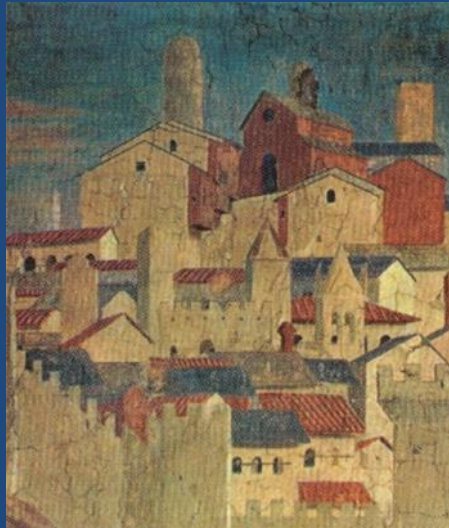


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 3

Saggi

- Gli incarichi *post mortem* a contenuto non patrimoniale tra testamento e mandato, di Vincenzo Putortì..... p. 137
- La cd. novità del Tribunale delle imprese, di Simona Caporusso*..... p. 150
- La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate, di Elena Bellisario*..... p. 156
- Regolamento n. 1169 del 2011: tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel mercato alimentare, di Giorgio Biscontini*... p. 162

Materiali e commenti

- La realtà del terzo settore e l'esigenza di coordinamento degli statuti speciali con la normativa codicistica: nuovi spunti di riflessione, di Serena Serravalle*..... p. 192

Attualità

- L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti, di Davide De Grazia* p. 202

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.

Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.

E-mail: info@personaemercato.it

Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Davide De Grazia; Giorgio Biscontini, Elena Bellisario, Simona Caporusso, Vincenzo Putortì, Serena Serravalle.

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

GLI INCARICHI *POST MORTEM* A CONTENUTO NON PATRIMONIALE TRA TESTAMENTO E MANDATO

Di Vincenzo Putortì

| 137

SOMMARIO: 1. *Gli incarichi ex mandato ed ex testamento* - 2. *Gli incarichi testamentari: validità delle figure e disciplina applicabile* - 3. *Disposizioni a contenuto non patrimoniale e mandato post mortem: le disposizioni sulla sepoltura e sulla cremazione delle spoglie mortali*. 4. *Le disposizioni sulla pubblicazione dell'opera inedita e sulle credenziali di accesso alle risorse informatiche*- 5. *L'ambito di operatività delle disposizioni sul prelievo dei propri organi e delle forme di inseminazione artificiale post mortem*

1. Gli incarichi ex mandato ed ex testamento

La regolamentazione degli incarichi a contenuto non patrimoniale è funzionale all'esigenza, molto avvertita nella pratica, di poter comporre taluni specifici interessi per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, attribuendo a persone verso cui si nutre una particolare fiducia il compito di dare una disinteressata sistemazione a siffatti personali bisogni. Il che può avvenire sia inserendo nel testamento una o più clausole a tal fine dirette, sia tramite la stipulazione di un contratto di mandato con cui il mandatario si obbliga ad eseguire, dopo la morte del *dominus*, l'attività programmata.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza, sulla base di criteri non sempre univoci, operano nell'ambito di tale ampia e generica fattispecie contrattuale una serie di distinzioni fondamentali alle quali ricollegano una pluralità di conseguenze destinate ad incidere sull'ammissibilità stessa della figura. Il mandato *post mortem*, infatti, viene distinto sia dal c.d.

mandato testamentario¹- ossia dalla disposizione unilaterale, contenuta in un testamento, tesa a con-

¹ Tra coloro che riconoscono la validità del mandato *post mortem* contenuto in un testamento, vedi: N. DI STASO, *Il mandato post mortem exequendum*, in *Per. fam. succ.*, 2011 p. 688; F.A. MONCALVO, *Sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, *ivi*, 2010, p. 56 ss; A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 57, ss; A. ANSALDO, *In tema di contratto post mortem*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 497; A. AMATUCCI, *Osservazioni sul mandato da eseguirsi dopo la morte del mandante*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 304; M. V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1978, p. 137 ss.; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. civ. comm. Cicu, Messineo, Mengoni*, Milano, 1984, p. 360 ss; G. MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 952, p. 201 ss; Cass. 23 maggio 2006 n°12143 in *Riv. not.* 2007, p. 693, con nota di G. MUSOLINO, *Le disposizioni sulla sepoltura fra testamento e mandato post mortem*; in *Fam. per. succ.* 2007, p. 524 con nota di G. BONILINI, *Iscrizione a <società> di cremazione e mandato post mortem*, e già Cass. 28 luglio 1950 n° 2146, in *Foro it.* 1951, I, 920, con nota di F. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem e disposizioni sulla sepoltura*, che ha distinto il mandato *post mortem* dal *modus*, affermando che il primo "ha per oggetto il compimento di un'attività negoziale da porsi in essere dopo la morte del *de cuius* in nome e per conto del medesimo ed in ordine a beni non attribuiti al mandatario, mentre la finalità perseguita con l'onere non si pone come lo scopo principale avuto di mira dal testatore, bensì come finalità ulte-



ferire ad un terzo il potere di agire con riferimento alla categoria di interessi non patrimoniali che l'ereditando vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere² - sia dal negozio bilaterale la cui esecuzione, differita alla morte del mandante, si estrinsechi in uno o più atti meramente esecutivi rispetto ad un'attribuzione patrimoniale già realizzata, *inter vivos*, dal *dominus* (c.d. mandato *post mortem exequendum*), ovvero in un'attività dispositiva di beni compresi nell'asse ereditario (c.d. mandato *mortis causa*)³.

Le predette figure, sebbene trovino un minimo comune denominatore sotto il profilo dell'intento negoziale, essendo dirette a realizzare una tipica finalità successoria, pongono tuttavia problemi differenti. Più precisamente, per ciò che concerne gli incarichi a contenuto non patrimoniale conferiti mediante un testamento o tramite un mandato deve dirsi dubito che essi, nonostante la loro natura *mortis causa*, nessun conflitto determinano con i principi sottesi agli artt. 457 e 458 cc. e con quelli che ispirano la previsione di cui al primo comma dell'art. 587 c.c., dal momento che - come si vedrà - sono dettati da motivazioni autonome e affatto diverse da quelle che presiedono la sfera operativa delle norme che regolano la circolazione dei beni e che escludono la vocazione ereditaria di tipo contrattuale⁴. Tali disposizioni, per contro, interferiscono con i principi che regolano le disposizioni testamentarie e pongono il problema dell'individuazione della disciplina ad essi applicabile, data la peculiare natura che li contraddistingue e l'indubbia affinità funzionale esistente tra l'attività del terzo autorizzato dal *de cuius* ad esercitare il potere gestorio ed un comune mandatario⁵.

Conseguentemente, è proprio a tali ultimi profili che nelle pagine seguenti dedicheremo la nostra attenzione, non senza aver dapprima esaminato i rapporti esistenti tra tali disposizioni ed il contenuto atipico del testamento *ex art. 587 II° comma c.c.*

riore ed accessoria rispetto alla finalità principale che trova la sua realizzazione nell'attuazione della disposizione testamentaria gravata dal modo".

²G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 122 ss.

³A. PALAZZO, *Attribuzioni patrimoniali tra vivi e assetti successori per la trasmissione della ricchezza familiare*, in *Vita not.* 1993, p. 1249; p.49 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 368.

⁴Sul tema vedi V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 202 ss.

⁵L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 54 ss., che rileva come le norme contrattuali non sempre si rivelino idonee a regolamentare i negozi a contenuto non patrimoniale, dovendosi la disciplina di tali atti tener conto della peculiare natura delle situazioni coinvolte nelle singole fattispecie.

Ciò in una prospettiva basata su una lettura del sistema successorio non più esclusivamente formale, ma orientata, piuttosto, ad individuare sia i concreti interessi sottesi alle predette vicende, in modo da poter delimitare gli spazi entro i quali le esigenze immateriali del *de cuius* possono trovare concreta realizzazione, sia gli strumenti più idonei a dare alle stesse adeguata soddisfazione. Il che implica, da un lato, il superamento della diffusa opinione secondo la quale l'area delle disposizioni a contenuto non patrimoniale sarebbe circoscritta essenzialmente ai negozi di diritto familiare; dall'altro, il riconoscimento di nuovi ambiti entro cui può esplicarsi l'autonomia negoziale⁶.

