Questo è il dilemma³⁸.

alla rilevanza nel diritto UE, l'art. 2.2, par. 3 direttiva 2008/48 e, più in generale, l'art. 169 TFUE e l'art. 38 Carta dei diritti fondamentali (la giurisprudenza sulla tutela del consumatore è assai ampia: cfr. per alcuni riferimenti la nota 13).

37 Cfr. a favore dell'applicabilità la pronuncia dell'ABF Bari, 12.11.2020, n. 20119, contrastata da altre sulla non applicabilità: ABF Napoli, 9.10.2020, n. 17588; 21.1.2021, n. 1753; ABF Palermo, 11.8.2021, n. 18803 (un argomento è tratto anche dal fatto che l'art. 120 *noviesdecies* TUB, in tema di credito immobiliare, richiama soltanto il 1° comma e non anche il 2° comma dell'art. 125-*sexies* in materia di credito al consumo).

38 W. SHAKESPEARE, *Amleto*, atto terzo, scena prima.

SOMMARIO: 1. La decisione della Cassazione Civile, Sezione Terza, Ordinanza n. 15505 del 16 maggio 2022 - 2. Usura penale e usura civile. Le reazioni dell'ordinamento nel tempo: dai codici penale e civile alla L. n. 108/1996 - 3. Usura sopravvenuta: il D.L. n. 394/2000 - 4. Interessi moratori e cd. usura moratoria - 5. Quale tasso soglia per gli interessi moratori? - 6. Conseguenze - 7. Conclusioni.

1. La decisione della Cassazione Civile, Sezione Terza, Ordinanza n. 15505 del 16 maggio 2022

Una società immobiliare si rivolgeva al Tribunale deducendo l'usurarietà delle clausole contenute in un contratto di leasing immobiliare; il giudice del primo grado rigettava le domande dell'attrice.

La Corte di Appello, riformando la statuizione del Tribunale, riteneva che gli interessi moratori erano da ritenersi usurari, utilizzando a tal fine le indicazioni relative ai criteri di calcolo da utilizzare, così come precisate dalla pronuncia della Cassazione n. 27742/2018 (sopravvenuta in corso di causa), e rideterminava la misura degli stessi interessi equiparandoli al tasso legale.

La Corte di Cassazione, adita in via principale dalla società immobiliare, ne rigettava le doglianze e, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla società di leasing, richiamava la pronuncia delle Sezioni Unite n. 19597/2020 sopravvenuta nelle more del giudizio di legittimità e, "alla stregua di tale arresto nomofilattico", affermava:

- che anche la pattuizione relativa agli interessi di mora debba essere sottoposta alla valutazione di usurarietà;
- che tale valutazione non possa essere parametrata al TSU individuato per gli interessi corrispettivi, bensì ad una "soglia" costituita dal TEGM, incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori (come rilevata dai decreti ministeriali di cui alla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1), moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dalla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4;
- che, in caso di accertata usurarietà del tasso contrattualmente previsto, gli interessi moratori sono dovuti nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1.

2. Usura penale e usura civile. Le reazioni dell'ordinamento nel tempo: dai codici penale e civile alla L. n. 108/1996.

Le reazioni degli ordinamenti giuridici alla pratica dell'usura hanno radici profonde.

Come rammenta la stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n. 27442/2018, la pratica dell'usura "fu sempre odiosissima (*omnia conductis coemens obsonia nummis, ricorda Orazio nelle Satire, II, 9*), e la sua repressione attraverso la fissazione di un saggio degli interessi invalicabile è antica quanto la nostra cultura giuridica"¹.

Limitando l'attenzione alle vicende meno risalenti, nel corso degli ultimi anni, si sono susseguiti tre significativi interventi normativi (L. n. 108/1996, art. 1 del D.L. n. 394/2000, art- 2 bis comma 2 del D.L. n. 185/2008 conv. In L. n. 2/2009) e tre pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (24675/2017, 16303/2018, 19597/2020).

Ciò testimonia la costante esigenza di adeguare la risposta dell'ordinamento e di risolvere numerose problematiche, alcune delle quali generate dalle stesse sopravvenienze normative.

Nell'impianto disegnato dai codici penale del 1930 e civile del 1942, la reazione all'usura può essere così sintetizzata:

- la rilevanza penale ai sensi dell'art. 644 c.p. presupponeva la sussistenza dello stato di bisogno della vittima e l'approfittamento dello stesso da parte del reo;
- la reazione civile, in presenza dei medesimi presupposti (approfittamento dello stato di bisogno) risiedeva nella rescindibilità per lesione ex art. 1448 c.c., che tutelava – come tutela oggi – la qualità del consenso inciso da un evento esterno al rapporto tra i contraenti che incide sull'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, in presenza di profittamento dell'altra parte;
- reazione civile autonoma era nella previsione di cui all'art. 1815 comma 2 c.c., che sanciva la nullità della previsione usuraria contenuta in un contratto di mutuo, prevedendo la riduzione

¹ La Cassazione ricorda altresì che *Nel diritto romano arcaico un "tasso soglia" (foenus unciarum) venne introdotto sin dal VI secolo a.C. nella legislazione tavolare (secondo quanto riferisce Tacito, Annales, VII, 16, 2). Questo tasso subì periodiche variazioni, e restò fissato nella misura del 6% dall'imperatore Giustiniano.*

degli interessi dovuti alla misura legale².

Nel contesto descritto, si riteneva che in presenza del reato di usura fosse applicabile il rimedio civile della rescissione per stato di bisogno³; il rimedio di cui all'art. 1815 comma 2 prescindeva, invece, dalla sussistenza della fattispecie penale e, dunque, dall'accertamento dell'approfittamento di uno stato di bisogno, ponendosi come risposta più generale al fenomeno usurario.

Se ne inferiva, dunque, una distinzione tra usura "civile" rilevante ex art. 1815 c. 2 c.c. ed usura "penale" ex art. 644 c.p.

La disciplina così succintamente richiamata aveva evidenziato ristretti margini di operatività della fattispecie penale, rispetto all'ampio spazio sociale occupato dal fenomeno dell'usura, invero particolarmente diffuso.

La necessità dell'accertamento dello stato di bisogno della vittima e dell'approfittamento della controparte contrattuale, oltre a restringere l'ambito di rilevanza penale, mostravano criticità in merito alla prova di elementi dalla definizione scarsamente determinata.

Dal punto di vista civile, l'art. 1815 comma 2, sancendo la riduzione degli interessi usurari alla misura legale, si limitava a ripristinare l'equilibrio del rapporto, senza disincentivare significativamente la pratica usuraria.

Tali elementi di insoddisfazione della disciplina vigente furono alla base di una riflessione che sfociò nell'adozione della L. n. 108/1996.

Le modifiche di cui alla L. n. 108/1996 sono sintetizzabili come segue:

- l'art. 644 c.p. è stato riscritto configurando il reato a prescindere dalla ricorrenza degli elementi soggetti dell'approfittamento e dello stato di bisogno, rilevanti ai soli fini dell'ipotesi residuale

² La relazione del Ministro Gaurdasigilli così si esprimeva: "quando gli interessi sono usurari, l'importo convenuto si riduce alla misura legale, senza che sia necessario indagare, come dovrebbe farsi in base all'art. 1419 del c.c. primo comma, se il mutuante avesse consentito ugualmente il mutuo ove il mutuatario si fosse dimostrato disposto a corrispondere solo l'interesse legale. La sanzione di nullità si è limitata all'eccedenza sulla misura degli interessi legali, mantenendosi fermo, nel resto, il contratto. In tal modo si è colpito il mutuante impedendogli di godere del vantaggio usuraio che si era fatto promettere dal mutuatario, il quale, se si fosse dichiarato nullo il contratto, sarebbe rimasto obbligato all'immediata restituzione del capitale ricevuto"

³ Relazione del Guardasigilli per connessione 644 e 1448

della cd. usura soggettiva di cui all'art. 644 c. 3 c.p.;

- l'art. 1815 c. 2 c.c. è stato riscritto, prevedendo la nullità della clausola che prevede interessi usurari e la conseguenza che il rapporto permane senza che siano dovuti affatto interessi;
- è stato introdotto un parametro oggettivo del tasso soglia usurario, da rilevare e pubblicare trimestralmente, con la conseguenza che sono automaticamente usurari gli interessi superiori alla soglia.
- a seguito della modifica legislativa, la distinzione, sopra accennata, tra usura "civile" ex art. 1815 c. 2 c.c. e "penale" ex art. 644 c.p. si è risolta in un concetto unitario, stante l'identità di presupposti ai fini dell'usura pecuniaria ad interessi⁴; l'azione di rescissione per lesione ex art. 1448 c.c. assume invece carattere residuale⁵.

L'intervento normativo ha conferito maggior semplicità nell'accertamento della sussistenza di patti usurari, rispondendo anche ad esigenze di certezza.

Rispetto a tali ultime esigenze, vale ricordare che l'introduzione di una soglia di rilevanza oggettiva non è stata priva di conflitti in sede parlamentare, contrapponendosi le visioni di chi prediligeva la possibilità di una valutazione del caso concreto⁶, rispetto a quelle tese a conferire certezza a livello normativo.

4 Nel senso di una possibile discriminazione dei perimetri applicativi dell'usura "civile" e "penale", cfr. E. QUADRI, La nuova legge sull'usura. Profili civilistici, in Nuova giur. civ. comm., 1997. L'Autore ritiene che l'art. 1815 c. 2 c.c. possa trovare attuazione anche nelle ipotesi in cui "sia assente... il sempre necessario, ai fini della configurabilità del reato, elemento soggettivo del reato stesso".

5 L'azione per rescissione per lesione risulta esperibile a fronte di usura pecuniaria non ad interessi e a fronte di un'usura reale.

6 Nella relazione al codice penale, il Guardasigilli così spiegava la scelta della mancata predeterminazione degli interessi usurari: "Si è rilevato che dovrebbesi definire quando riconoscere gli interessi o altri vantaggi usurari, previsti come elementi del reato. Tale definizione non è possibile e non è necessaria. Si è fatto ricorso alla locuzione "interessi o altri vantaggi usurari", perché appunto l'usura si nasconde nei più vari espedienti e non si realizza solo nell'alta misura degli interessi; e, d'altra parte, non si può stabilire in un codice quando la misura degli interessi raggiunga tale grado da fornire materia di usura, essendo la misura degli interessi dipendente dalle più diverse circostanze di tempo, di luogo, di persona, di rischio". La Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 644 c.p., proposte con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., affermando che "Poiché non è possibile stabilire a priori quando la misura degli interessi sia tale da fornire materia di usura, essendo tale misura dipendente da diverse circostanze di tempo, di luogo, di persona e di rischio, il legislatore ha seguito il saggio criterio di affidare tale valutazione all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito. Trattasi non già di una norma in bianco, ma di una norma che consente un giudizio di valore, come le disposizioni riflettenti gli atti, le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, nelle quali la nozione di "osceno" è anch'essa collegata a molteplici circostanze, soprattutto di tempo, in relazione cioè all'evoluzione dei costumi. Ma tutto ciò... non vulnera alcun principio costituzionale" (Cass. 7 dicembre 1978).

3. Usura sopravvenuta: il D.L. n. 394/2000

Tuttavia, proprio sul piano della certezza, la L. n. 108/1996 ha aperto nuovi fronti di problematicità.

Invero, la formulazione legislativa non chiarisce se essa trova applicazione anche per i contratti stipulati antecedentemente alla sua entrata in vigore, i cui tassi ben possono divenire superiori a quello di riferimento in corso di rapporto; per cui ci si è chiesto se la valutazione di usurarietà debba riferirsi al momento della stipula del mutuo, oppure al momento di ciascun pagamento⁷.

In un panorama giurisprudenziale particolarmente controverso, è stato dunque necessario un ulteriore intervento del legislatore, il quale ha fornito l'interpretazione autentica della L. n. 108/1996 con il D.L. n. 394/2000, ai sensi del quale *"Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento"*.

L'intervento chiarificatore ha però aperto ulteriori fronti di dibattito e contrasto.

E' innanzi tutto risultato controverso se, con riferimento ai contratti stipulati antecedentemente alla L. n. 108/1996, la valutazione di usurarietà potesse essere operata ai sensi della normativa sopravvenuta, in relazione ad un rapporto sorto precedentemente.

Con riguardo ai rapporti sorti successivamente alla L. n. 108/1996, per i quali la valutazione di usurarietà deve essere riferita esclusivamente al momento dell'accordo, è risultata comunque discussa l'applicabilità di rimedi differenti per il caso di sopravvenuto superamento del tasso soglia in corso di rapporto.

Un primo orientamento (cfr. Cass. Sez. 3^a 26/06/2001, n. 8742; Cass. Sez. 1^a 24/09/2002, n. 13868; Cass. Sez. 3^a 13/12/2002, n. 17813; Cass. Sez. 3^a 25/03/2003, n. 4380; Cass. Sez. 3^a 08/03/2005, n.

⁷ Per la rilevanza penale dell'usura sopravvenuta, cfr. B. INZITARI, Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo, in Banca borsa tit. cred., I, 1999; contra, cfr. P. SEVERINO DI BENEDETTO, Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente all'entrata in vigore della l. n. 108 del 1996, in Banca borsa tit. cred., II, 1998. G. GUIZZI, Congruità dello scambio e contratti di credito (Ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto), in G. VETTORI (a cura di), Squilibrio e usura nei contratti, Padova, 2002, osserva che "ogni valutazione intesa a stabilire se il rapporto tra le prestazioni reciproche fissato dalle parti sia o meno allineato a quello che è il rapporto valutato come giusto dal mercato non può che essere condotta se non avendo attenzione al momento in cui quel rapporto viene ad esistenza".

5004; Cass. Sez. 1^a 19/03/2007, n. 6514; Cass. Sez. 3^a 17/12/2009, n. 26499; Cass. Sez. 1^a 27/09/2013, n. 22204; Cass. Sez. 1^a 19/01/2016, n. 801), dava alla questione della configurabilità dell'usura sopravvenuta risposta negativa.

Un secondo orientamento, invece, riteneva l'illiceità della pretesa del pagamento di interessi a un tasso che, pur non essendo superiore, alla data della pattuizione, alla soglia dell'usura definita con il procedimento previsto dalla L. n. 108, superasse tale soglia al momento della maturazione o del pagamento degli interessi stessi (cfr. Cass. Sez. 1^a 12/04/2017, n. 9405), relegando la rilevanza della richiamata norma d'interpretazione autentica all'esclusione dell'applicazione delle sanzioni penali e civili di cui all'art. 644 c.p., e art. 1815 c.c., comma 2, ferme restando le altre sanzioni civili.

Alcune pronunce di merito, valorizzando il principio di buona fede oggettiva ed il divieto di abuso del diritto, hanno ritenuto inesigibile la pretesa di interessi formalmente dovuti, eppure divenuto eccessivo (siccome oltre soglia) al momento della richiesta.

Le Sezioni Unite sono dovute intervenire con la sentenza n. 24675/2017 per affermare il seguente principio di diritto: *"Allorchè il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; nè la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto"*.