2. Gli incarichi testamentari: validità delle figure e disciplina applicabile

Relativamente agli incarichi che traggono origine da una disposizione testamentaria avente ad oggetto il conferimento ad un terzo del potere di agire per la gestione degli interessi che il *de cuius* vuole regolamentare per il tempo in cui avrà cessato di vivere, è dato innanzitutto rilevare come essi, nonostante la terminologia utilizzata in dottrina e in giurisprudenza, solo impropriamente possano ricondursi allo schema di cui agli artt. 1703 c.c. Ciò non tanto perché colui che è designato come mandatario non svolga un'attività gestoria, quanto, piuttosto, perché il procedimento attraverso cui viene conferito il potere è inidoneo a generare un accordo contrattuale.

In questi casi, invero, sebbene vi sia il concorso di due volontà (quella del testatore e quella del beneficiario della disposizione), manca l'incontro delle volontà, ossia la formazione del consenso, poiché l'atto che dovrebbe integrare gli estremi di una proposta e quello che dovrebbe rappresentare la conseguente accettazione restano due atti indipendenti l'uno dall'altro e vengono a costituire non un unico negozio, ma due negozi distinti⁷. A differenza di

⁶P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 135 ss., che pone in luce come l'autonomia negoziale non si identifichi con l'iniziativa economica, e dunque con gli atti a contenuto patrimoniale, ma affondi le sue radici in principi, anche di rilevanza costituzionale, che variano a seconda del contenuto e della portata dell'atto. In questa logica il contenuto non patrimoniale della disposizione si ricava quindi dal valore o degli interessi sottesi al rapporto negoziale e non già dalla patrimonialità o meno che le parti attribuiscono ad una determinata prestazione. Cosicché l'eventuale pattuizione di corrispettivo in denaro, ad esempio, non muta il carattere non patrimoniale dell'incarico, potendo eventualmente condurre, come si vedrà, soltanto ad un giudizio di illiceità dell'accordo.

⁷In questo senso, già sotto il vigore del previgente codice civile, vedi V. POLACCO, *Delle successioni*, Roma, 1937, p. 315;



quanto accade in tema di contratti *inter vivos*, dove la manifestazione di volontà dell'oblato è conosciuta dal proponente, il quale, allorquando la dichiarazione giunge al suo indirizzo, deve essere in vita, nelle fattispecie in esame, invece, l'atto che dovrebbe fungere da accettazione interviene soltanto dopo che colui che della stessa è il destinatario ha cessato di vivere⁸.

Né, a tal riguardo, potrebbero utilmente richiamarsi gli artt. 1329 e 1330 c.c. che sanciscono la "ultrattività" della proposta là dove essa sia irrevocabile o sia funzionale all'esercizio dell'attività di impresa. Infatti, è dato osservare non solo che l'eventuale irrevocabilità della clausola testamentaria contenente una siffatta proposta sarebbe del tutto priva di effetti, visto il principio della piena e assoluta libertà di revocare le disposizioni a causa di morte, ma, altresì, che è la stessa natura della disposizione (necessariamente a causa di morte, unilaterale e unipersonale) che si rivela inidonea ad essere fonte di un diritto all'accettazione di una proposta contrattuale ormai non più riferibile al *dominus*⁹.

Sotto tale profilo, deve peraltro rilevarsi che la struttura necessariamente unilaterale dell'atto con il quale si conferisce al terzo il predetto potere non rende la disposizione priva di efficienza funzionale. Essa, nonostante la sua particolare natura, non pare contrastare con i principi generali vigenti in materia negoziale. Questo non solo perché il diritto positivo prevede espressamente alcune ipotesi nelle quali viene conferito al terzo un potere gestorio in via unilaterale (es. procura), ma altresì perché è stato ampiamente dimostrato come la struttura di un negozio costituisca non già un *prius*, ma una conseguenza degli effetti che l'atto in concreto realizza, di guisa che essa non si identifica necessariamente ed esclusivamente con il tipo negoziale, ma varia in funzione degli scopi che i soggetti intendono perseguire con l'atto di privata autonomia¹⁰.

Per tale ragione, i predetti incarichi se, per un verso, fuoriescono dallo schema delineato dall'art. 1703 c.c., per altro verso sembrano integrare gli estremi di un negozio autorizzativo, unilaterale, recettizio e liberamente revocabile, volto ad attribuire al terzo il potere (ed non l'obbligo) di agire per

l'attuazione della volontà espressa dal testatore nell'atto di ultima volontà¹¹. Di qui la loro peculiarità, visto che, pur essendo contenuti in un atto a struttura necessariamente unilaterale, tendono ad autorizzare lo svolgimento di un'attività gestoria sostanzialmente analoga a quella tipica del mandato¹². Anche se il terzo, a differenza del mandatario, che - è noto - si obbliga a soddisfare gli interessi del *dominus*, rimane libero di esercitare il potere conferitogli dal testatore¹³.

Conseguentemente, se il *de cuius* intende utilizzare lo strumento testamentario per disporre compiutamente dei suoi interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere, ben può inserirvi specifiche clausole dirette ad attribuire all'erede, al legatario, o ad un terzo il potere di agire per la soddisfazione delle proprie esigenze. Con l'avvertenza, però, che tali disposizioni se hanno contenuto patrimoniale non possono che assumere la forma dell'onere o *modus* testamentario¹⁴, mentre se sono di natura non patrimoniale possono acquisire un autonomo

¹¹F. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in *Saggi dir. civ.*, Napoli, 1961, p. 778, che evidenzia come, in questi casi, se si prescinde dal carattere contrattuale della fattispecie, l'atto di conferimento del potere al terzo assuma i caratteri del negozio autorizzativo, visto che il testatore con una propria dichiarazione di volontà consente al soggetto destinatario dell'atto di poter agire per conto altrui.

¹²In giurisprudenza, vedi Cass. 4 ottobre 1962 n°2804, in *Giust. civ.*, 1962, p. 2071.

¹³Né, a tal riguardo, potrebbe porsi un problema di rappresentanza (così invece F. MESSINEO, *Manuale di dir. civ. comm. Vol. VI*, Milano, 1960, p. 184), poiché il terzo incaricato non agisce né in nome del testatore, limitandosi soltanto ad adempiere la sua volontà, né tanto meno in nome e nell'interesse dell'erede, essendo i suoi poteri autonomi e indipendenti dalla volontà del successore universale che non potrà né revocare l'incarico, né fornire eventuali istruzioni e indicazioni modificative rispetto a quelle impartite dal *de cuius* (L. BARASSI, *Le successioni a causa di morte*, Milano, 1947, p. 210; G. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 126 ss.).

¹⁴Il soggetto, infatti, per disporre dei propri beni per il tempo successivo alla morte può avvalersi soltanto del testamento e far ricorso esclusivamente a due schemi tipici: istituzione d'erede e legato (L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento. I. Profilo negoziale dell'atto*, Milano, 1976, p. 43 ss.; R. NICOLÒ, *Negoziato di Fondazione. Istituzione d'erede*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, p. 388; A. CICU, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1941, p. 172). In una prospettiva volta ad allargare lo schema causale del testamento si muovono invece coloro i quali assegnano all'onere un ruolo autonomo rispetto alle disposizioni testamentarie tipiche contemplate dall'art. 588 c.c., (M. PROTO, *Il modo*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini), II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1223 ss.; M. GIORGIANNI, *Il modus testamentario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1957, p. 898 ss.) e gli autori che qualificano come un particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito l'atto con cui si conferiscono ad un determinato ente i mezzi patrimoniali necessari (atto di dotazione) F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. al Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 290; P. RESCIGNO, voce *Fondazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Milano, 1968, p. 797 ss.

NAVARRA, *Dell'incarico post mortem*, in *Riv. it. Sc. giur.*, 1939, p. 11; BRUNELLI, ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e donazioni*, Milano, 1940, p. 329.

⁸*Ex multis*, vedi G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario* cit., p. 19; A. DOLMETTA, op. cit., p. 460; G. MUSOLINO, op. cit., p. 694.

⁹G. GIAMPICCOLO, op. cit., p. 130, che sottolinea come siffatte figure non possano valutarsi con riguardo al comune concetto del mandato *inter vivos* perché ciò costituirebbe una forzatura concettuale pari a quella che si compirebbe ove si volesse "definire il legato con riferimento al concetto di donazione".

¹⁰In questo senso, vedi P. PERLINGIERI, op. cit., p. 131



rilievo ed essere predisposte anche in favore di un terzo.