Le questioni, così definite dalle Sezioni Unite, appaiono consolidate nella giurisprudenza successiva.

Tuttavia, non si può mancare di evidenziare che la recente evoluzione sull'allargamento del sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale, come effetto dell'operare della clausola di solidarietà sociale sancita dall'art. 2 della Costituzione intesa quale clausola immediatamente precettiva⁸, potrebbe condurre ad una futura rivisitazione dell'incidenza della buona fede esecutiva sui rapporti di lunga durata in corso

⁸ Particolarmente significative, al riguardo, le pronunce n. 248/2013 e n. 77/2014 della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria, espressive di una tendenza a ravvisare nella solidarietà sociale una clausola immediatamente precettiva.

di svolgimento, che potrebbe rilevare da varie prospettive: dalla riconduzione ad equità del tasso di interesse, sino ad ipotizzare un obbligo di rinegoziazione del contratto di mutuo.

4. Interessi moratori e cd. usura moratoria

Particolarmente dibattuta è stata l'applicabilità della disciplina sull'usura di cui alla L. n. 108/1996 alle clausole relative agli interessi moratori.

Per una tesi che si può definire estensiva, e che ha trovato accoglimento in Cassazione⁹, la disciplina anti usura dovrebbe estendersi anche agli interessi moratori.

Molteplici gli argomenti addotti in tal senso.

Per un primo verso, la legge (art. 1815 c.c., art. 644 c.p.) non distingue tra tipi di interessi ed, anzi, il D.L. n. 394/2000 richiama espressamente la pattuizione "a qualsiasi titolo"; anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità della L. n. 24/2001 di conversione del D.L. n. 394/2000, ha affermato che il richiamo agli interessi "a qualsiasi titolo" rende plausibile ritenere che il tasso soglia riguardi anche gli interessi moratori.

Per altro verso, interessi corrispettivi e moratori sarebbero assimilabili anche nella effettiva funzione, genericamente reintegrativa rispetto alla sottrazione della disponibilità di capitale.

Ancora, la finalità della L. n. 108/1996, di tutelare le vittime dell'usura, deporrebbero per l'applicabilità anche agli interessi moratori, che altrimenti renderebbero, per il creditore, addirittura più conveniente l'inadempimento.

Per altra tesi, restrittiva, l'applicabilità della disciplina anti usura a tale tipologia di interessi dovrebbe escludersi¹⁰.

In tal senso, si conferisce rilevanza decisiva alla discriminazione per natura delle varie tipologie di interessi: soltanto quelli corrispettivi avrebbero natura remunerativa del capitale; quelli moratori avrebbero natura risarcitoria, siccome liquidazione forfetaria del danno da ritardo nelle obbligazioni pecuniarie.

⁹ cfr. Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 13 settembre 2019, n. 22890; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324

¹⁰ Nel senso dell'estraneità degli interessi moratori a tutte le regole dell'usura, G. MUCCIARONE, Usura sopravvenuta e interessi moratori usurari tra Cassazione, Abf e Banca d'Italia, Banca borsa tit. cred., 2014.

Dal punto di vista letterale, l'art. 644 c.p., nel delineare la fattispecie del reato di usura, indica gli interessi usurari quali "corrispettivo" di una prestazione di denaro o di altra utilità.

La tesi restrittiva indica la tutela contro la cd. usura moratoria nella possibilità, per il giudice, di ridurre d'ufficio la clausola penale ad equità in caso di eccessività, ex art. 1384 c.c.¹¹

La questione ha trovato una solida composizione prima con l'ordinanza n. 27442/2018, e dunque con la sentenza n. 19597/2020 delle Sezioni Unite, che hanno confermato il precedente dal punto di vista dell'applicabilità della disciplina anti usura agli interessi di mora (non senza divergenza sugli argomenti spesi per giungere alla medesima conclusione), con una rilevantissima rivisitazione in tema di saggio soglia di riferimento.

Alla pronuncia n. 27442/2018 va ascritto il merito di aver affrontato tutti gli aspetti problematici dibattuti, nel tentativo di fissare un sicuro punto di riferimento¹²; la Corte ha affermato che l'art. 2 della L. n. 108/1996 vieta di pattuire interessi eccedenti la misura massima prevista, sia con riferimento agli interessi cd. corrispettivi che agli interessi cd. moratori, sulla base di un'approfondita analisi di "tutti e quattro i tradizionali criteri di ermeneutica legale: l'interpretazione letterale, l'interpretazione sistematica, l'interpretazione finalistica e quella storica".

Dal punto di vista letterale, si è osservato che né l'art. 644 c.p. c. 1, né l'art. 2 della L. n. 108/1996, né l'art. 1 del D.L. n. 394/2000 operano distinzioni tra i vari tipi di interessi, riferendosi anzi l'ultima fonte richiamata ad interessi pattuiti "a qualunque titolo".

¹¹ La giurisprudenza di legittimità sulla riducibilità della clausola penale eccessiva mette peraltro in luce evidenti elementi di comunione con il rilievo di usurarietà. Cfr Cass. 14 ottobre 2011, n. 21297, ai cui sensi: l'adeguatezza della clausola penale deve essere valutata al momento della firma dell'accordo; la valutazione dell'adeguatezza della penale va riferita al momento della pattuizione e non a quello del ritardo una volta già maturato; il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato – anche d'ufficio – per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela.

¹² L'intenzione della Corte di ricondurre ad univocità la giurisprudenza emerge chiaramente dalla stessa sentenza, nella parte in cui si precisa che "Gli interessi convenzionali di mora non sfuggono alla regola generale per cui, se pattuiti ad un tasso eccedente quello stabilito dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, comma 4, vanno qualificati ipso iure come usurari.... Questo principio è già stato reiteratamente affermato sia da questa Corte in sede civile e penale, sia dalla Corte costituzionale. Nondimeno la constatazione di come tale principio resti non infrequentemente trascurato da parte dei giudici di merito; ed il rilievo di come esso appaia sostanzialmente incompreso con riferimento alla prassi seguita da parte degli organi amministrativi preposti a dare attuazione alle prescrizioni di cui alla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, inducono questa Corte a ripercorrerne il fondamento, la portata e le conseguenze".

Dal punto di vista sistematico, si è evidenziato che interessi convenzionali moratori e corrispettivi hanno la medesima funzione di remunerare il mancato godimento d'un capitale, e che tale identità di funzione giustifica l'assoggettamento di entrambi alla legislazione antiusura¹³.

In chiave finalistica, si è valorizzata la ratio della L. n. 108/1996, di superare le pregresse questioni che, in precedenza, si ponevano in giudizio allorché si trattava di accertare l'usurarietà di un patto di interesse, mediante l'introduzione di un criterio oggettivo al duplice scopo di tutelare da un lato le vittime dell'usura, e dall'altro il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche; in tale contesto, escludere dall'applicazione il patto di interessi convenzionali moratori sarebbe incoerente con la finalità perseguita, e condurrebbe al risultato paradossale che per il creditore sarebbe più vantaggioso l'inadempimento (che farebbe scattare la mora e consentirebbe di lucrare interessi non soggetti ad alcun limite) che l'adempimento.

Infine, a seguito di una dotta e puntuale ricostruzione storica, si giungeva ad evidenziare che, sulla base di un'esperienza millenaria, le diverse tipologie di interessi non presentano sostanziali differenze strutturali.

Così fissate le basi per una auspicata conformazione delle successive pronunce ai principi affermati, la questione veniva ciò nonostante presto rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁴.

Le Sezioni Unite giungevano a confermare il principio affermato dalla sentenza n. 27442/2018, pur parzialmente prendendo le distanze dalla molteplicità ed estensività delle argomentazioni ivi adottate.

Invero, le Sezioni unite subito precisavano di prediligere un approccio sintetico e finalistico, esplicitando di non ritenere dirimente gli argomenti letterale, storico, sistematico; di rinvenire, invece, il "criterio-guida" nella ratio del divieto di usura e nelle finalità che con esso si siano intese perseguire.

Muovendo a partire dall'esigenza primaria di tutelare il debitore al cospetto del finanziatore, le Sezioni Unite ritenevano che il finanziatore, come è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quan-

¹³ La Corte critica aspramente la "tralatizia affermazione" secondo cui gli interessi corrispettivi e quelli moratori assolverebbero a funzioni diverse: remunerativa i primi, risarcitoria i secondi, bollandola come "scolastica distinzione [che] prescinde del tutto dalla genesi e dallo sviluppo storico della distinzione tra interessi compensativi e moratori", figlia dell'abuso di poco ragionate affermazioni reiterate nel tempo.

¹⁴ Con ordinanza del 22 ottobre 2019, n. 26946, la prima Sezione rimetteva la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, sulla questione relativa all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori ed alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia.

do pattuisce i costi complessivi del credito, così non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora.

Tale controllo viene attuato mediante l'applicazione della disciplina anti usura all'interesse moratorio, in quanto di maggiore tutela per il debitore, rispetto alla minor tutela apprestabile ex art. 1384 c.c. mediante il controllo del giudice sull'eccessività della clausola penale¹⁵.

In ogni caso, quanto all'estensione delle misure anti usura ai tassi moratori, le Sezioni Unite concludevano confermando le conclusioni della precedente ordinanza n. 27442/2018, pur non condividendone l'intero apparato motivazionale.

Con la recente l'ordinanza n. 15505 del 16 maggio 2022, la Corte di Cassazione ha dato continuità ai precedenti, ritenendo l'applicabilità della disciplina dell'usura alla pattuizione relativa agli interessi di mora, a tal fine limitandosi a richiamare le Sezioni Unite e dunque a decidere la causa "alla stregua di tale arresto nomofilattico", senza altro aggiungere.

Appare dunque completato un travagliato iter che, principiato con l'ordinanza n. 27742/2018 con la quale si manifestava un'evidente insoddisfazione per la difficoltà nel ricondurre ad univocità la giurisprudenza e ci si dilungava in un dettagliato esame di tutte le questioni agitate da dottrina e giurisprudenza, dunque transitato per la sentenza a Sezioni Unite esplicitamente sintetica e concentrata sul dirimente valore conferito alle finalità della L. n. 108/1996, vede ora la Cassazione ritenere sufficiente il semplice richiamo al precedente.

5. Quale tasso soglia per gli interessi moratori?

Ricompresi gli interessi moratori nell'ambito dell'usura, emerge un ulteriore aspetto critico.

L'art. 2 della L. n. 108/1996 e le regole tecniche utilizzate per il calcolo della soglia usuraria appaiono

15 A.A. DOLMETTA, Rilevanza usuraria dell'anatocismo, in Riv. dir. banc., dirittobancario. it, 2015, osserva che "una cosa è l'eccessività dell'onere complessivo caricato sul cliente (dove le singoli voci rilevano come mere componenti e tutto rifluisce nel risultato), secondo il focus che connota la legge sull'usura; un'altra è l'eccessività delle singole distinte voci (che, tra l'altro, è profilo senz'altro successivo), come per i moratori avviene alla stregua della norma dell'art. 1384 c.c.".

infatti di problematica estensione agli interessi moratori¹⁶.

L'art. 2 è chiaro nel prescrivere la rilevazione e pubblicazione del solo "tasso effettivo globale medio", ed invero la Banca di Italia ha sempre rilevato soltanto tale tasso.

Dall'anno 2003, il D.M. trimestrale¹⁷ riporta, in aggiunta ai tassi effettivi globali medi, una "rilevazione statistica" dei tassi di mora pattuiti e della maggiorazione media rispetto ai tassi percentuali corrispettivi¹⁸.

Tale rilevazione statistica, inizialmente denominata "indagine" e riferita soltanto ai casi di ritardato pagamento, è dal 2017 distinta per tipologie di operazione¹⁹ (mutui ipotecari, leasing, altri prestiti).

Ci si è domandati, dunque, se ai fini della valutazione di usurarietà dei tassi di mora occorra considerare la maggiorazione media rilevata rispetto ai tassi corrispettivi.

La L. n. 108/1996, invero, non sembra offrire spazi per ritenere legittima la fissazione di una soglia usuraria ad hoc per il tasso di mora, differente rispetto all'unica rilevazione effettivamente richiesta, avendo costruito il giudizio di usurarietà su di un unico tasso soglia per ciascun tipo di finanziamento e

¹⁶ I decreti ministeriali annuali di cui all'art. 2 L. n. 108/1996 hanno demandato alla Banca di Italia la rilevazione dei TEGM (tassi effettivi globali medi); la Banca di Italia ha adottato specifiche Istruzioni per la rilevazione dei tassi praticati dagli intermediari e dalle banche, esplicitamente richiamate nei D.M. con i quali vengono pubblicati gli esiti delle rilevazioni. Dal tasso medio rilevato, tramite operazioni matematiche predefinite, si deriva automaticamente il TSU (tasso soglia dell'usura). Anche per il calcolo del TEG (tasso effettivo globale) riferito alla singola operazione contrattuale, la Banca di Italia ha definito le formule di calcolo. Dal confronto tra TEG e TSU dipende la valutazione oggettiva di usurarietà.

¹⁷ Così l'art. 3 commi 4 e 5 del D.M. del 25 marzo 2022, con riferimento al trimestre da aprile a giugno 2022: "4. I tassi effettivi globali medi di cui all'art. 1, comma 1, del presente decreto non sono comprensivi degli interessi di mora contrattualmente previsti per i casi di ritardato pagamento. 5. Secondo l'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, i tassi di mora pattuiti presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti".

¹⁸ A.A. DOLMETTA, Su usura e interessi di mora: questioni attuali, in Banca borsa tit. cred., 2013, osserva che "il carico dei tassi moratori stabiliti in contratto andrà a confrontarsi con delle rilevazioni trimestrali di formazione posteriore", per cui "il fenomeno in questione finisce sostanzialmente per rifluire in quello, più generale, dell'usura sopravvenuta".

¹⁹ Come rilevato da Cassazione n. 27442/2018 "non v'è dubbio che con l'atecnico lemma "operazioni" la legge abbia inteso riferirsi alle varie tipologie contrattuali".

distinto solo tra i diversi modelli contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito²⁰.

Al riguardo, l'ordinanza della Cassazione n. 27442/2018, in un obiter dictum, sostanzialmente ritiene che il riscontro dell'usura degli interessi moratori vada effettuato con riferimento al semplice tasso soglia rilevato per la tipologia di contratto (senza alcuna maggiorazione né altri adattamenti), ricordando che la legge ha ritenuto di imporre al Ministro del tesoro la rilevazione dei tassi di interessi omogenei per tipo di contratto.

Su tale questione, le Sezioni Unite n. 19597/2020 hanno ritenuto di rivedere il precedente, affermando che la mancata indicazione, nell'ambito del TEGM, degli interessi di mora mediamente applicati, non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, ove essi ne contengano la rilevazione statistica.

Invocando l'esigenza del rispetto del principio di simmetria²¹, le Sezioni Unite hanno ritenuto di soddisfare tale esigenza mediante il ricorso ai criteri statistici di cui alle rilevazioni trimestrali, ove indicanti i tassi medi degli interessi moratori.

Pertanto, il tasso medio dei moratori, rilevato dai D.M. è stato ritenuto idoneo a determinare la soglia rilevante; nel caso in cui i decreti non indichino la maggiorazione media dei moratori – così è stato sino al D.M. 25 marzo 2003 – allora le Sezioni Unite ritengono che occorra ("gioco-forza") far riferimento al residuo termine di confronto costituito dal TEGM, così come rilevato²².

Anche su tale punto, la sentenza in rassegna segue le indicazioni delle Sezioni Unite, senza riproporre in chiave problematica le questioni di diritto sottese, dandole semplicemente per risolte mediante il richiamo al precedente.

20 A. TARANTINO, Usura e interessi moratori, in Nuova giur. comm., 2013, afferma che il TEGM "che rispecchia il normale prezzo del credito nella fase "fisiologica" del rapporto, non rappresenta un parametro adeguato per verificare l'eventuale sproporzione degli interessi di mora, che invece attengono a una fase "patologica" dell'esecuzione del contratto. Di talché è essenziale che venga fissato un apposito tasso soglia relativo agli interessi di mora".

21 Cfr. Sezioni unite, sentenza n. 16303 del 2018, n. 22270/2016, n. 12965/2016. Il principio esige che vi sia simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente ed il tasso effettivo globale della singola operazione.

22 Nel caso concreto deciso dalle Sezioni Unite, appunto, il contratto era stato concluso in data tale da rendere applicabile il D.M. 22 marzo 2002, non contenente rilevazione degli interessi moratori.

6. Conseguenze

Ritenuta la potenziale usurarietà degli interessi mora, e stabilito il criterio tecnico matematico per operare tale valutazione oggettivamente, occorre stabilire quali siano gli effetti conseguenti al superamento della soglia limite.

Anche rispetto alla determinazione delle conseguenze, giurisprudenza e dottrina non hanno evidenziato univocità di posizioni.

L'art. 1815 c.c., così come modificato dalla L. n. 108/1996, prevede in modo netto la nullità della clausola con cui sono convenuti interessi usurari e l'ulteriore sanzione della gratuità ("non sono dovuti interessi").

Occorre premettere che la clausola avente ad oggetto gli interessi di mora (eventuali) è distinta rispetto a quella avente ad oggetto gli interessi corrispettivi (certi ab initio).

Si è dunque affermato²³ che la nullità della prima non interessa la seconda, rispetto alla quale la valutazione di usurarietà è autonoma.

Come chiaramente enunciato dalla Cassazione con la sentenza n. 21470/2017, l'art. 1815 comma 2 "*intende per clausola la singola disposizione pattizia che contempra interessi eccedenti il tasso-soglia, indipendentemente dal fatto che essa esaurisca la regolamentazione dell'entità degli interessi dovuti in forza del contratto*", colpendo con la previsione di nullità "*la singola pattuizione che programmi la corresponsione di interessi usurari, non investendo le ulteriori disposizioni che, anche all'interno della medesima clausola, prevedano l'applicazione di interessi che usurari non siano*"²⁴.

Ciò premesso, in punto di conseguenze dell'accertata usurarietà degli interessi convenzionali moratori, l'ordinanza n. 27442/2018 della Cassazione, in un obiter dictum, ha escluso l'applicabilità dell'art. 1815

²³ Antecedentemente alle Sezioni Unite n. 19597/2020, in tal senso si era espressa Cassazione n. 22890/2019.

²⁴ La Cassazione ha altresì precisato che "*la neutralizzazione degli effetti della disposizione che disciplini il pagamento di interessi non usurari non può derivare dall'inefficacia della previsione contrattuale concernente gli interessi usurari*", giacché "*il mancato prodursi degli interessi dipende dall'effetto, caducatorio che colpisce la pattuizione contra legem*", con la conseguenza che, ove le parti abbiano convenuto un saggio di interesse inferiore al tasso soglia, "*la relativa disposizione è valida, e non vi è modo di ritenere che ad essa si comunichi la patologia negoziale che colpisce altra pattuizione... se non si comunica l'invalidità, non si comunica nemmeno l'inefficacia (data dalla non spettanza degli interessi) che da quell'invalidità si origina*".

comma 2 c.c. a questi ultimi²⁵, muovendo dalla differenza di causa di interessi corrispettivi e moratori e ritenendo i secondi sottratti al trattamento (“...*non sono dovuti interessi*”) che conseguirebbe soltanto all’usurarietà degli interessi corrispettivi.

Dall’autonomia delle varie clausole previdenti interessi a diverso titolo, si fa discendere dunque la conseguenza che anche la sanzione della gratuità colpisce soltanto la tipologia di interessi qualificabili come usurari; in caso di usurarietà dei soli interessi moratori, quelli corrispettivi saranno comunque dovuti.

In pratica, secondo la pronuncia n. 27442/2018, sarebbe “ragionevole”²⁶, in presenza di interessi convenzionali moratori usurari, attribuire gli interessi al tasso legale.

Seguendo quanto incidentalmente affermato da tale ordinanza, la successiva sentenza n. 22890/2019 ha rigettato il motivo con cui si richiedeva, in presenza di accertata usurarietà ab origine del tasso moratorio pattuito, di riconoscere la gratuità dell’intero rapporto contrattuale, estendendo l’obbligo di restituzione anche agli interessi corrispettivi/convenzionali.

Ponendosi in linea con i precedenti, le Sezioni Unite n. 19597/2020 hanno ritenuto applicarsi l’art. 1815 comma 2 c.c., senza che ciò comporti la gratuità sanzionatoria del contratto: le Sezioni Unite hanno infatti statuito che la sanzione sia da confinare alla tipologia di interessi che abbiano superato la soglia di usurarietà.

Pertanto, nel caso in cui il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento del tasso soglia – in presenza di interessi corrispettivi validi – soltanto gli interessi moratori risulteranno inefficaci, mentre ai sensi dell’art. 1224 comma 1 c.c. saranno comunque dovuti gli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Le Sezioni Unite aggiungano, ad abundantiam, che tale conclusione sarebbe confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col diritto Unionale, muovendo dall’esame della Direttiva 93/13/CEE e di alcune pronunce della Corte di Giustizia rese in casi che coinvolgevano soggetti finanziati “consumatori”, per dedurne che – come in quei casi l’usura degli interessi moratori non fa venir

²⁵ La Cassazione si esprime, invero, senza evidenziare granitiche certezze: “l’applicazione dell’art. 1815 c.c., comma 2, agli interessi moratori usurari non sembra sostenibile...”.

²⁶ Anche l’uso del termine “ragionevole” sembra rilevare la difficoltà per la Corte nell’indicare una soluzione fondata su solide basi positive.

meno la validità della clausola relativa agli interessi corrispettivi (cfr. Corte di Giustizia 7 agosto 2018, cause riunite C 96/16) – altrettanto è a maggior ragione nei casi in cui il soggetto finanziato non sia consumatore, e tale risultato si raggiunge tramite l'applicazione dell'art. 1224 c.c..

Invero, sul richiamo al diritto Eurounitario ed alle pronunce della Corte di Giustizia, si è osservato criticamente che la Corte di Cassazione ha frainteso le pronunce del Giudice di Lussemburgo, raggiungendo il paradossale risultato di interpretare una direttiva espressamente volta a tutelare il consumatore in danno del consumatore stesso²⁷.

In ogni caso, l'argomento che si potrebbe definire unionale è stato esposto ad abundantiam rispetto ad una conclusione già altrimenti raggiunta²⁸, sicché l'eventuale inconferenza dell'exkursus non vizia la conclusione.

Conclusione che la sentenza in commento riprende e consolida, anche in questo caso con il risultato di contribuire nel quietare un panorama alquanto agitato.

7. Conclusioni

Nel contesto del mercato del credito, ad elevatissima sensibilità sociale, i cui confini con l'usura sono connotati da una storica incertezza, alimentata anche dalla proliferazione di teorie divergenti rispetto alle pronunce giudiziali, pur ove provenienti dalla Corte di Cassazione, sembra debba accogliersi favorevolmente l'ordinanza in commento, che consolida gli approdi delle Sezioni Unite e conferisce maggiori margini di certezza per orientare le azioni future dei soggetti coinvolti.

Al riguardo, merita notare che il caso in commento ha visto sullo sfondo, con il percorso dei gradi di giudizio, il susseguirsi di interventi della Corte di Cassazione che ne hanno orientato le decisioni dei vari gradi, comportando la revisione del grado precedente in accordo con la revisione degli orientamenti del Giudice di legittimità, verificatasi in corso di causa.

Proprio la rilevanza sociale del credito può indurre a ritenere preferibile il consolidamento di certezze, pur in presenza di soluzioni non sempre del tutto soddisfacenti.

²⁷ A. Stefani, Usura bancaria: ancora questioni aperte, in *Contratti*, 2022, 1.

²⁸ Cfr. "Tale conclusione è confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col diritto Eurounitario..."

D'altra parte, la difficoltà di elaborare soluzioni appaganti è largamente addebitabile al susseguirsi di interventi normativi non sempre coordinati e dalla forza vitale della giurisprudenza che, nell'evoluzione descritta, è apparsa poco propensa ad accontentarsi delle soluzioni raggiunte, per cercare continuamente nuovi assetti intorno ai quali formare stabilità.

L'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite può sicuramente conferire maggiore stabilità al sistema, anche come effetto dell'art. 374 c. 3 c.p.c.²⁹, e la pronuncia in commento ne è una manifestazione.

In ogni caso, auspicabile appare un intervento del legislatore di semplificazione ed ulteriore oggettivizzazione delle fattispecie usuarie.

²⁹ Art. 374 comma 3 c.p.c., come novellato dal D.Lgs. n. 40/2006: "Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La solidarietà. Cenni; 3. L'azione di regresso; 4. La surrogazione per pagamento; 5. L'indirizzo giurisprudenziale più risalente: l'art. 292, primo comma, cod. ass. è un'ipotesi di surrogazione legale; 6. L'indirizzo giurisprudenziale più recente: l'art. 292, primo comma, cod. ass. ha natura di regresso; 7. Un terzo indirizzo giurisprudenziale: la specialità dell'azione di cui all'art. 292, primo comma, cod. ass.; 8. Le Sezioni Unite confermano il carattere «speciale» dell'azione di cui all'art. 292 cod. ass.

1. Il caso

Il fatto trae origine da un sinistro stradale cagionato da un veicolo condotto da persona diversa dal proprietario, e non provvisto della copertura assicurativa contro la responsabilità civile auto.

Il danneggiato, ai sensi dell'articolo 283 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) – che dispone «il Fondo di garanzia per le vittime della strada, costituito presso la CONSAP, risarcisce i danni causati dalla circolazione dei veicoli e dei natanti, per i quali vi è obbligo di assicurazione, nei casi in cui (...) b) il veicolo o natante non risulti coperto da assicurazione», – rivolge la richiesta risarcitoria al Fondo di garanzia per le vittime strada, al fine di ottenere il risarcimento dall'impresa di assicurazione designata ai sensi dell'articolo 286, primo comma, cod. ass.

L'impresa di assicurazione, una volta corrisposto il risarcimento a favore del danneggiato, intenta l'azione di recupero, ex art. 292 cod. ass.: «L'impresa designata che, anche in via di transazione, ha risarcito il danno nei casi previsti dall'articolo 283, comma 1, lettere a) b), d), d-bis) e d-ter), ha azione di regresso nei confronti dei responsabili del sinistro per il recupero dell'indennizzo pagato nonché degli interessi e delle spese», nei confronti dei responsabili civili del sinistro (il proprietario del veicolo sprovvisto di copertura assicurativa ed il conducente), invocando una loro responsabilità solidale¹.

I danneggianti sollevano una diversa interpretazione della norma testé citata, qualificando in modo differente l'azione di recupero esercitata dall'impresa designata dal Fondo di garanzia delle vittime della strada.

Per i danneggianti si tratterebbe di un'azione di surroga, e non di regresso come sostenuto dalla Compagnia designata ed operante per conto del Fondo. La surrogazione per pagamento presupporrebbe l'accertamento della responsabilità dei danneggianti, i quali denunciano l'omesso esame della questio-

¹ Cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2019, 236.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

ne ad opera della Corte d'appello.

Volendo elevare a concetto le questioni giuridiche suscitate dal caso, può dirsi che la rimessione alle Sezioni Unite in commento si è imposta esclusivamente al fine di sciogliere il contrasto interpretativo che avvince la natura giuridica dell'azione di recupero ex art. 292 cod. ass., interpretata dalla giurisprudenza di legittimità in tre modi differenti: come azione di regresso; quale azione di surroga; o come un'azione speciale, non riconducibile con esattezza né al regresso né alla surroga.

L'ampiezza delle pretese avanzate dalle parti in controversia – come verrà mostrato nelle premesse teoriche contenute nei paragrafi che seguono – dipende esclusivamente dalla qualificazione dell'azione ex art. 292 cod. ass.

L'intelligenza della vicenda abbisogna, perciò, di un'efficace prolusione sugli istituti giuridici coinvolti nel caso.

2. La solidarietà. Cenni

Come accennato, v'è una tesi che qualifica l'azione di recupero delle somme pagate dal Fondo, come un'ipotesi di regresso.

L'azione di regresso si rinviene, nei suoi caratteri generali, nella disciplina delle obbligazioni solidali. L'articolo 1299 c.c. rubrica «*regresso tra condebitori*», ed al primo comma dispone: «*il debitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi*», appalando un collegamento testuale con la disciplina della solidarietà.

La comprensione dell'azione di regresso deve muovere, pertanto, dalla disciplina dell'obbligazione solidale.

La solidarietà è un particolare modo di essere delle obbligazioni soggettivamente complesse, e, indu-

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

giando soltanto sulla solidarietà passiva (l'unica che può interessare nel caso in esame)², si caratterizza per il fatto che «più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri» (art. 1292 c.c.)³.

Caratteri indefettibili della solidarietà passiva sono, dunque, la pluralità di debitori e la medesima prestazione. Se v'è anche l'identità del titolo, la solidarietà si presume (art. 1294 c.c.); se non v'è, il carattere solidale deve essere costituito espressamente dalla legge o dal titolo (cfr. a titolo d'esempio, l'art. 1944 c.c. in materia di fideiussione «Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito»).

Si è soliti, inoltre, distinguere la solidarietà cosiddetta eguale (o perfetta), dalla solidarietà diseguale (o imperfetta). Nella prima, l'obbligazione è assunta nel comune interesse di tutti i condebitori; nella seconda, l'obbligazione è assunta esclusivamente nell'interesse di un condebitore, e gli altri sono obbligati a titolo di garanzia⁴.

Vi sono differenze di struttura e di effetti tra le due forme di solidarietà. Nella solidarietà eguale, i debitori condividono il medesimo interesse perché il debito sorge dal medesimo titolo. Nella solidarietà diseguale, viceversa, i titoli sono diversi.

Nella prima, il peso del debito si ripartisce nei rapporti interni in modo paritario tra tutti i condebitori (art. 1299, primo comma, c.c.); nella seconda, il peso del debito nei rapporti interni è scaricato totalmente sul condebitore nel cui interesse è sorta l'obbligazione⁵.