Del resto, è la stessa formulazione del testo normativo di cui all'art. 587 II° comma c.c. che permette che siffatte previsioni, oltre ad essere contenute in un testamento ed avere come destinatari i successori universali o particolari, possano essere dettate anche in favore di soggetti diversi; e in particolare di persone che godono della personale fiducia del testatore e offrono maggiori garanzie in ordine al corretto svolgimento dell'incarico, non essendo, a differenza degli eredi o legatari, economicamente interessati all'eredità e coinvolti in un ipotetico conflitto di interessi. Così come accade, ad esempio, in ordine alle disposizioni concernenti la propria sepoltura, la cremazione delle proprie spoglie, la pubblicazione dell'opera inedita o le credenziali di accesso alle risorse informatiche, nonché in relazione alla c.d. clausola arbitrale testamentaria la cui dubbia ammissibilità non esclude l'evidente utilità che la stessa presenta, consentendo al testatore non solo di imporre ai successori, nel caso in cui insorgano controversie tra loro, il ricorso alla procedura arbitrale, ma anche di designare direttamente l'arbitro incaricato di definire la vertenza¹⁵.

Proprio la peculiare natura rivestita da tali incarichi aiuta a comprendere, altresì, perché essi, da un lato, partecipino della disciplina applicabile al testamento e siano soggette ai principi dettati in tema di personalità, formalità e revocabilità dell'atto di ultima volontà, che rispetto alle disposizioni contrattuali offrono alla volontà *del cuius* una tutela più efficiente¹⁶; dall'altro, presentando una sostanziale affinità funzionale con quelli che formano oggetto di un contratto di mandato, siano regolati dalle norme dettate dagli artt. 1703 ss. c.c.

Da questo punto di vista, significative appaiono le analogie esistenti tra la posizione rivestita dal terzo titolare del predetto potere gestorio e la figura del mandatario, a cui viene spesso ricondotta anche quella dell'esecutore testamentario, soprattutto là dove quest'ultimo, godendo di poteri più ampi e incisivi rispetto a quelli espressamente previsti dal le-

gislatore¹⁷, cessi di essere un puro *minister*¹⁸. Tant'è vero che sia l'esecutore che il terzo incaricato *ex testamento*, pur essendo liberi di decidere se eseguire o meno l'incarico, ove scelgano di adempierlo, sono poi tenuti a portarlo a termine, salvo il sopraggiungere di gravi cause ostative. Così, pure, in entrambi i casi, l'erede che a causa dell'ingiustificato abbandono dell'incarico abbia sopportato delle spese o abbia subito un danno è legittimato ad agire in via risarcitoria, essendo l'incaricato, al pari dell'esecutore o di un comune mandatario, responsabile ai sensi degli artt. 703, 709 c. c. e 1710, 1713 c.c. Mentre se porta a termine il compimento dell'affare graverà sull'erede l'obbligo di rimborsargli le spese sostenute secondo quanto previsto dagli artt. 712 e 1720 c.c., salva la diversa volontà del testatore tesa non gravare il successore universale di siffatto onere.

Non solo, ma è proprio la descritta sostanziale affinità funzionale esistente tra l'istituto qui preso in considerazione e la figura espressamente disciplinata dagli artt. 700 ss. c.c. che spiega perché, in applicazione delle norme dettate per il mandatario (art. 1710), sia il terzo incaricato *ex testamento* che l'esecutore testamentario debbano svolgere il loro compito con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 703 IV comma c.c.) e siano tenuti a rendere il conto della gestione (ex artt. 709 e 1713 c.c.) agli eredi del testatore.

¹⁷ Il riferimento è alle funzioni attribuite all'esecutore dall'art. 706 c.c. e dall'art. 24 della legge sul diritto d'autore di cui si dirà nel paragrafo 10. Funzioni che, secondo alcuni, sarebbero tipiche del titolare di un ufficio privato di ordine pubblico, in quanto dirette a salvaguardare non solo gli interessi dei soggetti coinvolti dall'esecuzione delle disposizioni testamentarie, ma anche un interesse pubblico coincidente con la piena tutela alla personalità del *de cuius* (A. CANDIAN, *Del c.d. ufficio privato e in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Padova, 1975, p. 212). Altri autori, invece, (F. MESSINEO, op. cit., p. 102) qualificano l'esecutore testamentario come titolare di un "ufficio di diritto privato con carattere di accessorietà al quale vanno connessi la funzione di promuovere l'osservanza del contenuto del testamento [...] e l'esercizio di un potere in nome proprio ma nell'interesse altrui".

¹⁸ AZZARITI, MARTINEZ, AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, p. 553, i quali rilevano come l'espressione di cui art. 703 c.c. "l'esecutore deve curare" vada intesa non già come pedissequa e generica sorveglianza dello svolgimento di un'altrui attività, ma in senso ampio e onnicomprensivo, includendo anche il compimento di tutti gli atti di iniziativa funzionali all'attuazione della volontà del *de cuius*. Tant'è vero che alcuni autori tendono ad equiparare il terzo incaricato dei predetti poteri gestori a quella dell'esecutore testamentario (A. LUMINOSO, op. cit., p. 126). Ma sulle differenze esistenti tra le due figure, vedi G. BONILINI, *Degli esecutori testamentari*, in *Comm. Codice civile (diretto da Schlesinger)*, Milano, 2005, p. 262 ss.

¹⁵ G. BONILINI, *La disposizione arbitrale*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini), II, *La successione testamentaria*, cit., p. 887 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, M. URCIOLI, *Manuale di diritto Civile*, Napoli, 2007, p. 475, che sottolineano come le regole in tema di capacità o di vizi della volontà e le altre norme contrattuali ispirate dall'esigenza di tutelare l'affidamento, essendo dirette a disciplinare un fenomeno legato ad esigenze e ragioni diverse da quelle sottese agli atti a contenuto non patrimoniale, appaiono inadeguate a tutelare la libertà del soggetto, e dunque si rivelino inapplicabili ai negozi in esame. A. DOLMETTA che rileva come anche le regole contrattuali dettate in tema di revocabilità dell'incarico mal si concilino con il carattere personalissimo di tali disposizioni, che richiedono, *ab origine*, l'esclusione di siffatto potere in capo agli eredi.



3. Disposizioni a contenuto non patrimoniale e mandato *post mortem*: le disposizioni sulla sepoltura e sulla cremazione delle spoglie mortali

Rispetto ai principi sopra esposti, diversi sono i criteri valutativi utilizzabili per stabilire la liceità degli incarichi a contenuto non patrimoniale conferiti dal *de cuius* attraverso un contratto di mandato destinato ad essere eseguito dopo la morte del *dominus*. Essi implicano innanzitutto una lettura dei rapporti correnti tra il contenuto atipico del testamento, del quale le predette disposizioni possono far parte, ed il contratto di cui agli artt. 1703 ss., non più basata su un dato esclusivamente formale, ma orientata, per contro, a dare spazio alle concrete esigenze immateriali del *de cuius* ed a privilegiare gli strumenti che si rivelano maggiormente idonei ad offrire un'adeguata soddisfazione delle stesse.

Del resto, si è da tempo dimostrato come possano considerarsi superate le opinioni che consideravano valide le sole disposizioni non patrimoniali espressamente previste dalla legge, dovendosi, per contro, riconoscere legittimità a tutti gli incarichi di cui all'art. 587 II° comma c.c., purché conformi ai principi di ordine pubblico e del buon costume¹⁹. Incarichi, questi, che possono essere validamente contenuti in un testamento oppure costituire oggetto di un contratto di mandato e, come tali, essere considerati non già fonte di una semplice esortazione o raccomandazione di ordine morale,²⁰ ma giuridicamente rilevanti e immediatamente vincolanti per il mandatario²¹.

In realtà, una prima indicazione in tal senso sembra potersi trarre proprio dalla formulazione del testo normativo di cui all'art. 587 2° comma, dove il verbo "consente" sta a significare, appunto, che le disposizioni di carattere non patrimoniale

"possono" essere contenute in un testamento, ma non "debbono" esserlo necessariamente. Il che vuol dire che esse sono lecite non solo se inserite in un negozio di ultima volontà, ma anche se formano oggetto di un atto diverso, il quale, in assenza di specifiche prescrizioni formali, può essere stipulato anche in forma orale, visto il principio normativo secondo il quale le determinazioni volitive dell'ereditando necessitano della forma testamentaria solo nei casi espressamente previsti²². Ciò anche se non può negarsi che, in queste ipotesi, solo lo scritto assicura un'adeguata conservazione della volontà del *de cuius* e una sufficiente certezza attuativa della stessa²³.

Allo stesso modo, non sembrano rappresentare un ostacolo all'ammissibilità di siffatti negozi i principi ed i divieti vigenti per i contratti aventi ad oggetto un'attività dispositiva di beni da compiersi dopo la morte del disponente, in quanto essi – si è visto – operano unicamente in presenza di un'attribuzione patrimoniale contrattualmente predisposta e non anche in ordine agli accordi che implicano il compimento di atti a contenuto non economico, spesso inerenti alla sfera più intima della persona. Tali incarichi, sebbene di indubbia natura *mortis causa*, dato che la loro esecuzione non può avvenire se non dopo la morte del *dominus*²⁴ e dunque che è proprio tale evento che si pone come fattore caratterizzante, in via esclusiva, la funzione che l'atto è destinato a realizzare – sono sottratti all'applicazione dei principi sottesi agli artt. 457 e 458 cc. ed a quelli che ispirano la previsione di cui al primo comma dell'art. 587 c.c.

In particolare, è dato ritenere che sia la struttura unilaterale che necessariamente deve rivestire l'atto a causa di morte²⁵, sia le ragioni che escludono la vocazione ereditaria di tipo contrattuale, assumono un loro peculiare ed esclusivo rilievo nell'ambito

¹⁹ Tra gli autori che negano che il testatore possa inserire nell'atto di ultima volontà disposizioni non contemplate dalla legge, vedi G. AZZARITI, voce *Successioni (diritto civile): successione testamentaria*, in *Noviss. Dig.it.* XVIII, Torino, 1977, p. 822. Diversamente, muovendo dalla premessa che il testamento sia un negozio complesso che ha la funzione di comporre tutti gli interessi meritevoli di tutela per il tempo in cui l'ereditando avrà cessato di vivere, ammettono che il testamento possa contenere anche disposizioni di natura non patrimoniale non previste dal legislatore, A. ANSALDO, *op. cit.* p. 499; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento cit.*, p. 13 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento, cit.*, p. 235; G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem, cit.* p. 1103.

²⁰ Ritengono che tali incarichi non sia soggetti ad alcuna sanzione o rimedio vista l'assenza di un soggetto legittimato a tutelare gli interessi del mandante in caso di inerzia del mandatario, F. GRADASSI, *op. cit.* p. 847; A. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 307.

²¹ Cass. 23 maggio 2006 n°12143 cit., che ha stabilito "il diritto di ogni persona fisica di scegliere liberamente le modalità e il luogo della sepoltura può esprimersi anche" attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti".

²² Il che è accaduto, ad esempio, per l'atto costitutivo di una fondazione che, ai sensi dell'art. 14 c.c., deve necessariamente essere contenuto in un testamento.

²³ R. DE RUGIERO, *Istituzioni di diritto civile, III, Diritto ereditario*, Milano, Messina, 1940, p. 645.

²⁴ G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti il funerale*, in *Pers. fam. succ.* 2011, p. 405 che sottolinea la natura "essenzialmente *post mortem* di siffatte disposizioni" e la loro "indubbia natura di atti *mortis causa*"; F. GRADASSI, *op. cit.*, p. 846, che rileva come la morte non possa in alcun modo qualificarsi come termine di adempimento della disposizione in quanto l'atto mai potrebbe trovare attuazione prima della morte del mandante.

²⁵ Muovendo dalla struttura necessariamente unilaterale dell'atto a causa di morte, ritengono invalido il mandato contrattuale avente ad oggetto incarichi a contenuto non patrimoniale, G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento, cit.* p. 126; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine cit.* p. 222, che rileva come la sola struttura adeguata alla funzione che il negozio deve adempiere sia quella del negozio unilaterale "e tale è sempre il negozio a causa di morte"



delle forme e dei modi della trasmissione della ricchezza, senza interferire con le disposizioni di natura non patrimoniale che sono dettate da motivazioni autonome e affatto diverse da quelle che presiedono la sfera applicativa delle norme che regolano la circolazione dei beni.

Conseguentemente, se si prescinde dagli incarichi in materia familiare, i quali devono reputarsi invalidi per il carattere personale che rivestono i relativi atti²⁶, possono considerarsi ammissibili sia il mandato circa i tempi e le modalità di diffusione della notizia relativa alla propria morte e/o il modo e il luogo della sepoltura, sia quello concernente la cremazione delle proprie spoglie.

In realtà, la giurisprudenza, dopo aver ricondotto il *ius elegendi sepulchrum*²⁷ nell'ambito dei diritti della personalità, ha più volte affermato che la volontà del soggetto circa la propria sepoltura, oltre che essere contenuta in un testamento, può essere espressa anche per mezzo di un incarico affidato contrattualmente a terzi i cui costi necessari per l'esecuzione, costituiscono "dei pesi che sorgono in conseguenza dell'apertura della successione e che, pur differenziandosi dai debiti che appartenevano al *de cuius* e che, con il patrimonio di quest'ultimo, si trasmettono ai suoi successori, gravano comunque su coloro che hanno accettato l'eredità", salvo che non siano stati espressamente addossati agli eredi o legatari testamentari²⁸.

In tal modo, la Suprema Corte ha implicitamente riconosciuto che il diritto di decidere la propria cerimonia funebre e le modalità della sepoltura rien-

tra nel potere di autodeterminazione del soggetto e rappresenta una manifestazione del suo essere persona, che può esprimersi anche attraverso un contratto di mandato che trova quale suo unico limite il rispetto delle previsioni amministrative che disciplinano la tumulazione²⁹. Contratto, questo, che può essere stipulato anche senza il rigore delle forme testamentarie, essendo a tal fine sufficiente che la manifestazione di volontà sia formulata in modo serio e non sull'impeto di stati emozionali o passionali che potrebbero aver reso immatura o poco consapevole la decisione assunta dal *de cuius*³⁰. Non solo, ma tale negozio, non essendo soggetto alle formalità richieste per la pubblicazione del testamento, che spesso possono ritardare l'attuazione delle disposizioni in esso contenute, ben si concilia con le esigenze di immediatezza e tempestività sottese alla natura delle attività da svolgere³¹.

In queste ipotesi, invero, la volontà del *de cuius*, sebbene espressa mediante un mandato, è giuridicamente vincolante ed è destinata a prevalere su quella diversa eventualmente espressa dagli eredi, in quanto il carattere strettamente personale dell'interesse che l'incarico mira a realizzare, che tocca le convinzioni più intime della persona, esclude il subingresso dei successori universali nella posizione contrattuale del *dominus*, e dunque il loro potere di revocare la disposizione³². Ne segue che gli eredi, i parenti più stretti o coloro che erano legati al defunto da vincoli di convivenza o di affetto, possono scegliere le modalità della sepoltura solo in assenza di una preventiva determinazione volitiva del loro caro³³, in tal caso esercitando, però, un diritto acquisito non già *iure successionis*, ma *iure proprio*, in quanto fondato sull'interesse morale a fornire alla sepoltura del defunto una collocazione che gli consenta di avere una cura adeguata e costante³⁴.

²⁶M. V. DE GIORGI, *I patti cit.* p. 141; A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale cit.*, p. 151 ss.;

²⁷ Secondo la definizione di Ulpiano "*sepulchrum est ubi corpus ossame hominis condita sunt*"; *sepulcri autem appellatione omnem sepulturae locum contineri existimendum est*". Il sepolcro infatti è riferito al luogo in cui è sepolto il cadavere o, più ampiamente, ad ogni luogo in cui si trovano i resti di una persona, ancorché vi si trovino solo provvisoriamente o per causa diversa dalla loro normale deposizione (A. ANSALDO, voce *Sepolcro*, in *Dig. IV, Disc. priv. sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 453).

²⁸ Cass. 3 gennaio 2002, n° 28, in *Giur. it.* 2002, p. 10 ss con nota di N. MONTICELLI, *Onoranze funebri e ripartizioni degli oneri: l'insostenibile pesantezza, anche morale, dell'eredità*, che ha precisato come il soggetto che ha anticipato le predette spese abbia diritto ad ottenere il rimborso dagli eredi sempre che non si tratti di spese eccessive sostenute contro la volontà espressa degli stessi. Sotto il vigore del codice civile previgente, la giurisprudenza riteneva invece che il contratto di mandato fosse valido solo se il mandante, nel testamento, avesse imposto all'erede o al legatario il pagamento delle spese o avesse fornito al mandatario, *inter vivos*, i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico (App. Milano 30 dicembre 1933, in *Foro lomb.*, 1934, p. 745 con nota di F. CARIOTA FERRARA, *Mandato post mortem disposizioni sulla sepoltura* che aveva tuttavia già evidenziato come, in questi casi, le spese necessarie per l'esercizio dei diritti personali dovessero gravare sull'eredità "come pesi ad essa inerenti").