2 Le obbligazioni solidali dal lato passivo, secondo la teoria pluralista, danno vita un fascio unitario di rapporti in cui ciascun debitore è titolare di una propria posizione di debito nei confronti del comune creditore ma l'adempimento dell'uno libererà anche gli altri (v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1946, 177; C.M. BIANCA, *Diritto civile - L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, 699); in senso contrario v. C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1953, 322, il quale, facendo leva sull'unicità dell'interesse creditorio, afferma la natura unitaria del rapporto e F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1967, 50 che effettua un distinguo a seconda che l'obbligazione solidale abbia un interesse unisoggettivo o comune: nel primo caso, dato che la solidarietà è chiamata ad assolvere una funzione di garanzia, presenta una struttura pluralistica, in quanto il vincolo solidale si pone tra rapporti autonomi (rapporto principale e di garanzia); invece, nel secondo, non riscontrandosi autonomi rapporti, si avvicina allo schema del rapporto unico con più soggetti.

3 Cfr. A.M. BENEDETTI, *Alle fonti della solidarietà: la ragion d'essere dell'art 1294 c.c.*, in *Contratti*, 2013, 1, 7.

4 Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 708 e U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e solidarietà*, in *Contr. e impr.*, 2014, 2, 266.

5 Così E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni - Corso di diritto civile*, Torino, 2012, 152.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

Nella solidarietà eguale (o perfetta), il condebitore non può opporre al creditore le eccezioni personali degli altri condebitori (art. 1297 c.c.); al contrario, di regola, nella solidarietà diseguale (o imperfetta) il condebitore «di garanzia» può opporre al creditore le eccezioni personali del condebitore garantito (cfr. art. 1945 c.c.).

Alla solidarietà diseguale appaiono inapplicabili le discipline sulle vicende estintive degli articoli da 1300 a 1303 c.c., perché presuppongono la divisione della prestazione in parti che si presumono uguali.

La solidarietà eguale, come premesso, si distingue per la posizione di equivalenza dei debitori riguardo alla posizione del creditore; per tale ragione il creditore può scegliere liberamente il debitore che gli appaia in grado di soddisfare più agevolmente il proprio credito, evitando così di «parcellizzare» la propria richiesta di pagamento in più domande⁶. In materia di solidarietà diseguale, viceversa, si discute in dottrina sull'interrogativo se il condebitore di garanzia goda, come regola generale applicabile in tutti i casi, di un *beneficium ordinis*⁷. Sulla questione, la giurisprudenza sembra accogliere la tesi positiva⁸.

3. L'azione di regresso

Il condebitore che ha pagato l'intero al creditore può recuperare l'eccedenza attraverso due strumenti giuridici: l'azione di regresso e l'azione di surroga.

La prima è disciplinata dall'articolo 1299 c.c., che dispone: «*il debitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi. Se uno di questi è insolvente, la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso quello che ha fatto il pagamento. La stessa norma si applica qualora sia insolvente il condebitore nel cui esclusivo interesse l'obbligazione era stata assunta*». Esso ha la funzione di ridistribuire il peso del debito estinto da colui che «è stato costretto all'adempimento per la totalità», consentendogli di recuperare l'eccedenza dagli altri condebitori solidali⁹.

⁶ Cfr. A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Tratt. dir. civ. comm.* a cura di Cicu – Messineo, Milano, 2019, 83 s.

⁷ Per una disamina delle tesi sul campo, si rinvia a M. PECORARO, *L'applicazione analogica del beneficium ordinis alla fattispecie dell'accollo convenzionale*, in *Contratti*, 2005, 3, 253.

⁸ Sul punto v. Cass. 24 maggio 2004 n. 9982, in *Corr. Giur.*, 2004, 9, 1173 con nota di A. PALMA, *La natura sussidiaria dell'obbligazione solidale nell'accollo cumulativo accettato dal creditore*.

⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 716.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

L'estinzione dell'obbligazione principale ad opera del condebitore solidale solvente, impone, infatti, la redistribuzione del peso del debito nei rapporti interni, come suggerisce lo stesso articolo 1298 c.c.: «*nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi*».

Il regresso è un diritto nuovo che sorge *ex lege* come effetto del pagamento, senza gli accessori e le garanzie del credito soddisfatto dal debitore solvente¹⁰.

Il diritto di regresso si prescrive in dieci anni, che decorrono dal momento dell'adempimento del condebitore solidale.

A chi agisce in regresso sono opponibili le eccezioni cosiddette comuni, che ogni condebitore avrebbe potuto opporre al creditore. Tale conclusione è guadagnata applicando il principio di buona fede¹¹: se il condebitore solidale, al momento del pagamento, omette di sollevare al creditore un'eccezione comune, quest'ultima, in forza del principio di buona fede, può essergli comunque opposta dagli altri condebitori nel momento in cui egli agisce in regresso, nonostante quest'ultimo sia un diritto nuovo. Del resto, il principio è confermato anche dall'articolo 1952 c.c. «*se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento*». L'obbligo di avviso ha la funzione di consentire al debitore principale di comunicare al fideiussore l'esistenza di eccezioni da opporre; se non v'è avviso, il debitore principale conserva il diritto di opporre l'eccezione al fideiussore che agisce in regresso.

4. La surrogazione per pagamento

La surrogazione per pagamento rientra nei modi di modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio, e costituisce in capo al soggetto surrogato un diritto eguale e derivato dal diritto del creditore

¹⁰ In tal senso si veda C.M. BIANCA, *op. cit.*, 724; in senso contrario v. A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali*, in *Enc. giur.*, XXIX, Milano, 1979, 301; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, 616; C.M. MAZZONI, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1984, 617.

¹¹ Per un approfondito esame della buona fede in senso oggettivo si vedano U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 55 s.; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 119 e A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1988.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

soddisfatto, assistito dalle stesse garanzie reali e personali¹².

Per effetto del pagamento, il *solvens* subentra nella medesima posizione giuridica del creditore: se il credito era assistito da accessori, esso si trasferirà nella sua interezza in capo al creditore surrogato (cfr. art. 1204 c.c.).

Ai fini di questo studio, interessa in particolare la surrogazione legale, disciplinata dall'articolo 1203 c.c., la quale al n. 3 dispone: la surrogazione ha luogo di diritto «*a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo*»; ed al n. 5 «*negli altri casi stabiliti dalla legge*».

V'è un contrasto interpretativo sull'espressione d'esordio dell'articolo 1203: «*la surrogazione ha luogo di diritto*». Per una tesi, prevalente, il pagamento determinerebbe, *ipso iure*, l'effetto surrogatorio, senza bisogno di una espressa volontà del *solvens*. Per altra, sarebbe necessaria un'espressa volontà di colui che adempie, titolare di un diritto potestativo di surrogazione¹³.

La surroga, dunque, al contrario del regresso, ha una funzione conservativa – e non ridistributiva – del credito originario, che si trasferisce in capo al surrogato. Non determina la costituzione di un diritto nuovo, ma è un modo di modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio.

Inoltre, la surroga avviene per l'intero (e non *pro quota*, come il regresso) detratta la quota di colui che si surroga, salva l'ipotesi di surrogazione parziale normata dall'articolo 1205 c.c. «*se il pagamento è parziale, il terzo surrogato e il creditore concorrono nei confronti del debitore in proporzione di quanto è loro dovuto, salvo patto contrario*».

Per quanto scritto finora, consegue che in caso di surroga la prescrizione è la stessa del credito originario, e che le eccezioni opponibili a colui che agisce in surroga sono le medesime che potevano essere opposte al creditore originario.

Il diritto di credito si conserva: ne muta soltanto il titolare.

¹² Sulla surrogazione di pagamento si veda E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni – Vicende dell'obbligazione*, III.2, Milano, 1955, 68 e più di recente E. MOSCATI, *Del pagamento con surrogazione*, in *Il cod. civ. comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2022.

¹³ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 360.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

5. L'indirizzo giurisprudenziale più risalente: l'art. 292, primo comma, cod. ass. è un'ipotesi di surrogazione legale

Fatte le dovute e necessarie premesse sugli istituti del regresso e della surroga si può passare ad analizzare il dibattito giurisprudenziale sorto intorno alla natura giuridica dell'azione recuperatoria, proposta dall'impresa designata dal Fondo di garanzia delle vittime della strada nelle ipotesi di sinistro provocato da un veicolo privo di copertura assicurativa.

Infatti, nonostante l'art. 292, primo comma, cod. ass. inscriba tale azione recuperatoria nell'ambito del regresso, non è mancato chi, in giurisprudenza, l'ha identificata come un'ipotesi di surrogazione legale ex art. 1203 n. 5 c.c. o, addirittura, come un'azione speciale non riconducibile né al regresso né alla surroga.

La rilevanza di tale dibattito non è meramente teorica, in quanto incide su molteplici profili: sulla possibilità per l'impresa di agire nei confronti dei corresponsabili per l'intero ammontare o per la sola quota di competenza; sulle eccezioni proponibili e sul termine di prescrizione.

L'emersione di diversi orientamenti in dottrina e giurisprudenza, unitamente alle ricadute pratiche dell'adesione ad una tesi piuttosto che ad un'altra, hanno spinto la prima sezione della Corte di cassazione¹⁴ a rimettere la questione alle Sezioni Unite affinché queste si pronunciasse, una volta per tutte, sulla natura giuridica dell'azione prevista dal primo comma dell'art. 292 cod. ass.

Un primo orientamento, come anticipato, ha qualificato l'azione recuperatoria come un'ipotesi di surrogazione legale di cui all'art. 1203, primo comma, n. 5, c.c.

I fautori di tale indirizzo non hanno considerato ostativo a tale qualificazione la portata letterale del primo comma dell'art. 292 cod. ass. (che utilizza l'espressione «azione di regresso»), in quanto non è infrequente che il legislatore utilizzi termini aventi un significato giuridico ben preciso in modo improprio ed a-tecnico.

L'azione di cui all'art. 292, primo comma, cod. ass., pertanto, sarebbe atecnica, in quanto non attribuisce all'impresa designata dal Fondo di garanzia un autonomo diritto ma il medesimo diritto vantato dal

¹⁴ Sul punto si veda Cass. 2 luglio 2021 n. 18802, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 484 con nota di L. REGAZZONI, *In attesa delle Sezioni Unite: regresso o surrogazione dell'impresa designata dal fondo di garanzia per le vittime della strada?*

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

danneggiato¹⁵.

Tale qualificazione a-letterale, peraltro, si armonizzerebbe meglio con la previsione di cui al secondo comma dell'art. 292 cod. ass. che, espressamente, fa riferimento alla surrogazione, per sottolineare che l'impresa subentra nella posizione sostanziale e processuale del danneggiato.

L'impresa beneficiata, in virtù della suddetta successione nel lato attivo, subentra nei diritti del danneggiato e, pertanto, potrebbe agire nei confronti dei responsabili civili del sinistro per l'intero.

Oltre alla suddetta ipotesi, la qualificazione dell'azione recuperatoria di cui all'art. 292, primo comma, c.c. come surrogazione legale permette all'impresa di eccepire le medesime eccezioni che avrebbe potuto opporre il danneggiato.

Parimenti, l'impresa designata può usufruire del medesimo termine prescrizione del diritto nel quale è subentrata. L'azione recuperatoria, quindi, può essere esercitata dall'impresa beneficiata entro il termine breve di due anni previsto dall'art. 2947, secondo comma, c.c., salva l'applicazione di termini più lunghi derivanti dalla rilevanza penale dell'illecito, in ossequio all'art. 2947, terzo comma, c.c.

6. L'indirizzo giurisprudenziale più recente: l'art. 292, primo comma, cod. ass. ha natura di regresso.

Un diverso e contrapposto orientamento ha qualificato l'azione di cui al primo comma dell'art. 292 cod. ass. come una figura di regresso.

I fautori di tale indirizzo, a sostegno della propria tesi, hanno invocato un argomento testuale e un argomento sistematico.

In ordine al primo, hanno sottolineato la portata letterale dell'art. 292, primo comma, cod. ass. che espressamente qualifica l'azione restitutoria dell'impresa come un'ipotesi di regresso, volta a consentire a questa di fare ricadere il peso economico del risarcimento sul soggetto che lo dovrebbe sostenere, liberando così il Fondo, che si configura unicamente quale garante «di ultima istanza»¹⁶.

In ordine all'argomento sistematico, invece, hanno richiamato la diversa portata letterale del primo ri-

¹⁵ Cfr. *ex multis*, Cass., Sez. un., 11 novembre 1991, n. 12014, in *Riv. giur. circol. traspr.*, 1992, 1, 289; Cass. 6 luglio 2006, n. 15357, in *Arch. giur. circol. sin.*, 2007, 2, 156.

¹⁶ Così L. REGAZZONI, *op. cit.*, 2022, 487.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

spetto al secondo comma: il primo usa il termine regresso e non surrogazione per sottolineare che, in tale ipotesi, l'impresa esercita un diritto nuovo conferitole dal legislatore per il fatto di gestire denaro pubblico e non lo stesso diritto del danneggiato.

Quindi, tale pretesa, non trovando titolo nel diritto del danneggiato al risarcimento dei danni (derivante da fatto illecito), configura un'azione autonoma e specifica che trova fondamento nella legge¹⁷.

La natura sostitutiva e non solidale di tale azione consentirebbe all'impresa designata, nelle ipotesi di sinistro imputabile a più responsabili, di agire in regresso per l'intero¹⁸, in deroga al riparto secondo le rispettive quote previsto dagli artt. 1299 e 2055 c.c.

Tale circostanza è confermata dalla stessa portata letterale dell'art. 2055 c.c.¹⁹ che, ruotando intorno al concetto di «unicità del fatto dannoso», richiede che l'evento pregiudizievole, ancorché riconducibile a diverse azioni, legate da un vincolo di interdipendenza, sia imputabile a coloro che abbiano materialmente concorso alla produzione dell'evento lesivo²⁰, tra i quali, chiaramente, non può iscriversi il Fondo di garanzia.

Dalla qualificazione della suddetta azione recuperatoria come regresso discenderebbero diversi effetti in punto di eccezioni rilevabili e di prescrizione.

In ordine alle eccezioni ne dovrebbe discendere l'impossibilità per l'impresa beneficiata di sollevare quelle che avrebbe potuto far valere il danneggiato, in quanto il regresso, a differenza della surrogazione, determina l'insorgenza di un diritto *ex novo*²¹.

Tuttavia, i fautori del presente orientamento hanno ritenuto di dover temperare, data anche la partico-

17 Sul punto v. *ex multis* Cass. 11 maggio 2007, n. 10827, in *Corr. Giur.*, 2008, 26 con nota di G. TRAVAGLINO, *Osservatorio Corte di Cassazione*; Cass. 19 giugno 2013, n. 15303, in *Danno e resp.*, con note di C. TRECCANI, *Qualificazione dell'azione spettante all'impresa designata nei confronti del responsabile del sinistro*, 2014, 610 e M. HAZAN, *Osservatorio di diritto e pratica della assicurazione*, 2013, 779].