²⁹ Cass. 23 maggio 2006 n° 12143, cit.; G. MUSOLINO, op.cit. p. 693. La predetta pronuncia ha confermato la sentenza della Corte di appello di Palermo che a sua volta aveva confermato la decisione del Trib. Palermo 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, p. 1101, con nota di G. BONILINI, *Una valida ipotesi di mandato post mortem cit.*

³⁰ N. DI STASO, op. cit., p. 691, che esclude l'applicabilità delle norme contrattuali sui vizi del volere in quanto esse, tendendo a contemperare la volontà del dichiarante con il legittimo affidamento della controparte o dei terzi destinatari dell'atto, non tutelano adeguatamente la volontà del *de cuius*.

³¹A. NATALE, *La pubblicazione del testamento*, in *Tratt. dir. succ. donaz.* (dir. da Bonilini). *La successione testamentaria*, cit., p. 1431 ss; N. DI STASO, op. cit., p. 693; F.A. MONCALVO, op. cit., p. 62;

³²F. CARIOTA FERRARA, op. cit., p. 752.

³³ Trib. Palermo 16 marzo 2000 cit.; R. CALVO, op. cit., p. 23.

³⁴P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 795, che sottolinea come il diritto al sepolcro, proprio perchè destinato a soddisfare esigenze di natura non patrimoniale, sia



Del resto, anche la normativa sull'autorizzazione alla cremazione delle proprie spoglie prevede che la dispersione delle ceneri o l'affidamento ai familiari dell'urna cineraria, oltre ad essere oggetto di una specifica disposizione testamentaria, possa essere contenuta in atti diversi³⁵. Cosicché il coniuge o i parenti più prossimi hanno il potere di decidere se procedere o meno all'incenerimento delle spoglie mortali soltanto là dove il soggetto non abbia espresso alcuna volontà in tal senso³⁶. Tant'è vero che la giurisprudenza, qualificando la scelta del *de cuius* non quale mero desiderio o semplice esortazione, ma come espressione di "diritto umano *post mortem* attinente alla dignità della persona in relazione alle proprie credenze", ha espressamente affermato che essa può manifestarsi anche mediante un mandato *post mortem*, conferito, ad esempio, ad un'associazione che abbia come fine statutario la cremazione delle spoglie dei propri associati³⁷.

Evidenti, nondimeno, sono le differenze esistenti nei casi in cui siffatta determinazione volitiva sia contenuta in un testamento o in un mandato. Nell'un caso, essa è soggetta ai vincoli formali dettati per il tipo di testamento prescelto³⁸, nell'altro,

sganciato dai principi del diritto ereditario e si traduca in un diritto del singolo quale componente del gruppo familiare che, come tale, è intrasferibile e rinunziabile.

³⁵Cass., 29 aprile 2006, n° 10035 cit. che confermato la sentenza della Corte di appello di Palermo che a sua volta aveva confermato la decisione del Trib. Palermo 16 marzo 2000, in *Contratti*, 2000, p. 1101.

³⁶ L'art. 3 n°1 lett. b della legge 130 del 2001 stabilisce che l'autorizzazione alla cremazione delle proprie spoglie viene concessa nel rispetto della volontà espressa dal defunto o dai suoi familiari attraverso un'apposita disposizione testamentaria, tranne nei casi in cui i familiari presentino una dichiarazione autografa del defunto contraria alla cremazione, fatta in data successiva alla disposizione testamentaria stessa. Non solo, ma il predetto testo normativo al n°3 prevede che è solo in mancanza di una manifestazione di volontà nel testamento o di qualsiasi altra espressione del defunto che viene presa in considerazione la volontà del coniuge, o in difetto, del parente più prossimo.

³⁷ Cass., 29 aprile 2006, n°10035, in *Pers. fam. succ.* 2007, p. 524; G. BONILINI, *Iscrizione a <società> di cremazione cit.*, p. 526

³⁸ Si ritenuto (R. DE RUGGIERO, op. cit., p. 645) che la disposizione sul funerale, se contenuta in un testamento, sia una disposizione testamentaria e, come tale, debba rivestire la forma prevista per il tipo di testamento che la contiene. Diversamente, altra dottrina ha affermato che, in assenza di un'espressa prescrizione normativa, tale disposizione non è soggetta a vincoli di forma e che lo scritto è opportuno al solo fine di conseguire una maggiore certezza attuativa della volontà del *de cuius* (G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., p. 146 ss). Di recente, si è peraltro osservato (G. BONILINI, *Le disposizioni concernenti il funerale*, cit., p. 406) come la persona, là dove riconnetta particolare importanza alla cerimonia funebre e reputi i suoi familiari poco inclini alla spontanea esecuzione della sua volontà, tenderà a considerare la disposizione come un *modus* gravante sui suoi successori ed a nominare un esecutore affinché vigili e controlli sull'attuazione della stessa.

invece, non vi sono prescrizioni di forma, essendo sufficiente che la volontà del *de cuius* di essere cremato, accertabile con ogni mezzo di prova³⁹, risulti in modo chiaro e non sia stata successivamente, neppure implicitamente, revocata⁴⁰. Il che conferma l'idea dell'utilità del mandato quale valido ed efficace strumento alternativo alla nomina di un esecutore testamentario, in quanto esso garantisce al *de cuius* l'attuazione immediata della sua volontà, visto che la stessa non è vincolata al rispetto delle prescrizioni formali dettate per il testamento, non incontra gli eventuali ostacoli o ritardi connessi alla pubblicazione dell'atto di ultima volontà⁴¹ ed è soggetta unicamente al rispetto dei principi di ordine pubblico e del buon costume.

4. Le disposizioni sulla pubblicazione dell'opera inedita e sulle credenziali di accesso alle risorse informatiche

Tra le ipotesi che possono costituire oggetto di un valido mandato *post mortem* possono annoverarsi le diverse fattispecie previste dalla legge sul diritto d'autore⁴² relative alla pubblicazione postuma

³⁹ Cass., 29 aprile 2006, n°10035, cit.; Cass., 10 maggio 2004, n°8850, in *De iure*

⁴⁰ La revoca della volontà del soggetto di essere cremato può risultare anche in modo implicito attraverso il recesso dall'associazione di cremazione, purché il soggetto che abbia un interesse contrario all'incenerimento delle spoglie mortali dimostri che lo scioglimento del vincolo associativo sia frutto della mutata volontà del *de cuius* (G. BONILINI, *Iscrizione a società di cremazione*, cit. p. 527).

⁴¹N. DI STASO, op. cit., p. 694, che richiama l'ipotesi in cui il notaio che ha rogato il testamento si trova in un luogo distante da quello di residenza del defunto, ovvero si sia in presenza di più testamenti che contengono disposizioni la cui incompatibilità appare dubbia ex art. 682 c.c.

⁴² L'art. 24 della l. 22 aprile 1941 n° 633, dispone "il diritto di pubblicare le opere inedite spetta agli eredi dell'autore o ai legatari delle opere stesse, salvo che l'autore non abbia espressamente vietato la pubblicazione o l'abbia affidata ad un terzo". Analoghe previsioni sono contenute nell'art. 93 che riguarda la pubblicazione postuma della corrispondenza, epistolari, memorie familiari e nell'art. 96 2° comma, in relazione ai diritti sul proprio ritratto. Significativo, al riguardo, è il caso deciso dalla giurisprudenza di merito (Trib. Milano 24 marzo 1955 in *Temi*, 1955, p. 388 con nota di A. AURICCHIO, *La Pubblicazione dell'opera postuma ed il mandato post mortem*) relativo alla pubblicazione del diario che Clara Petacci aveva affidato oralmente ad un'amica poco tempo prima della sua morte. Apertasi la successione, l'amica (mandataria) stipulò il contratto di edizione ed alienò i diritti di utilizzazione economica alla casa editrice. Convenuta in giudizio dagli eredi della Petacci che, in quanto titolari del diritto morale d'autore, ecceperono la sua mancanza di legittimazione a provvedere alla pubblicazione, l'incaricata si difese facendo leva sull'art. 24 l. dir. aut., che attribuisce all'autore il potere di affidare a terzi la pubblicazione dell'opera inedita. Tuttavia, mentre il Tribunale dichiarò che tale contratto era da ritenersi nullo perché privo della forma che l'ordinamento impone per gli atti di ultima volontà, l'A. rilevò



della corrispondenza, di epistolari e memorie familiari (art. 93)⁴³, ai diritti relativi al proprio ritratto (art. 96 2° comma) o alla pubblicazione dell'opera inedita che l'autore intenda affidare per il tempo successivo alla sua morte ad un terzo.

Sotto questo profilo, può essere utile rilevare innanzitutto che il potere di pubblicazione - di cui quello di inedito rappresenta l'aspetto negativo - si distingue dal diritto di utilizzazione economica dell'opera, poiché mentre quest'ultimo è connesso alla rilevanza dell'opera come bene immateriale, il primo attiene invece al profilo personale della tutela del diritto d'autore e si ricollega all'attività creativa del soggetto, che non si esaurisce nel solo diritto alla paternità e alla salvaguardia dell'integrità del risultato intellettuale, ma si manifesta anche come potere di decidere sulla diffusione o riproduzione dello stesso⁴⁴.

Cosicché, sebbene si tratti di aspetti tra loro collegati - nel senso che il diritto di pubblicazione non può non riflettersi su quello di utilizzazione economica, essendo a questo preliminare - i due diritti operano su un piano concettuale diverso e sono tra loro distinti⁴⁵. Il potere di decidere se divulgare o meno l'opera intellettuale trova la sua giustificazione immediata nell'aspetto più propriamente per-

che detto incarico, configurandosi come atto di esercizio personale del diritto di inedito da parte dell'autore, non avesse natura di atto di ultima volontà e, dunque che non vi era necessità che fosse contenuto in un testamento.

⁴³ La giurisprudenza ha infatti precisato che la pubblicazione *post mortem* di un epistolario avente carattere confidenziale - ossia della corrispondenza il cui autore ha confidato nel riserbo e nella discrezione del destinatario, indipendentemente dal tema affrontato o del sentimento manifestato dallo scrivente (Trib. Milano 9 settembre 2004, in *Foro it.* 2005, I, c. 249) - senza il consenso dei congiunti legittimati *ex lege*, costituisce violazione del diritto alla riservatezza e dà diritto alla tutela cautelare ed al risarcimento del danno che deve considerarsi in *re ipsa* (Trib. Bergamo 19 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2501).

⁴⁴ Da tempo, la dottrina, dopo aver messo evidenza come la rigida contrapposizione tra profilo personale e profilo patrimoniale della tutela del diritto d'autore nei termini in cui essa veniva delineata (A DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1961, II, p. 182 ss.) non era in grado di offrire alcun valido criterio ricostruttivo, ha dimostrato che il diverso quadro concettuale nel quale si collocano i poteri dati a tutela degli aspetti di natura personale - non devono intendersi ristretti alla sola paternità dell'opera - e quelli relativi all'utilizzazione economica del risultato creativo (D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporeali*, Milano, 1970, p. 151 ss).

⁴⁵ La giurisprudenza ha chiarito che i soggetti legittimati *ex art.* 24 l. dir. aut. possono opporsi alla pubblicazione non autorizzata di opere inedite anche se i relativi diritti di utilizzazione economica non possono essere esercitati per scadenza dei termini di durata di protezione, così chiaramente distinguendo tra diritto di pubblicazione e diritto di utilizzazione economica dell'opera (Trib. Ferrara 5 aprile 2000, in *Dir. aut.*, 2001, p. 483).

sonale della tutela⁴⁶; l'altro, invece, concerne le potenzialità economiche che l'opera dell'ingegno, in quanto bene, racchiude in sé e che dall'autore sono concretizzabili attraverso la sua commercializzazione. Ne segue che l'autore può affidare a terzi, anche mediante un contratto di mandato, il potere di decidere sulla convenienza ed eventualmente provvedere alla pubblicazione postuma dell'opera inedita, attribuendo invece ai soggetti istituiti eredi o eredi o legatari il diritto ad ottenere i proventi ricavabili dalla vendita del bene⁴⁷.

Particolarmente utile, inoltre, potrebbe rivelarsi il ricorso al mandato *post mortem* nel settore delle tecnologie informatiche e, in particolare, in ordine alle credenziali di accesso (*pin, password, username*) a risorse *online* o fisiche per conoscere il "profilo" creato su piattaforme di *social network, files* contenenti documenti riservati, corrispondenza personale, opere inedite, informazioni finanziarie, fotografie e così via. Credenziali, queste, che si differenziano dalla firma elettronica, in quanto sono prive di "associazione logica con altri dati"; ossia non posseggono quel legame sistematico con altri elementi che della firma elettronica costituisce elemento qualificante⁴⁸.

Per tale ragione, esse costituiscono, piuttosto, un metodo, contrattualmente definito, per l'identificazione telematica del soggetto che ha diritto all'accesso e che, a differenza della firma elettronica, in caso di trasmissione a terzi, non incontrano alcun ostacolo intrinseco alla loro natura⁴⁹. Infatti è necessario tener distinta la trasmissione delle credenziali in sé considerate dall'oggetto mediato delle stesse, ossia dal contenuto a cui, grazie ad esse, è possibile accedere, in quanto l'una non comporta, *ipso iure*, il diritto ad operare sui rapporti giuridici che trovano origine nei materiali che la risorsa custodisce, né incide sulle situazioni giuridiche che i terzi vantano sul contenuto della stessa.

⁴⁶P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 797, che sottolinea come il diritto morale d'autore sia personale e intrasmissibile a causa di morte, per cui "gli stretti congiunti" legittimati ad esercitare i poteri di cui all'art. 23 l. 1941/633, vengono in rilievo *iure proprio* e non quali successori. I predetti poteri, infatti, sono da loro acquisiti *ex lege*, indipendentemente dalla loro qualità di eredi e possono essere esercitati singolarmente.

⁴⁷ Trib. Roma 10 aprile 1998, in *Gius.*, 1998, p. 2780.

⁴⁸ L'art. 1 del Codice dell'amministrazione digitale (D lg5 marzo 2005 n° 2 modificato dal d lg 4 aprile 2006 n° 159) stabilisce infatti che la firma elettronica è data "dall'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi tramite associazione logica di altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica. M. CAMMARATA E. MACCARRONE, *Un messaggio e mail non è prova scritta, legittima all'indirizzo internet http://interlex.it*.

⁴⁹U. BECHINI, *Password, credenziali, e successione mortis causa*, in *Studi e materiali del Cons. Naz. Not.*, 2008, p.2





Si spiega così perché la normativa vigente esclude la liceità delle disposizioni *post mortem* dirette ad assicurare a terzi la conoscenza del *pin* o della *password* di accesso a dispositivi di firma elettronica, mentre non pone alcuna proibizione generale alla trasmissione delle proprie credenziali, fatti salvi il principio di autoresponsabilità in relazione alle attività che in tal modo si rendono possibili e l'esistenza di eventuali specifici divieti di fonte contrattuale.

Tale precisazione mette in luce, nondimeno, l'evidente peculiarità del fenomeno rispetto alle tradizionali forme espressive delle opere dell'ingegno, in quanto, in questi casi, il supporto del documento, a differenza di ciò che accade in ambito cartaceo, non ha un valore irrilevante, ma è dotato di una propria dimensione economica. Di qui la distinzione tra le disposizioni che hanno ad oggetto la risorsa fisica in quanto tale – si pensi, ad esempio, ad un computer il cui accesso è vincolato alla conoscenza di determinate credenziali – e quelle relative al suo contenuto, ben potendo il *de cuius* disporre in modo separato e con atti diversi dell'una e dell'altro, attribuendo a terzi il solo potere di utilizzare le credenziali, e dunque di accedere alla risorsa per eliminare in tutto o in parte ciò che è in essa contenuto⁵⁰. Sebbene occorre tener presente che le credenziali, per ragioni di sicurezza, sono soggette ad essere periodicamente modificate e che molti servizi *on line* sono localizzati all'estero, per cui le condizioni di utilizzo degli stessi sono disciplinate non dalla normativa italiana, ma dalle leggi dello Stato in cui si trova il *provider*⁵¹.