18 Cfr. Cass. 1° febbraio 2011, n. 2347, in *Dir. e fiscalità ass.*, 2011, 3, 1169.

19 Sui presupposti applicativi dell'art. 2055 c.c. v. Cass., Sez. Un. 27 aprile 2022 n. 13143, in *www.rivistapactum.it*, con nota di A. MACIOCI - F. MOLINARO, *Le Sezioni Unite si pronunciano (ancora una volta) sui presupposti applicativi dell'art. 2055 c.c.*, 5 agosto 2022.

20 Cfr. A. D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 2, 290.

21 C.M. BIANCA, *op. cit.*, 724.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

larità del caso delineato dall'art. 292 primo comma cod. ass., l'assoluta rigidità della suddetta soluzione. Infatti, il regresso spettando unicamente nel caso in cui la liberazione dal debito del responsabile civile del sinistro sia avvenuta per effetto del pagamento, può giustificare, anche nel giudizio di rivalsa, un'indagine circa l'effettiva consistenza della responsabilità del proprietario e del conducente, mediante l'analisi delle eccezioni che l'impresa designata avrebbe dovuto opporre al danneggiato²².

Viceversa, in ordine al termine prescrizionale, il regresso, configurandosi quale diritto ex novo azionato dall'impresa beneficiata, determina il sorgere di un nuovo termine di prescrizione identificabile in quello ordinario decennale.

7. Un terzo indirizzo giurisprudenziale: la specialità dell'azione di cui all'art. 292, primo comma, cod. ass.

Tra i suddetti e contrapposti orientamenti si è formato un ulteriore indirizzo giurisprudenziale volto a valorizzare il carattere solidaristico dell'obbligazione che la legge pone in capo all'impresa designata: all'esigenza di pubblico interesse, di garantire il risarcimento dei danni alle vittime della strada nel caso di inoperatività o di inesistenza di una polizza assicurativa relativa al veicolo che ha causato il sinistro non può che accompagnarsi anche l'esigenza di assicurare un efficace recupero del sacrificio solidaristicamente imposto dalla legge all'impresa designata.

Il carattere di specialità che connota tale azione imporrebbe, secondo i fautori del suddetto indirizzo, di allontanarsi dalla dicotomia regresso-surrogazione, in quanto i tratti tipici dell'azione di cui all'art. 292, primo comma, cod. ass. non consentono di parificare *tout court* la posizione dell'impresa designata e il diritto da questa esercitato verso il danneggiante alla posizione del danneggiato e al diritto risarcitorio da questo vantato. L'atipicità del vincolo solidale esistente tra l'obbligazione del o dei responsabili del sinistro stradale e quella ex lege del Fondo (e per esso dell'impresa designata), avente carattere sostitutivo della prima comporta che l'impresa designata possa agire per il recupero dell'intero importo corrisposto al danneggiato nei confronti del responsabile civile (o dei responsabili, conducente e proprietario) nelle ipotesi, tra cui rientra quella esaminata nel caso *de quo*, di danno cagionato da veicolo non identificato o sprovvisto di copertura assicurativa²³.

Ciò comporta che, in caso di sinistro imputabile a più responsabili, come nell'ipotesi di sinistro causato

²² Così L. REGAZZONI, *op. cit.*, 2022, 494.

²³ Cfr. Cass. 6 ottobre 2016, n. 20026, in *De Jure*.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

da conducente diverso dal proprietario del veicolo, l'impresa designata possa pretendere da uno qualsiasi dei responsabili l'intero importo pagato e non solo la quota su questi gravante, non applicandosi gli artt. 1299 e 2055 c.c. che, come noto, tendono nei rapporti interni, a ripartire l'obbligazione risarcitoria tra i responsabili²⁴.

La natura sostitutiva e non solidale dell'obbligazione *ex lege* gravante sul Fondo di garanzia in favore del danneggiato²⁵ determina, da un lato, la possibilità di eccepire al danneggiato le stesse eccezioni che avrebbe potuto eccepire il danneggiante e, dall'altro, il sorgere di un nuovo termine di prescrizione che non sarà quello biennale di cui all'art. 2947, secondo comma, c.c. ma quello ordinario decennale.

8. Le Sezioni Unite confermano il carattere «speciale» dell'azione di cui all'art. 292 cod. ass.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, dopo aver passato in rassegna i diversi orientamenti emersi in giurisprudenza e in dottrina, hanno condiviso l'indirizzo, fino a quel momento minoritario, che attribuisce all'art. 292, primo comma, cod. ass. carattere speciale, non immediatamente riconducibile al regresso o alla surrogazione legale.

Tale conclusione, secondo la sentenza in commento, non si pone in contrasto con la portata letterale dell'art. 292 cod. ass. che, si ricorda, al primo comma, fa espressamente riferimento al regresso mentre, al secondo comma, menziona la surrogazione.

In ordine al dato «letterale» di cui al primo comma le Sezioni Unite hanno osservato come non sia infrequente che il legislatore utilizzi termini aventi un significato giuridico ben preciso in modo improprio ed a-tecnico.

In ordine al rapporto tra primo e secondo comma, la Suprema corte ha affermato che la valorizzazione dei caratteri peculiari dell'azione di cui al primo comma dell'art. 292 cod. ass. non contraddice la volontà del legislatore, il quale, avendo usato termini diversi per qualificare le azioni al primo e al secondo comma, ha inteso sottolinearne la differente portata.

²⁴ Cfr. L. NIVARRA – V. RICCIUTO – C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Torino, 2019, 643; A. D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 347.

²⁵ Così I. ALAGNA, *Fondo vittime, l'impresa designata può pretendere l'intero da ciascun responsabile*, in *Dir. giur.*, 2022, 11.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, quindi, hanno ritenuto che le particolari caratteristiche della suddetta azione, animate dall'intento solidaristico di tutelare le vittime di incidenti stradali nei casi in cui il responsabile civile del sinistro non sia stato individuato o non risulti coperto da assicurazione obbligatoria consentono di definirla alla stregua di un'azione autonoma e speciale *ex lege*, connotata dal carattere atipico del vincolo di solidarietà passiva assunto dall'impresa designata dal Fondo nell'interesse unisoggettivo di un terzo, in sostituzione del responsabile civile²⁶.

L'atipicità del vincolo solidale esistente tra l'obbligazione del responsabile del sinistro stradale e quella *ex lege* del Fondo (e per esso dell'impresa designata), avente carattere sostitutivo della prima – in ragione della specialità del vigente sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli (e dei natanti) – comporta che l'impresa designata possa agire per il recupero dell'intero importo corrisposto al danneggiato nei confronti del responsabile civile (o dei responsabili, conducente e proprietario) nelle ipotesi di danno cagionato da veicolo non identificato o sprovvisto di copertura assicurativa.

Le caratteristiche di specialità dell'azione di cui al primo comma dell'art. 292 cod. ass., non consentendo di *parificare tout court* la posizione dell'impresa designata e il diritto da questa esercitato verso il danneggiante alla posizione del danneggiato e al diritto risarcitorio da questo vantato, determinano che, in caso di sinistro imputabile a più responsabili, l'impresa designata possa pretendere da uno qualsiasi dei responsabili l'intero importo pagato e non solo la quota su questi gravante, non trovando applicazione né l'art. 1299 né l'art. 2055 c.c.

Inoltre, le peculiari caratteristiche dell'azione non importano solo la disapplicazione dei suddetti articoli ma producono importanti ricadute anche in punto di eccezioni rilevabili e prescrizione.

In ordine alle prime, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato che l'impresa designata nell'interesse del Fondo di garanzia può sollevare al danneggiato le eccezioni che a questi potrebbero essere sollevate dai danneggianti.

Infatti, non consentendo all'impresa designata di sollevare eccezioni, la stessa sarebbe sfavorita, per ben due volte, da una situazione di asimmetria informativa: in un primo momento, non sarebbe in grado di svolgere le opportune eccezioni di fronte alle richieste risarcitorie del danneggiato, mancandole

²⁶ Cfr. U. BRECCIA, *op. cit.*, 1991, 182.

L'azione di cui all'art. 292 cod. ass.: regresso, surroga o azione autonoma del Fondo di garanzia delle vittime della strada?

Alessandro Macioci e Francesco Molinaro

informazioni che i responsabili sarebbero invece in grado di fornirle; mentre in sede di rivalsa, le medesime informazioni (qualora non condivise tempestivamente con l'impresa) potrebbero essere utilizzate proprio dai responsabili per opporsi all'azione del *solvens* nei loro confronti²⁷.

La qualificazione dell'azione di cui al primo comma dell'art. 292 cod. ass. come azione autonoma e speciale incide anche sul termine prescrizione che non sarà quello biennale di cui all'art. 2947, secondo comma, c.c. ma quello ordinario decennale.

²⁷ Così F. AGNINO, *Fondo di garanzia delle vittime della strada ed azione recuperatoria ex art. 292 cod. ass. private*, in *ilprocessocivile.it.*, 19 luglio 2022.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il criterio del "saldo rettificato" enunciato dalle sentenze della Corte di Cassazione n. 9141/2020 e n. 3858/2021. - 3. Ricostruzione del rapporto in caso di mancata continuità degli estratti conto. I mezzi di prova a favore del correntista. - 4. Ulteriori considerazioni: l'ipotesi delle "annotazioni su saldo attivo". - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Recentemente la Suprema Corte è intervenuta più volte sul tema del c.d. "saldo rettificato", dapprima con la nota sentenza della Cassazione n. 9141 del 2020¹, a cui hanno fatto seguito una serie di ulteriori pronunce anche della Corte di legittimità. Si ricorda in particolare la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 3858 del 2021².

I principi di diritto enunciati nelle citate sentenze meritano certamente di essere analizzati, in quanto risultano fondamentali nella corretta ricostruzione dei rapporti tra banca e cliente.

Ulteriori aspetti che appare opportuno esaminare, riguardano la corretta applicazione del criterio del saldo rettificato anche in caso di mancata disponibilità di tutti gli estratti conto relativi al rapporto oggetto di contestazione.

¹ Cass. Civ., sez. I, 19 maggio 2020, n. 9141. Si veda sul punto R. MARCELLI, *La prescrizione nei rapporti di credito: quella del debitore per le rimesse ultradecennali e quella del creditore per le annotazioni ultraquinquennali*, in www.assocut.it, dicembre 2020, secondo cui «La sentenza in parola definisce chiaramente sia il riferimento al saldo depurato delle indebite annotazioni per la distinzione ed accertamento delle rimesse solutorie, sia l'ambito di operatività di quest'ultime ristretto esclusivamente agli interessi riferiti all'extrafido. Quest'ultimo aspetto discende dal principio interpretativo dell'art. 1194 c.c., richiamato dalla sentenza sopra riportata, compiutamente delineato dalla precedente Cassazione n. 10941 del 26 maggio 2016: 'L'art.1194 c.c., al 1° comma dispone che: "Il debitore non può imputare il pagamento al capitale, piuttosto che agli interessi e alle spese, senza il consenso del creditore." Detto disposto normativo, che detta il principio, secondo il quale ogni pagamento deve essere imputato prima al capitale e successivamente agli interessi, salvo il diverso accordo con il creditore, postula che il credito sia liquido ed esigibile, dato che questo, per la sua natura, produce gli interessi, ex art. 1282 c.c. Come infatti ritenuto nelle pronunce 6022/2003, 20904/2005, 9510/2007 e 16448/2009, la disposizione dell'art. 1194 cod. civ. secondo la quale il debitore non può imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi o alle spese senza il consenso del creditore, presuppone che tanto il credito per il capitale quanto quello accessorio per gli interessi e le spese, siano simultaneamente liquidi ed esigibili», pag. 2 e ss. L'Autore evidenzia poi che «Nonostante la menzionata sentenza, taluni Tribunali trascurano il principio della simultanea liquidità ed esigibilità degli interessi e del capitale di riferimento, disponendo che le rimesse solutorie siano rivolte prioritariamente a saldare gli interessi, indipendentemente dalla natura di questi ultimi, senza alcuna specifica distinzione fra fido ed extrafido. Un tale orientamento pregiudica significativamente l'ambito di ripetizione delle indebite annotazioni, con risvolti economici di apprezzabile rilievo» pag. 3.

² Cass. Civ., sez. I, 15 febbraio 2021, n. 3858.

Inoltre, in sede di contenzioso giudiziale si ravvisano alcune impostazioni della giurisprudenza di merito che attribuiscono rilievo al momento dell'annotazione di somme su saldo attivo ai fini del decorso della prescrizione. Per quanto tale impostazione risulti ancora minoritaria, almeno per quanto consta, appare opportuna una più approfondita disamina della questione, al fine di valutare la possibile fondatezza o meno della medesima.

Sul punto, occorre in primo luogo chiedersi quale rilievo debba attribuirsi all'"annotazione", come sancito dalla nota pronuncia a Sezioni Unite della Corte di legittimità n. 24418/2010, per poi valutare se l'annotazione su saldo attivo possa determinare un "effettivo" spostamento di ricchezza in favore della banca, ovvero, se possa rappresentare un "pagamento" tale da poter giustificare il decorso della prescrizione da tale momento.

2. Il criterio del "saldo rettificato" enunciato dalle sentenze della Corte di Cassazione n. 9141/2020 e n. 3858/2021.

Come noto, la pronuncia della Cassazione n. 9141/2020, a cui si è uniformata anche la successiva giurisprudenza di legittimità (Corte di Cassazione n. 3858/2021), ha statuito che «per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o solo ripristinatoria, occorre, all'esito della declaratoria di nullità da parte dei giudici delle clausole anatocistiche, previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e, conseguentemente, determinare il reale passivo del correntista e ciò anche al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o meno i limiti del concesso affidamento».

Di conseguenza, al fine di valutare se i singoli versamenti intervenuti nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito abbiano avuto natura solutoria o ripristinatoria, sarà necessario effettuare prima una nuova ricostruzione contabile dei saldi "reali" dei conti, depurandoli da tutti gli addebiti illegittimamente ascritti dalla banca, conseguenti a clausole e prassi nulle ed inefficaci.

La natura solutoria o ripristinatoria di una rimessa, dunque, può essere valutata solo dopo aver ricalcolato i saldi, epurandoli dalle poste non dovute e dopo avere ripristinato le posizioni di credito/debito.

Ciò, infatti, potrebbe portare a ritenere ripristinatoria una rimessa che era stata "qualificata" dalla banca come solutoria, come nel caso in cui il correntista risultava essere in *extra fido* solo perché gli erano state addebitate competenze ed interessi non dovuti.

Se si applicasse invece il c.d. criterio del "saldo banca", infatti, verrebbe data valenza ai dati contabili derivanti dall'illegittima applicazione di clausole indebite.

Invero, se il rapporto risulta viziato da clausole nulle, anche l'estratto conto presenterà dei saldi viziati da annotazioni frutto dell'applicazione di tali clausole e, come tali, inidonei a definire l'esatta natura delle rimesse effettuate dal correntista.