Conseguentemente, ove il *de cuius* intenda consentire solo a determinati soggetti, diversi dagli eredi o legatari, l'accesso ad una risorsa fisica o *on line* per il tempo in cui avrà cessato di vivere potrà far ricorso alla figura dell'esecutore testamentario o del mandatario, fornendogli analiticamente tutte le istruzioni sulle attività da svolgere⁵². Anche se, in questi casi, pare che sia proprio il *mandato post mortem* a rappresentare lo strumento che maggiormente tutela la volontà del *de cuius*. Ciò non solo per l'assenza di vincoli formali e per la sua maggio-

re snellezza operativa, quanto, piuttosto, per il fatto che l'eventuale inserimento delle credenziali in un atto di ultima volontà esporrebbe il testatore al rischio che le stesse possano essere utilizzate dall'erede più abile o più svelto a chiedere la pubblicazione del testamento, portando così ad una loro pubblicizzazione che potrebbe rivelarsi contraria ai desideri del testatore⁵³.

Diversamente, la pianificazione in via contrattuale delle predette vicende consente al *de cuius*, da un lato, di salvaguardare eventuali esigenze di riservatezza e sicurezza connesse alla trasmissione delle credenziali e alle operazioni che tramite esse si rendono possibili; dall'altro, di vedere attuata tempestivamente la sua volontà, visto che il mandatario, nel momento in cui si apre la successione, è già a conoscenza dell'attività da svolgere, e dunque non è soggetto ai ritardi (spesso dovuti alla difficoltà di trovare il testamento olografo o agli eventuali intralci causati da motivazioni burocratiche) che sono connessi alla pubblicazione del testamento.

Emerge in tal modo non solo la versatilità del mandato *post mortem* e la sua attitudine a porsi come valida ed efficace alternativa all'atto di ultima volontà, visto che lo stesso è sottratto ai requisiti di pubblicità ed ai vincoli di validità cui è soggetto il testamento, ma, altresì, la sua idoneità a neutralizzare o comunque diminuire il rischio di un eventuale uso illegittimo delle credenziali da parte dei soggetti a cui sono state svelate. Rischio che è attenuato sia dall'estrema cura con la quale il mandante può scegliere la controparte contrattuale, sia dai poteri di controllo che conserva sulla gestione delle credenziali, di guisa che, ove il mandatario abusi della loro conoscenza, il *dominus* può liberamente revocargli l'incarico – anche tramite la modifica delle credenziali ai sensi dell'art. 1724 c.c. – ed agire in via risarcitoria ex artt. 1710 e 1713 c.c. Mentre se l'illegittimo utilizzo delle stesse si verifica dopo la sua morte sono gli eredi che possono attivarsi immediatamente per lo scioglimento del vincolo contrattuale e per ottenere il risarcimento dei danni subiti

⁵⁰U. BECHINI, op. cit., p. 5

⁵¹ Non solo, ma pur là dove la successione del soggetto titolare delle credenziali si dovesse aprire in Italia e, compatibilmente con il sistema internazionalprivatistico della *lex fori*, si applicasse la normativa interna, è indubbio che vi potrebbero essere difficoltà e lungaggini giudiziali che potrebbero comprometterne l'utilità.

⁵² Viceversa, in assenza di espresse disposizioni, spetterà agli eredi ricevere la corrispondenza diretta al defunto e accedere a quella già ricevuta, nonché rendere pubblici eventuali contenuti intimi o riservati, secondo previsto in tema di documentazione cartacea dalle norme di cui agli artt. 34 let. C R.D. 18 aprile 1940 n°689 e art. 93 l.dir. aut.

⁵³ Basta pensare che in presenza di un testamento olografo o segreto, la pubblicazione richiede la redazione di un verbale notarile e la presenza di due testimoni ovvero del soggetto che, pur non essendo beneficiario di alcuna disposizione, avendo interesse, abbia chiesto l'apertura e la pubblicazione dell'atto di ultima volontà ai sensi degli artt. 620, 621 c.c.

5. L'ambito di operatività delle disposizioni sul prelievo dei propri organi e delle forme di inseminazione artificiale *post mortem*.

Un ulteriore ambito concernente gli atti di disposizione inscindibilmente connessi alla morte del soggetto è rappresentato dagli incarichi aventi ad oggetto il prelievo di tessuti o di organi a scopo terapeutico per il tempo in cui si sarà cessato di vivere, ovvero le forme di inseminazione artificiale *post mortem*⁵⁴. Aspetti, questi, che, sebbene trattati spesso nell'ambito delle disposizioni a causa di morte a contenuto non patrimoniale, sembrano però collocarsi in un contesto autonomo e distinto proprio per la natura etica e superindividuale degli interessi coinvolti⁵⁵.

Così, pure, su un piano diverso si pongono i profili problematici concernenti gli atti dispositivi del proprio corpo posti in essere dal soggetto durante la vita⁵⁶. Infatti, mentre questi ultimi sono atti *inter vivos* e trovano la loro regolamentazione nell'art.5 c.c.⁵⁷, le liberalità relative al prelievo di organi e tessuti *post mortem* sono negozi in cui il decesso del soggetto rappresenta la causa efficiente della disposizione, dal momento che l'utilità della stessa si manifesta esclusivamente dopo il verificar-

si di siffatto evento. Proprio per questo essi sono disciplinati da un'apposita normativa, la quale, da un lato, predetermina i tessuti e gli organi che non possono formare oggetto di espianto⁵⁸ e stabilisce i limiti entro i quali il prelievo è ammesso; dall'altro prevede che tale intervento è lecito solo se è espressamente autorizzato in vita⁵⁹, oppure là dove il soggetto abbia omesso di rispondere alla richiesta, a lui specificamente indirizzata dagli organi competenti, volta ad ottenere il suo assenso in ordine a siffatte liberalità⁶⁰.

Il legislatore ha così creato un procedimento in virtù del quale la persona viene considerata "donatore"⁶¹ anche nel caso in cui, avendo ricevuto la predetta richiesta ed essendo stata informata che la mancata dichiarazione di volontà equivale ad assenso, non abbia risposto e non abbia manifestato una

⁵⁴ L'inseminazione artificiale difficilmente può essere equiparata al trapianto di organi. Si tratta infatti di due fenomeni che si pongono su piani del tutto distinti, poiché la prima tecnica è priva del carattere terapeutico che costituisce, invece, la finalità e la ratio della seconda (R. ROMBOLI, *Delle persone fisiche*, in *Commentario al codice civile*. Scialoja Branca, (artt. 1-10), Bologna Roma, 1988, p. 361 ss).

⁵⁵La dottrina (P. PERLINGIERI, M. URCIOLI, op. cit., p 476) ha evidenziato come l'estrema varietà di accordi a contenuto non patrimoniale impedisca di cogliere "significativi momenti di omogeneità", di guisa, una volta individuato il contenuto della disposizione, sembra preferibile sottolinearne le peculiarità e le caratteristiche per poi ricercare la normativa più adeguata e maggiormente compatibile con i valori in gioco, pena il rischio di "avvicinare promiscuamente atti che sono e devono rimanere distinti, nonostante il loro comune contenuto non economico".

⁵⁶ Neppure il prelievo di gameti maschili e femminili può essere equiparato agli atti dispositivi del proprio corpo, idoneo a cagionare "una diminuzione permanente dell'integrità fisica", in quanto se così fosse dovrebbero considerarsi illecite tutte le forme di procreazione assistita, che richiedono necessariamente il prelievo di materiale genetico (P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Napoli, 1989, p. 67).

⁵⁷ La Relazione ministeriale, n. 26, individua nell'art. 5 c.c. una norma idonea a tutelare una imprescindibile esigenza di carattere morale e sociale, in perfetta aderenza col sentimento pubblico che, mentre vede con simpatia gli atti di disposizione che senza menomazione della integrità personale giovano ad altri, resta invece turbato di fronte ad atti che diminuiscono la capacità fisica del soggetto. Sul tema vedi, S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, p. 83 che evidenzia gli intenti altamente umanitari che, grazie ai continui progressi della chirurgia, sono resi possibili dai trapianti di organi.

⁵⁸ L'art. 3 della legge 1 aprile 1999 n° 91, da un lato, stabilisce che possono essere prelevati tutti gli organi ad eccezione dell'encefalo e delle gonadi; dall'altro, vieta espressamente la manipolazione genetica degli embrioni anche al solo fine di trapianto di organo: COPPOLA, *Le disposizioni concernenti gli organi*, in *Tratt. dir. success.* (dir. da Bonilini) II, *La successione testamentaria*, cit., p. 1010 ss.

⁵⁹ Nel caso di minori l'art. 4 III° comma l. 91 del 1999 stabilisce che la dichiarazione di volontà in ordine alla donazione è affidata ad entrambi i genitori i quali, così come è avvenuto nel noto caso del bambino Nicolas Green, ucciso dai banditi sulle strade della Calabria, possono prestare il consenso all'espanto degli organi del figlio anche nell'immediatezza del fatto legittimante il prelievo.