Sul punto, si ricorda inoltre quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la citata sentenza n. 3858/2021, che a sua volta ha richiamato la suddetta pronuncia n. 9141/2020, secondo cui «come già evidenziato da questa Corte (Cass. n. 9141/2020), al fine di verificare se un versamento abbia avuto natura solutoria o ripristinatoria, occorre previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente rideterminare il reale saldo del conto»³.

Appare altresì opportuno ricordare quanto recentemente affermato anche dalla giurisprudenza di merito, ovvero che la scelta del saldo risulta "cruciale", per il notevole divario che induce nelle risultanze del ricalcolo, con ragguardevoli riflessi economici.

Per effettuare tale scelta occorre richiamare i principi fissati dalla Suprema Corte (S.U. n. 24418 del 2010), al fine di individuare le rimesse effettivamente solutorie e impiegare il criterio del saldo opportunamente "rettificato", e non il criterio del saldo da estratto conto (o "saldo banca"), come affermato dalla Corte d'Appello di Milano. Nella predetta sentenza si legge infatti testualmente quanto segue: «l'elemento giuridico discriminante la rimessa solutoria dalla rimessa ripristinatoria è dato dunque dalla presenza o meno di capitale liquido ed esigibile che, in una corretta e fisiologica rappresentazione contabile, si individua nel capitale erogato oltre il fido [...]. Al di fuori dell'ammontare corrispondente al capitale liquido ed esigibile, e delle pertinenze ad esso riferite e pretese, la rimessa non assume

³ La sentenza della Cassazione n. 3858/2021 chiarisce ulteriormente quanto statuito dalla precedente pronuncia n. 9141 del maggio 2020, precisando che nel saldo rettificato vanno considerati anche gli interessi legittimi (semplici) e la rimessa solutoria "paga" esclusivamente tali interessi per la parte debordante il fido (oltre agli interessi dell'extra fido). Si legge testualmente «Ove sia stato proprio l'addebito degli interessi, come sopra quantificati, a determinare il superamento del limite del fido, rivestirà funzione solutoria solo quella parte di rimessa pari alla differenza tra lo "scoperto" ed il limite del fido e potrà provvedersi all'imputazione del pagamento ex art. 1194 comma 2° limitatamente a questa parte. Nel caso, invece, in cui l'annotazione degli interessi avvenga su un conto che presenti un passivo che rientri nei limiti dell'affidamento e neppure la stessa annotazione determini il superamento di tale limite, la successiva rimessa avrà una mera funzione ripristinatoria della provvista e non potrà mai provvedersi ad un'imputazione ex art. 1194 comma 2° cod. civ., difettando l'indefettibile presupposto del "pagamento».

una natura solutoria. Ogni altro spostamento che risultasse dal sistema di contabilizzazione adottato dalla Banca, risulterebbe solo apparente, privo di efficacia traslativa, ossia dovrebbe riguardarsi come un mero deposito effettuato dal cliente sul proprio conto e a proprio favore»⁴. Di conseguenza anche le rimesse su conto con saldo positivo non possono essere ritenute solutorie, come verrà di seguito esposto.

Tanto premesso, risulta allora evidente che «per compiere tale accertamento, non ci si possa affidare alla contabilità della Banca e alle sue periodiche risultanze finali, in quanto queste sono spesso soltanto apparenti e virtuali, controvertendosi innanzi tutto sulla validità di clausole contrattuali e di prassi contabili applicate, perché, in ipotesi, contrarie a norme imperative e inderogabili (ad es. in tema di tassi di interessi, di anatocismo, di C.M.S.). Occorre prima effettuare una ricostruzione contabile del conto corrente bancario, depurandolo dalle conseguenze contabili di clausole e prassi nulle e inefficaci, con le quali la Banca ha appesantito indebitamente il passivo e/o lo scoperto di conto corrente del cliente e soltanto dopo potrà stabilirsi, in relazione al limite dell'affidamento accordato dalla Banca, se i singoli versamenti eseguiti abbiano avuto una reale ed effettiva natura solutoria (in presenza di uno scoperto ultrafido) ovvero ripristinatoria (in presenza di un passivo intrafido)»⁵. Pertanto, per il calcolo delle rimesse solutorie è necessario adottare il criterio del saldo rettificato «al fine di non confondere rimesse "apparentemente solutorie" con rimesse "effettivamente solutorie"»⁶.

Del resto, altre Corti di merito avevano già da tempo precisato che le rimesse potranno essere qualificate solutorie o ripristinatorie solo dopo aver ripristinato il c.d. "saldo legale", ricordando che l'accertamento della nullità della capitalizzazione trimestrale (così come la nullità di altre pattuizioni economiche) è imprescrittibile⁷ e comporta il venir meno della clausola *ex tunc*, vale a dire dal momento iniziale, travolgendo ogni effetto successivo e la situazione contabile prospettata nel tempo deve necessaria-

⁴ App. Milano, 20 gennaio 2020, n. 176.

⁵ App. Milano, 20 gennaio 2020, n. 176, cit.

⁶ App. Milano, 20 gennaio 2020, n. 176, cit.

⁷ Con riferimento all'imprescrittibilità dell'azione di nullità s.v. Cass. 15 novembre 2010, n. 23057.

mente essere rettificata⁸.

Pertanto, non può sussistere corretta applicazione del principio enunciato dalla Suprema Corte se non si procede a rettificare il saldo dal primo estratto conto disponibile in atti, in quanto operare diversamente vorrebbe dire, di fatto, continuare ad applicare il saldo banca che inficerebbe tutta la ricostruzione del rapporto, anche in termini di individuazione di rimesse solutorie e ripristinatorie. Ciò in quanto senza una rettifica *ab origine* del rapporto, talune rimesse potrebbero (con elevata probabilità) risultare solo fittiziamente "solutorie" in quanto frutto di un rapporto di dare-avere tra le parti "inquinate" da addebiti illegittimi.

Pertanto, l'accertamento della nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi trimestrali, non conosce limite di tempo e a fronte dell'accertamento della predetta invalidità, la situazione contabile deve necessariamente essere rettificata.

Una diversa impostazione, vorrebbe dire minare alla radice i principi giuridici che sorreggono la nullità e gli effetti che ne conseguono, in quanto la clausola/ pattuizione nulla/illegittima deve essere espunta e dal punto di vista economico - contabile e non può produrre alcun effetto per il futuro. Nel caso in cui l'azione di ripetizione degli effetti economici indebiti di tale clausola sia ormai prescritta, il cliente non potrà ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato ma questo non impedisce il ricalcolo del rapporto nel suo complesso.

Alla luce di quanto sopra esposto, risulta assolutamente erronea l'impostazione adottata in talune rico-

⁸ Si richiama sul punto Trib. Udine, 30 settembre 2013, n. 1328, ove si legge testualmente quanto segue: «..... Reputa questo Giudice che [...] l'ipotesi più corretta alla quale si deve fare riferimento è la prima, la quale, nel valutare se i pagamenti effettuati dal correntista avessero o meno efficacia solutoria, tiene conto del debito del correntista stesso verso la Banca così come correttamente rideterminato. Non appare condivisibile la tesi della convenuta, esposta in comparsa conclusionale, secondo la quale l'accertamento preliminare concernente la prescrizione va condotto prima di entrare nel merito delle singole operazioni. Infatti mentre l'azione restitutoria è soggetta a termine prescrizionale, altrettanto non vale per le azioni dirette all'accertamento della nullità delle clausole anatocistiche: si deve quindi, prima accertare quali clausole fossero nulle e quali effetti derivino da tale nullità e, poi, sulla base di tale accertamento appurare quali poste avessero natura solutoria e quali natura ripristinatoria ed applicare solo alle prime il termine di prescrizione che preclude la domanda di restituzione....» [...] «E» invece, evidente che per verificare se un versamento effettuato dal correntista nell'ambito di un rapporto di apertura di credito in conto corrente abbia avuto natura solutoria o solo ripristinatoria, occorre, all'esito della declaratoria di nullità da parte dei giudici di merito delle clausole anatocistiche, previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente determinare il reale passivo del correntista e ciò anche al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o meno i limiti del concesso affidamento.», s.v. pag. 41 e ss. della sentenza.

struzioni contabili effettuate in causa da alcuni Consulenti Tecnici d'ufficio, che utilizzano forme "ibride" di ricalcolo del saldo.

Il riferimento è ai casi in cui la rimessa viene immediatamente decurtata dell'importo imputato a pagamento delle competenze illegittime (importo effettivamente solutorio), determinando un'immediata variazione del saldo in quanto la riduzione della rimessa equivale contabilmente alla reintroduzione in conto delle competenze illegittime pagate, influenzando il ricalcolo e l'analisi delle rimesse successive. In altre parole, la rimessa esprime l'effetto prescrizione alla data in cui interviene, senza procedere alla preventiva epurazione completa del rapporto dagli addebiti illegittimi, influenzando quindi i saldi e il ricalcolo successivo.

Alla luce di quanto esposto, appare evidente che in tal modo l'effetto solutorio può essere in realtà solo apparente, in quanto influenzato da addebiti illegittimi e non correttamente espunti.

La Suprema Corte, al contrario, ha correttamente delineato un criterio che prevede l'individuazione delle rimesse solo in un momento successivo al ricalcolo integrale del conto.

Diversamente da quanto avviene nell'ipotesi poc'anzi descritta, infatti, sul saldo frutto di tale ricalcolo la rimessa non subisce alcuna rettifica immediata, e l'importo imputato a pagamento delle competenze illegittime (importo solutorio) viene portato in detrazione del saldo finale del ricalcolo solo alla data finale del ricalcolo stesso. Tale metodologia è necessaria per tenere distinto il ricalcolo dall'individuazione delle rimesse, evitando che l'individuazione di tali rimesse abbia un effetto sul ricalcolo del conto corrente ed intervenga unicamente nella definizione dell'importo complessivamente ripetibile dal correntista.

Tale impostazione risulta evidentemente l'unica in linea con quanto sancito dalla Corte di legittimità con le sentenze richiamate.

Ulteriore aspetto da considerare, è che talvolta nei contenziosi giudiziali vengono espunti dai CTU solo gli effetti anatocistici, senza depurare il saldo dagli ulteriori effetti economici collegati ad altre pattuizioni illegittime (s.v. a titolo esemplificativo, oneri, commissioni, spese a vario titolo, interessi ultralegali non correttamente pattuiti).

Sul punto, pare opportuno evidenziare che in effetti la citata sentenza della Cassazione n. 9141/2020 si è pronunciata con specifico riferimento all'illegittimità delle clausole anatocistiche applicate nel tem-

po e alla necessità di procedere al corretto ricalcolo del saldo.

Tuttavia, tale pronuncia della Suprema Corte è espressione di un principio generale e più ampio, ovvero, che per ristabilire il corretto rapporto di dare e avere tra le parti, occorre espungere gli effetti economici di "tutte" le pattuizioni illegittime, non solo quelle anatocistiche. Pertanto, se sussistono ulteriori pattuizioni indebite, gli effetti economici delle medesime devono essere parimenti espunti.

La successiva sentenza della Cassazione n. 3858/2021 ha infatti precisato che «occorre previamente eliminare "tutti" gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e conseguentemente ridefinire il reale saldo del conto», quindi senza prevedere alcuna limitazione/distinzione specifica.

Ove non si provvedesse al ricalcolo del saldo, depurandolo da illegittimi addebiti, si avrebbe una rappresentazione contabile molto lontana dalla realtà e le indebite apposizioni in conto potrebbero, nel tempo, anche superare il limite del fido concesso, determinando uno scoperto dello stesso ma meramente fittizio e apparente e, pertanto, ingiustificato. Esso sarebbe dovuto alla commistione di poste aventi natura giuridica diversa, in quanto attinenti a differenti rapporti negoziali, relativi l'uno al conto corrente e l'altro all'apertura di credito. Pertanto, sembra in merito appropriata l'analisi di un attento Autore, le cui parole pare opportuno riportare testualmente per maggior chiarezza: «ciò che configura la circostanza di un pagamento o, alternativamente, di un ripristino della provvista, non può essere affidato al saldo risultante dalle appostazioni contabili curate dalla banca, ma deve discendere esclusivamente dal legittimo saldo capitale. Eucleando a parte gli interessi maturati e lasciando in conto solo quelli legittimamente coperti da rimesse di pagamento, il saldo a debito rettificato che si ottiene consente di accertare la corretta natura passiva o di scoperto. Il saldo così rettificato può risultare nel tempo apprezzabilmente inferiore rispetto al saldo banca, evidenziando in tal modo che, ad apparenti saldi scoperti, corrispondono più propriamente solo saldi passivi»⁹.

Alla luce del predetto orientamento della Suprema Corte, che risulta peraltro del tutto corretto ed oggettivamente condivisibile sia sul piano legale che su quello contabile, appare logico dedurre che occorre utilizzare i numeri "ricalcolati" anche per poter effettuare una corretta verifica del rispetto delle soglie usuarie.

E' noto che la quasi totalità dei Tribunali utilizza la formula di Banca d'Italia per verificare il rispetto delle

⁹ R. MARCELLI, *Prescrizione e anatocismo negli affidamenti bancari - I principi giuridici stabiliti dalla sentenza della Cassazione S.U. 2 dicembre 2010, n. 24418: quelli enunciati e quelli impliciti*, in www.ilcaso.it, 11, 235/2011, p. 19.

soglie usuarie.¹⁰

Nelle Istruzioni per la rilevazione dei Tassi Effettivi Globali Medi, la Banca d'Italia ha stabilito che i "numeri debitori" devono essere il risultato del prodotto tra i "capitali" ed i "giorni"¹¹. Pertanto i numeri debitori presenti negli scalari trimestrali possono essere utilizzati per il calcolo del TEG solo nel caso in cui gli interessi annotati abbiano perso la loro natura giuridica di "interessi" ed abbiano regolarmente acquisito la natura giuridica di "capitali". Ciò può avvenire solo a fronte di una regolare pattuizione dell'anatocismo che di fatto consente questa trasformazione che, in caso contrario, non sarebbe permessa.

La formula del Tasso Effettivo Globale come definito dalla Banca d'Italia è infatti la seguente:

$$TEG = \frac{\text{interessi} \times 36.500}{\text{numeri debitori}} + \frac{\text{oneri} \times 100}{\text{accordato}}$$

Nello specifico:

TEG =	Tasso effettivo globale
Interessi =	Interessi debitori
Oneri =	Commissioni, oneri e spese
Numeri debitori =	Numeri Debitori del periodo riferiti al capitale
Accordato =	Importo dell'affidamento

Pertanto, nel caso in cui non risulti una corretta pattuizione della clausola anatocistica, con la conseguente applicazione di addebiti illegittimi, non ci si potrebbe esimere, ai fini di una corretta verifica del rispetto delle soglie di usura, dall'inserire nella formula i "Numeri Debitori Rettificati", che si ottengono

¹⁰ Si precisa, per completezza, che secondo altre impostazioni la formula di Banca d'Italia non sarebbe quella più corretta da utilizzare per la verifica del rispetto delle soglie di usura, in quanto non considererebbe tutti i costi connessi all'erogazione del credito (ad es. non contempla la CMS). La questione è stata a lungo dibattuta anche in giurisprudenza, s.v., a titolo esemplificativo, Cass. Pen. 26 marzo 2010, n. 12028; Cass. Pen. 14 maggio 2010, n. 28743; Cass. Pen. 23 novembre 2011, n. 46669. Tuttavia, come anticipato, al momento risulta essere quella maggiormente applicata nei contenziosi giudiziali sul tema.

¹¹ Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi - luglio 2016.

eliminando gli interessi anatocistici dal saldo tempo per tempo annotato sugli scalari trimestrali.

Non si vede infatti la ragione per la quale dovrebbero essere applicati i numeri ricalcolati solo per la determinazione delle rimesse cc.dd. *solutorie* e non per la verifica delle *soglie usurarie*. La Suprema Corte ha infatti stabilito un principio di carattere generale per determinare il corretto dare/avere fra le parti e la rideterminazione del c.d. *saldo legale*. Un principio che dovrebbe anzi essere applicato con maggior rigore per verificare che non si sia configurata la fattispecie dell'usura, che ha peraltro una rilevanza non solo civilistica.

3. Ricostruzione del rapporto in caso di mancata continuità degli estratti conto. I mezzi di prova a favore del correntista.

E' opportuno premettere che tale ricalcolo del rapporto è possibile sia in caso di utilizzo delle c.d. scritture di raccordo, la cui applicazione è ammessa in numerosi Tribunali¹², sia nel caso in cui il giudice non autorizzi il ricorso alle predette scritture.

Con riferimento alle scritture di raccordo, si ricorda sul punto quanto affermato in giurisprudenza, ovvero che la mancata produzione della sequenza completa degli estratti conto, non comporta l'impossibilità di procedere al ricalcolo dei saldi, ma la mera necessità di assumere come punto di partenza il primo degli estratti conto disponibili. Infatti, le operazioni di raccordo tengono conto del saldo di ripartenza come emergente dagli estratti conto della Banca, saldo già comprensivo degli interessi e delle competenze¹³. Ovviamente l'operazione contabile così effettuata deve consentire una ricostruzione del rapporto ragionevolmente attendibile al fine di pervenire ad un risultato finale che non si risolva in una mera ipotesi astratta, bensì ad una ricostruzione il più possibile aderente al reale andamento del

12 A titolo esemplificativo s.v. Cass. Civ., III sez., 3 dicembre 2018, n. 31187, con cui la Corte di Cassazione ha respinto il motivo di impugnazione formulato dalla Banca ricorrente avverso la sentenza della Corte d'Appello, che aveva accolto la ricostruzione dell'andamento del rapporto fatta dal CTU attraverso le "scritture di raccordo".

13 App. Milano, 17 luglio 2019 n. 7182. Si richiama sul punto quanto affermato anche da altra corte di merito, Trib. Roma, Sez. XVI Civile, Ord. 16 ottobre 2018, ovvero nel caso in cui la documentazione dimessa dall'attore sia incompleta nei periodi intermedi, infatti, il C.t.u. potrà ricostruire il saldo del rapporto di conto corrente sub iudice attraverso l'impiego delle cd. "scritture di raccordo", secondo il seguente criterio: "effettuando i conteggi partendo dal saldo iniziale del primo periodo documentato, calcolando il saldo parziale finale del primo periodo documentato e detraendo la differenza fra il saldo così calcolato e quello risultante dall'ultimo estratto conto del detto primo periodo documentato dall'ammontare del saldo iniziale risultante dal primo estratto conto del secondo periodo documentato, ripetendo l'operazione per ciascuno dei successivi periodi documentati". Il mancato riesame degli addebiti intervenuti nei periodi non ricostruiti determina che gli stessi rimangono definitivamente conglobati nel saldo del rapporto controverso (s.v. anche Trib. Roma, Sez. XVII, 14 novembre 2019).

rapporto¹⁴.

Si ritiene però sul piano tecnico che si possa addivenire ad una corretta ricostruzione del dare/avere fra le parti ed a un corretto saldo legale finale, in caso di mancanza di parte degli estratti conto (cd. "buco" documentale), anche senza inserire alcun movimento di raccordo.

A tal fine è infatti sufficiente determinare il totale degli indebiti pregressi accumulati alla data dell'ultimo movimento prima del "buco". Tale importo, che deve sempre essere detratto dal saldo storico per conoscere il valore del saldo ricalcolato, può essere semplicemente aggiunto algebricamente al saldo iniziale alla data del primo movimento successivo al c.d. "buco" documentale, per diminuire il saldo storico negativo (od aumentare il saldo storico positivo) dell'esatto importo degli indebiti pregressi che, essendo soggetti a nullità assoluta e insanabile, non devono "incidere" sul saldo effettivo. Questa operazione, che non presuppone l'utilizzo di alcun movimento di raccordo, può essere peraltro ripetuta più volte, se si è in presenza di più interruzioni nel flusso dei movimenti (nella sostanza di più "buchi documentali").

In tal modo si depura il rapporto dagli effetti economici di clausole nulle / illegittime, evitando che le suddette possano produrre effetti per il futuro e si ridetermina l'effettiva natura solutoria/ripristinatoria delle rimesse. In caso di pagamenti ormai prescritti, questi andranno a ridurre la pretesa restitutoria finale del cliente.

Come recentemente ricordato dalla Suprema Corte, inoltre, l'estratto conto non costituisce l'unico mezzo di prova attraverso cui ricostruire le movimentazioni del rapporto. Esso consente bensì di avere un appropriato riscontro dell'identità e consistenza delle singole operazioni poste in atto ma, in assenza di alcun indice normativo che autorizzi una diversa conclusione, non può escludersi che l'andamento del conto possa accertarsi avvalendosi di altri strumenti rappresentativi delle intercorse movimentazioni.

¹⁴ S.V. sul punto quanto recentemente affermato dalla Corte d'Appello di Milano, 25 giugno 2020, n. 2058, ovvero che «La questione nodale non è stabilire se in astratto sia ammissibile il ricorso al CTU quando manchino o siano incompleti gli estratti conto analitici, ma se in concreto la CTU espletata sia affidabile, perché siano utilizzati procedimenti matematici di rielaborazione dei dati presenti nelle scritture contabili depositate. La questione si riduce, insomma, alla verifica dell'attendibilità della CTU (cfr., altresì, Corte Appello Milano, n. 4998/19)». S.v. anche Corte di Cass. sez. I, 2 maggio 2019, n.11543 che, tra le altre, ha ribadito la possibilità di disporre la CTU contabile per la verifica del saldo, in caso di produzione lacunosa.

Il correntista non è cioè tenuto a documentare le singole rimesse suscettibili di ripetizione soltanto mediante la produzione in giudizio di tutti gli estratti conto periodici, ben potendo la prova dei movimenti del conto desumersi anche *aliunde*, vale a dire attraverso le risultanze degli altri mezzi di prova offerti dalla parte o assunti d'ufficio, che spetta al giudice di merito valutare con un accertamento in fatto insindacabile innanzi al giudice di legittimità.¹⁵

In tal senso, le movimentazioni del conto sono da considerare alla stregua di fatti suscettibili di prova libera, essendo dimostrabili anche mediante argomenti di prova ed elementi indiretti che compete al giudice di merito valutare nell'ambito del suo prudente apprezzamento¹⁶.

Tra gli ulteriori strumenti di prova utilizzabili per ricostruire correttamente la movimentazione del conto si ricordano, a titolo esemplificativo, lo scalare trimestrale, in quanto l'andamento del saldo giornaliero del conto corrente è in quella sede visibile, in quanto risulta perfettamente eseguibile la ricostruzione

¹⁵ In tal senso anche Cass. Civ., 19 luglio 2021, n. 20621: «a fronte di una produzione non integrale degli estratti conto è sempre possibile, per il giudice del merito, ricostruire i saldi attraverso l'impiego di mezzi di prova ulteriori, purché questi siano idonei a fornire indicazioni certe e complete che diano giustificazione del saldo maturato all'inizio del periodo per cui sono stati prodotti gli estratti conto rapporto (Cass. 2 maggio 2019, n. 11543; Cass. 4 aprile 2019, n. 9526). Dunque, la prova dei movimenti del conto può desumersi anche "aliunde" (Cass. n. 29190/2020), avvalendosi eventualmente dell'opera di un consulente d'ufficio che ridetermini il saldo del conto in base a quanto emergente dai documenti prodotti in giudizio (che comunque devono fornire indicazioni certe e complete (...))» ancora «questo Collegio intende dare continuità al principio di diritto (sopra enunciato) secondo cui l'incompleta produzione degli estratti conto non è elemento ostativo alla rideterminazione del saldo del conto corrente, ove i movimenti contabili dello stesso possano comunque desumersi da altri elementi di prova parimenti idonei a fornire (anche eventualmente con l'ausilio di una consulenza tecnica contabile) indicazioni certe e complete che giustificano il saldo maturato nel periodo privo degli estratti conto», purché, ovviamente, la documentazione in atti non sia troppo frammentaria per consentire una ricostruzione ragionevolmente attendibile.

¹⁶ Cass. Civ., Sez. VI, 19 gennaio 2022, n. 1538.

contabile del suddetto periodo attraverso la situazione fotografata dal suddetto scalare trimestrale¹⁷. Infatti, nel caso in cui il saldo giornaliero esposto sia inferiore al limite dell'affidamento, l'assenza di rimesse solutorie sarebbe più che verosimile, poiché tali rimesse possono esistere solo su conto con saldo passivo oltre il fido accordato.

Allo stesso modo si può ricorrere ai dati inseriti nella Centrale rischi della Banca d'Italia, quale strumento di prova privilegiata, in quanto proveniente direttamente dal sistema bancario.

4. Ulteriori considerazioni: l'ipotesi delle "annotazioni su saldo attivo".

Alcuni Tribunali hanno espresso un orientamento in base al quale gli addebiti effettuati su conti correnti con saldo attivo (per interessi, competenze, o spese) determinerebbero una forma di "pagamento" con i relativi effetti in termini di decorso della prescrizione¹⁸. Per quanto tale linea di pensiero risulti al momento ancora minoritaria, appare comunque opportuna una disamina più approfondita, anche in considerazione dell'impatto economico che una tale impostazione potrebbe avere nella ricostruzione del corretto dare e avere tra le parti.

Come anticipato in apertura, la questione richiede una duplice disamina: da un lato occorre analizzare la rilevanza dell'"annotazione" in conto corrente, dall'altro il concetto di "pagamento", per comprendere se l'annotazione possa determinare un effettivo spostamento patrimoniale in favore della Banca, tale

¹⁷ Con riferimento all'utilizzo degli scalari si ricorda quanto recentemente affermato dalla Corte d'Appello di Milano, sentenza del 25 giugno 2020, n. 2058, cit. ovvero che: «La Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto l'ammissibilità della CTU, basata sulla rielaborazione dei numeri debitori indicati nei prospetti trimestrali di liquidazione delle competenze, "possibili anche dai soli estratti a scalare, in quanto criteri matematici aventi, come base di partenza, l'analisi di dati effettivi risultati dai documenti depositati". In un giudizio finalizzato all'accertamento e alla rettifica del saldo, non è vietato al giudice espletare una consulenza tecnica contabile per la rideterminazione del saldo del conto corrente in base ai documenti contabili prodotti dalle parti quando la produzione degli estratti di conto corrente sia incompleta, purché si ricorra a procedimenti matematici di rielaborazione dei dati presenti nelle scritture contabili depositate (cfr. Cass. n. 14074/18, ord.; Cass. n. 9140/20, secondo la quale "a fronte di una produzione non integrale degli estratti conto è sempre possibile, per il giudice del merito, ricostruire i saldi attraverso altri elementi di prova; Cass. n. 11543/2019; Cass., n. 9526/2019; si vedano anche Cass. n. 14074/2018 e Cass. n. 31187/2018, secondo cui "per far fronte alla necessità di elaborazione di dati incompleti, il giudice ben può avvalersi di un consulente d'ufficio, essendo sicuramente consentito svolgere un accertamento tecnico contabile al fine di rideterminare il saldo del conto in base a quanto comunque emergente dai documenti prodotti in giudizio)».

¹⁸ Si possono infatti riscontrare quesiti ai CTU del seguente tenore: "Dica il CTU, sulla base dei documenti agli atti, quale sia il rapporto dare/avere tra le parti, in ragione dei seguenti criteri (...) Si intendono pagate le somme annotate su conto in saldo attivo alla data di esecuzione, con prescrizione decorrente dalla data medesima".

da poter determinare il decorso della prescrizione.

In primo luogo, si ricorda che la Cassazione a Sezioni Unite n. 24418/10 ha escluso la rilevanza della mera annotazione in conto corrente ai fini del decorso della prescrizione. La Corte ha infatti sancito che «l'annotazione in conto di una siffatta posta comporta un incremento del debito del correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nei termini sopra indicati: perché non vi corrisponde alcuna attività solutoria del correntista medesimo in favore della banca. Sin dal momento dell'annotazione, avvedutosi dell'illegittimità dell'addebito in conto, il correntista potrà naturalmente agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa e, di conseguenza, per ottenere una rettifica in suo favore delle risultanze del conto stesso. E potrà farlo, se al conto accede un'apertura di credito bancario, allo scopo di recuperare una maggiore disponibilità di credito entro i limiti del fido concessogli. Ma non può agire per la ripetizione di un pagamento che, in quanto tale, da parte sua non ha ancora avuto luogo» (così Cass. SU n. 24418/2010).

Si ricorda altresì quanto affermato dalla nota sentenza della Corte Cost. n. 78 del 2012¹⁹, con riferimento alla rilevanza dell'annotazione in conto corrente²⁰. Ai fini che qui interessano, la Consulta ha espressamente negato la natura di "pagamento" della mera annotazione in conto corrente, al pari di quanto già enunciato dalle predette Sezioni Unite della Cassazione²¹, ribadendo che il decorso della prescrizione non possa operare in un momento in cui il diritto ancora non può essere fatto valere, per i motivi già

¹⁹ Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78, in *I Contratti*, 6/2012, 445 e ss., con nota di G. D'AMICO; in *Guida al diritto*, maggio 2012, n. 20, p. 30 e ss., con nota di E. SACCHETTINI, op. cit.; S. MADDALENA, *Retroattività e affidamento: la irragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 451; U. SALANITRO, *Retroattività e affidamento: la ragionevolezza del comma 61 (art. 2 d.l. n. 225/2010, conv. l. n. 10/2011)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 443; V. TAVORMINA, *Sull'applicazione delle Sezioni Unite n. 24418/2010 dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 78/2012: dinamiche processuali*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 459; G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 2, 2012, pag. 1072B; A. A. DOLMETTA, *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività di leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc. 4, 2012, pag. 43.

²⁰ La Corte Costituzionale si è pronunciata con riferimento al c.d. "milleproroghe", ovvero l'art. 2, comma 61^o, della l. 26 febbraio 2011 n. 10 (legge di conversione del decreto legge 29 dicembre 2010 n. 225). Il predetto art. 2, co. 61^o sanciva che in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 del codice civile dovesse essere interpretato nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione, iniziava a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa e, in ogni caso, non doveva arsi luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge.

²¹ Cass. Sez. Un. Civ., 2 dicembre 2010, n. 24418, cit.

esposti in precedenza.

La stessa sentenza della Cassazione n. 9141/2020 ha ricordato che «l'annotazione nel conto non è altro che la rappresentazione contabile di un diritto, non un diritto in sé; allorché il titolo (generalmente negoziale) alla base di quel diritto viene dichiarato nullo, oppure annullato, rescisso o risolto, viene meno il diritto stesso, e conseguentemente la nuova realtà giuridica trova una corrispondente rappresentazione contabile».

Pertanto, si possono annoverare varie sentenze delle giurisdizioni superiori che hanno sancito l'irrelevanza della mera annotazione in conto corrente, in quanto la stessa non realizza alcuno spostamento patrimoniale in favore della banca. Tale principio dovrebbe valere sia per le annotazioni su saldo passivo sia su saldo attivo, anche perché la citata giurisprudenza non ha formulato distinzioni.

Occorre inoltre osservare che il concetto di "pagamento" sopra ricordato appare di centrale importanza anche rispetto all'ipotesi in cui si verificano "annotazioni" su saldo attivo.

Infatti, né la Cassazione n. 24418/2010, né la giurisprudenza successiva hanno elencato tale ipotesi tra quelle in cui si realizzerebbe un "pagamento", quindi uno spostamento reale ed effettivo a favore della banca, che viene sempre ricondotto alle ipotesi in cui il cliente ecceda i limiti del fido concesso, oppure di conto non affidato ma "in rosso". Non si è quindi mai ipotizzato che l'annotazione su saldo attivo/a credito possa integrare un "pagamento".

Inoltre, il conto corrente bancario, a differenza del conto corrente ordinario, non è soggetto alla compensazione "propria" (relativa ad obbligazioni che accedono a distinti e autonomi rapporti), bensì alla

compensazione c.d. "impropria"²², a fronte del fatto che la reciproca relazione di debito-credito nasce da un unico rapporto, in cui l'accertamento contabile del saldo finale delle contrapposte partite può avvenire solo alla chiusura del conto corrente. Se si ipotizzasse che un'annotazione su saldo attivo fosse un effettivo spostamento di ricchezza a favore della banca si avrebbe una forma di compensazione "propria", quindi di estinzione dell'obbligazione che è esclusa in radice per il conto corrente bancario.

E' opportuno infatti richiamare la definizione di conto corrente, ex art. 1823 c.c., quale contratto con cui le parti si obbligano ad annotare in conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.

La giurisprudenza ha pacificamente precisato che si tratta di un contratto unitario che origina un uni-

22 Orientamenti giurisprudenziali ormai riconosciuti pacificamente riconoscono, accanto alla compensazione propria (relativa ad obbligazioni che accedono a distinti e autonomi rapporti), anche un'ipotesi di compensazione impropria di debiti e crediti attinenti ad un unico e medesimo rapporto. È necessario dunque che le rispettive posizioni vengano accertate in un unico contesto giudiziario, in quanto si tratta di un'operazione funzionale alla verifica della pretesa di una parte rispetto alla posizione creditoria dell'altra. Si desume quindi che la ratio sottostante alla compensazione atecnica non sia deflattiva o di economia degli atti processuali ma, piuttosto, funzionale all'accertamento stesso. Non sarebbe concepibile e possibile, infatti, un esame separato delle due voci di dare e avere, come dimostra la deroga ai limiti sia di carattere sostanziale (ad esempio inerenti la prescrizione) sia di natura processuale (quali quelli riguardanti alla rilevanza o meno d'ufficio della compensazione), nonché alle preclusioni sancite dalla disciplina civilistica per la compensazione propria, in quanto costituenti deviazioni di carattere eccezionale rispetto alle regole generali. In particolare non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 1241 e ss. del c.c. (quali ad esempio i limiti sulla compensabilità dei crediti posti dall'art. 1246 c.c.) e la previsione ex art. 1243 c.c. S.v. sul punto Cass. Civ. Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7474: «In tema di estinzione delle obbligazioni, si è in presenza di compensazione cd. impropria se la reciproca relazione di debito-credito nasce da un unico rapporto, in cui l'accertamento contabile del saldo finale delle contrapposte partite può essere compiuto dal giudice d'ufficio, diversamente da quanto accade nel caso di compensazione cd. propria, che, per operare, postula l'autonomia dei rapporti e l'eccezione di parte; resta salvo il fatto che, così come la compensazione propria, anche quella impropria può operare esclusivamente se il credito opposto in compensazione possiede il requisito della certezza».

co rapporto, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi²³. Tale negozio, infatti, ha la funzione di servizio di cassa per conto del correntista, mentre le annotazioni o registrazioni delle singole operazioni assolvono esclusivamente a oneri meramente contabili e con efficacia dichiarativa, potendo modificare continuamente il saldo.

Solo con la chiusura del conto è quindi possibile definire i debiti e crediti sussistenti tra le parti, facendo riferimento al risultato contabile che definirà il saldo finale. Si rileva infatti che, dalla inesigibilità dei crediti, parte della dottrina ha dedotto che la compensazione operi solo alla chiusura del conto. La tesi si fonda sul presupposto che l'unico credito esigibile alla scadenza del conto sia il saldo, per ottenere il quale, durante il rapporto, si formano due masse creditorie che alla fine si compensano tra loro. Non è, pertanto, possibile che la compensazione operi di volta in volta ad ogni successiva rimessa.

Si desume quindi che la *ratio* sottostante alla compensazione "atecnica" sia funzionale all'accertamento stesso. Non sarebbe infatti concepibile un esame separato delle due voci di dare e avere, come dimostra la deroga ai limiti sia di carattere sostanziale (ad esempio inerenti la prescrizione) sia di natura processuale (quali quelli relativi alla rilevabilità o meno d'ufficio della compensazione), nonché alle preclusioni sancite dalla disciplina civilistica per la compensazione propria, in quanto costituenti deviazioni di carattere eccezionale rispetto alle regole generali. In particolare non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 1241 e ss. del c.c. (quali ad esempio i limiti sulla compensabilità dei crediti posti dall'art. 1246 c.c.) e la previsione ex art. 1243 c.c.

Pertanto, con riferimento alla compensazione impropria, è necessario che le rispettive posizioni ven-

²³ Trib. Milano, 16 luglio 2019, n. 7182 «Il conto corrente è un rapporto unitario sebbene trovi esecuzione frazionata in una molteplicità di operazioni, il termine prescrizione per la ripetizione di indebiti decorre dalla chiusura del rapporto medesimo»; Trib. Pescara, 14 febbraio 2017 «Il contratto di conto corrente è un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti ed i debiti delle parti tra loro. Altresì, si rileva come in ordine a detti accrediti la domanda di ripetizione è proponibile solo quando sia già stato chiuso il rapporto di conto corrente». Ancora Cass., Sez. Unite, 2 dicembre 2010, n. 24418, cit. che si ricorda ha affermato quanto segue: «Il termine di prescrizione decennale per il reclamo delle somme trattenute dalla banca indebitamente a titolo di interessi su un'apertura di credito in conto corrente decorre dalla chiusura definitiva del rapporto, trattandosi di un contratto unitario che dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi, sicché è solo con la chiusura del conto che si stabiliscono definitivamente i crediti e i debiti delle parti tra loro. Non può, pertanto, ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico, definibile come pagamento, che l'attore pretende essere indebito, perché prima di quello non è configurabile alcun diritto di ripetizione»; s.v. anche Cass., 14 maggio 2005, n. 10127.

gano accertate in un unico contesto giudiziario, in quanto si tratta di un'operazione funzionale alla verifica della pretesa di una parte rispetto alla posizione creditoria dell'altra, aspetto che caratterizza il rapporto di dare e avere tra banca e cliente, che deve essere esaminato nel suo complesso per poter essere ricostruito correttamente.

A conferma del carattere unitario del rapporto di conto corrente si ricorda inoltre, per completezza, che ai fini della compensazione impropria non risultano necessari né una domanda riconvenzionale né una specifica eccezione di parte in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza²⁴, il carattere unitario del rapporto dedotto in giudizio non consente alcun esame frazionato delle posizioni ad opera del giudice il quale, al contrario, dovrà verificare e conteggiare le pretese con contestuale elisione dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza. Si riconferma quindi che a fronte del carattere uni-

24 Si richiamano a titolo esemplificativo le seguenti pronunce giurisprudenziali sul punto: Cass. civ. Sez. II, 19 febbraio 2019, n. 4825: «Quando tra due soggetti i rispettivi debiti e crediti hanno origine da un unico - ancorché complesso - rapporto, non vi è luogo ad una ipotesi di compensazione «propria», bensì ad un mero accertamento di dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza, cui il giudice può procedere senza che siano necessarie l'eccezione di parte o la domanda riconvenzionale. Tale accertamento, che si sostanzia in una compensazione "impropria", pur producendo risultati analoghi a quelli della compensazione «propria», non è sottoposto alla relativa disciplina tipica, sia processuale sia sostanziale, ivi compresa quella contenuta nell'art. 1248 c.c., riguardante l'inopponibilità al cessionario, da parte del debitore che abbia accettato puramente e semplicemente la cessione, della compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente». Nella specie, veniva in rilievo il caso di una dipendente che aveva dato in garanzia il proprio TFR per ottenere un prestito da una società la quale, dopo le dimissioni della lavoratrice, aveva chiesto il versamento del detto TFR al datore di lavoro che, però, aveva rifiutato, eccependo, in parziale compensazione, il suo credito verso la medesima dipendente avente ad oggetto l'indennità di mancato preavviso da essa dovuta perché dimessasi in tronco; la S.C., enunciando il principio massimato, ha cassato la decisione di appello che, applicando l'art. 1248 c.c., aveva accolto la domanda della società cessionaria. Ancora Cass. civ. Sez. I, 4 Maggio 2018, n. 10798: «La compensazione impropria, che si verifica quando i contrapposti crediti e debiti delle parti hanno origine da un unico rapporto, rende inapplicabili le sole norme processuali che pongono preclusioni o decadenze alla proponibilità delle relative eccezioni, poiché in tal caso la valutazione delle reciproche pretese importa soltanto un semplice accertamento contabile di dare ed avere, al quale il giudice può procedere anche in assenza di eccezione di parte o della proposizione di domanda riconvenzionale»; Cass. civ. Sez. III, 15 Giugno 2016, n. 12302: «In tema di estinzione delle obbligazioni, se la reciproca relazione di debito-credito trae origine da un unico rapporto, si è in presenza di una ipotesi di compensazione c.d. impropria, in cui l'accertamento contabile del saldo finale delle contrapposte partite può essere compiuto dal giudice anche d'ufficio, diversamente da quanto accade nel caso di compensazione c.d. propria che, per operare, postula l'autonomia dei rapporti e richiede l'eccezione di parte»; Cass. civ. Sez. III, 8 Luglio 2007, n. 17390 «La compensazione in senso tecnico (o propria) postula l'autonomia dei reciproci rapporti di debito/credito e non è configurabile allorché essi traggano origine da un unico rapporto. In questi casi (compensazione c.d. impropria) il calcolo delle somme a credito e a debito può essere compiuto dal Giudice anche d'ufficio, in sede di accertamento della fondatezza della domanda, mentre restano inapplicabili le norme processuali che pongono preclusioni o decadenze alla proponibilità delle relative eccezioni». S.v. anche Cass. civ. Sez. I, 23 Marzo 2017, n. 7474, cit.

tario del rapporto, il giudice non potrà che procedere d'ufficio all'esame delle reciproche posizioni, in quanto una definizione frammentata e parziale renderebbe impossibile la determinazione del *quantum* oggetto di giudizio.

Si consideri inoltre che il cliente che ha creato nel tempo disponibilità attive sul conto, le ha ovviamente predisposte per un successivo utilizzo per la propria attività. Le competenze, annotate con un semplice movimento contabile dalla Banca²⁵, rappresentano solo movimenti contabili che non sono mai stati assimilati a "pagamenti" né prima, né dopo la sentenza di Cassazione n. 24418 del 2010.

5. Conclusioni

Al termine del presente elaborato sia auspica di aver favorito riflessioni utili, anche sulla base della più recente giurisprudenza, sulla corretta e concreta applicazione del c.d. "saldo rettificato" e sulle ragioni per le quali l'applicazione di tale criterio risulta determinante nella ricostruzione del dare e avere tra banca e cliente.

Dalle analisi effettuate appare corretto dedurre che, ai fini di una puntuale applicazione di tale criterio di ricalcolo, è anche fondamentale che il saldo venga depurato da tutti gli addebiti illegittimi e non solo da quelli anatocistici. Operazione da effettuare sin dal primo estratto conto disponibile.

Per le ragioni sopra esposte, tale ricalcolo risulta possibile anche in caso di mancata continuità degli estratti conto, sia che si ricorra o meno alle scritture di raccordo, purché, ovviamente, la documentazione presente risulti sufficiente per consentire al consulente tecnico d'ufficio di effettuare una ricostruzione del rapporto il più possibile attendibile.

Ricorrere ad una diversa impostazione vorrebbe dire minare alla radice i principi giuridici che sorreggono la nullità e gli effetti che ne conseguono. Ciò in quanto in caso di nullità di una clausola/ pattuizione illegittima, la medesima deve essere espunta dal punto di vista economico - contabile e non può produrre alcun effetto per il futuro.

²⁵ È poi la stessa concreta operatività bancaria che conferma ulteriormente la tesi predetta. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al cliente che debba effettuare un pagamento di euro 10.000,00 e benefici di una apertura di credito in conto corrente limitata ad euro 5.000,00. Egli dovrà giocoforza costituire una provvista superiore al credito concesso dalla banca per poter effettuare il pagamento medesimo. Risulta pertanto difficile ipotizzare che in tal caso l'eventuale rimessa di euro 10.000,00 sia solo parzialmente finalizzata a ricostituire la provvista, o sostenere la tesi della natura solutoria delle rimesse sul conto attivo.

Solo se il rapporto viene depurato dagli effetti economici delle clausole nulle sin dall'origine si potrà valutare l'effettiva presenza di eventuali rimesse (effettivamente) solutorie, per le quali sia eventualmente ormai prescritta l'azione di ripetizione.

Inoltre, come sopra ricordato, non pare condivisibile l'impostazione adottata da alcuni Tribunali di merito, che considerano le annotazioni su saldo attivo alla stregua di "pagamenti" in favore della banca, con conseguente decorso della prescrizione da tale momento.

Appare infatti corretto affermare che tali rimesse (per interessi, competenze o spese) siano da considerare sempre ripristinatorie in quanto non rappresentano uno spostamento patrimoniale tra il cliente e la Banca. Si tratta infatti di semplici "annotazioni", prive di quegli elementi e caratteristiche che possono integrare un "pagamento" secondo le indicazioni fornite dalla Corte di legittimità, in particolare dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24418 del 2010 (conto "in rosso" o in "extra fido").