⁶⁰ In particolare, il legislatore del '91 ha previsto che "i cittadini sono tenuti a dichiarare la propria libera volontà in ordine alla donazione di organi e tessuti del proprio corpo successivamente alla morte, e sono informati che la mancata dichiarazione di volontà è considerata quale assenso alla donazione" (art. 4 n°1). Inoltre, sempre l'art. 4 n° 4, prevede "il prelievo di organi e tessuti successivamente alla dichiarazione di morte è consentito: [...] qualora dai dati inseriti nel sistema informativo risulti che il soggetto sia stato informato [...] e non abbia espresso alcuna volontà" (lett. b), salvo che il soggetto di cui sia stata accertata la morte non abbia presentato "una dichiarazione autografa di volontà contraria al prelievo" (art. 4 n°5).

⁶¹ Nonostante nel linguaggio giuridico la predetta operazione venga definita come "donazione", deve precisarsi che tale qualificazione è tecnicamente impropria, visto che l'atto di disposizione è unilaterale e revocabile, ha un contenuto non patrimoniale ed ha per oggetto una *res extra commercium* di alto valore esistenziale non suscettibile di valutazione economica (N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano 1998; G. FERRANDO, *Il principio di gratuità, biotecnologia e «atti di disposizione del corpo»*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 761 ss.; A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 205 ss.; CICORIA, *Profili del dono nel diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 279 ss). Pertanto i termini "donatore" e "ricevente", spesso utilizzati per designare rispettivamente chi cede l'organo e chi se ne giova, possono essere sì utilizzati, ma con la consapevolezza del loro valore non tecnico, ma meramente convenzionale e stipulativo (A. LA TORRE, *Alterità e diritto: il confine fra cittadini e stranieri*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p.339 ss).





contraria volontà tramite dichiarazione autografa⁶². Il che significa peraltro che il c.d. silenzio assenso informato non esclude il dovere del medico di comunicare alla cerchia dei familiari che può esibire la predetta documentazione ostativa all'espianto degli organi l'intento manifestato in vita dal soggetto. Familiari che non sempre sono facilmente individuabili e le cui istanze in ordine alla produzione di siffatta documentazione devono comunque essere temperate con il dovere del medico di non pregiudicare le *chances* di vita di coloro che sono in attesa di ricevere gli organi⁶³.

La sufficienza del predetto atto omissivo si fonda, invero, proprio sull'esigenza di temperare l'interesse ad un maggior benessere dell'umanità e alla salvaguardia della salute con il potere del soggetto di autodeterminarsi in ordine agli atti dispositivi del proprio corpo⁶⁴. Di qui il descritto meccanismo procedimentale teso a mediare tra le due menzionate istanze di tutela e l'idea che detti atti, essendo ispirati dal principio di solidarietà, alla cui stregua soltanto si comprende l'attenuazione della necessità di una esplicita manifestazione di volontà

del soggetto⁶⁵, si inseriscano in un contesto autonomo nell'ambito degli atti *post mortem* a contenuto non patrimoniale⁶⁶.

Allo stesso modo, sembrano discostarsi dalle tematiche strettamente connesse agli incarichi oggetto di un possibile mandato *post mortem* le vicende attinenti alle forme di fecondazione assistita poste in essere dopo la morte del partner⁶⁷. Esse, sebbene attualmente debbano considerarsi vietate là dove riguardino il prelievo del seme dal cadavere dell'uomo o l'inseminazione artificiale della donna con seme crioconservato prelevato dal partner prima del decesso, suscitano, per contro, qualche dubbio in ordine allo loro illiceità nell'ipotesi in cui si tratti di impiantare nel corpo della donna l'embrione formatosi quando entrambi i componenti la coppia erano ancora in vita⁶⁸.

⁶²D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 516 – 518 che, nell'evidenziare le peculiari tecniche attributive in ordine agli atti di disposizione del corpo per il tempo successivo alla propria morte, chiarisce come siano le finalità solidaristiche che creano figure di liberalità che si traducono poi necessariamente in modelli normativi di attuazione del tutto autonomi, definibili in termini di destinazioni solidaristiche. Espressione, questa, che sostituisce quella di donazione o liberalità solidale e che individua un sistema (quello solidaristico, appunto), governato inescandibilmente e intrinsecamente permeato dalla logica della gratuità, la quale, in quanto “costituisce espressione di una libera scelta o destinazione spontanea”, rappresenta l'unica - e la sola pensabile - condizione per accedere al predetto sistema, ossia l'esclusivo strumento attraverso il quale il soggetto può perseguire il fine (solidaristico) prefiguratosi. L'A, sottolinea (*Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1995, pp. 224-225.) infatti come gli atti di disposizione del proprio corpo, coinvolgendo momenti essenziali della vita di un individuo, quali la salute, le condizioni di vita e la stessa identità personale, formino sistemi di circolazione strutturalmente e funzionalmente del tutto autonomi conformati dal valore di solidarietà.

⁶³M. PAPPALARDO, F. MARTINELLI, *Sull'assenso alla donazione post mortem di organi e tessuti*, in *Riv. giu. san.* 2003, n° 227, p.279 che evidenziano come l'identificazione dei soggetti legittimati a presentare l'eventuale documentazione contraria all'espianto degli organi si presenti particolarmente ardua nel caso di persone sole o delle quali si ignori se vi siano e dove essi siano, così come può accadere in presenza di cittadini stranieri adulti.

⁶⁴ Si era infatti osservato come sotto la vigenza della vecchia normativa (l. 2 aprile 1968 n°519), ai fini della donazione di organi, era ritenuta sufficiente, seppur con diversi limiti e sulla base di differenti presupposti, l'assenza di una esplicita volontà contraria del soggetto al prelievo, ritenendosi il cadavere oggetto di una “parziale nazionalizzazione” (F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Padova, 1977, p. 342).

⁶⁵ Si è rilevato (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 318 ss.) che è proprio in virtù del principio di solidarietà che si può superare la necessità del consenso nelle ipotesi in cui il prelievo degli organi su un soggetto con encefalogramma piatto contribuisca a salvare la vita di un altro essere umano. Interesse, quest'ultimo, che può portare a superare anche le esigenze che si ricollegano al sentimento di pietà per i defunti e al diritto del soggetto a disporre del proprio cadavere.

⁶⁶D. MESSINETTI, *Persona e destinazioni solidaristiche*, cit., p. 513, che osserva come il principio di solidarietà, costituendo finalità e ratio della normativa citata nel testo, dia luogo ad un fenomeno distinto rispetto a quello inquadrabile nell'ambito delle disposizioni a carattere non patrimoniale di cui all'art. 587 II comma c.c. Esso, infatti, presenta dei caratteri che non solo sono estranei a quelli propri del formalismo testamentario, ma che neppure si pongono come un'espressa eccezione al principio di tipicità della forma che governa gli atti *mortis causa*, in quanto, proprio perché ispirato da una motivazione solidaristica, individua un ambito normativo autosufficiente che interferisce con fenomeni che implicano interessi superindividuali e, dunque, che sono del tutto diversi da quelli tipicamente personali che si esprimono nelle comuni liberalità.

⁶⁷ Sulle tecniche di procreazione assistita e sul diverso campo occupato dell'istituto dell'adozione, vedi A. GORASSINI, voce *Procreazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* XXXVI, Milano 1987, p. 944 ss., che sottolinea come il campo specifico della procreazione riguardi la moltiplicazione della specie umana e si estenda fino al punto in cui cessa ogni relazione organica tra nato e genitore. Di qui la differenza con l'adozione dove il predetto rapporto è sostituito con un atto di scelta volontario che “crea” un nuovo vincolo giuridico (F. D. BUSNELLI, *Procreazione artificiale e filiazione adottiva*, in *Fam.* 2003, p. 35 ss).

⁶⁸ Nonostante la promulgazione della legge n°40 del 2004 sulla fecondazione medicalmente assistita, il dibattito sull'eventuale inseminazione *post mortem* è ancora acceso, tant'è vero che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 II° comma della legge nella parte in cui impone “il divieto di crioconservazione degli embrioni soprannumerari, la creazione di un numero massimo di tre embrioni, nonché la necessità dell'unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre” (Corte Cost. 8 maggio 2009 n° 151, in *Foro it.*, 2009, 9, I, 2301; F. D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.* 2011, p.43 ss; G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giu-*

In realtà, se nei primi due casi l'inseminazione è espressamente preclusa dalla normativa sulla procreazione medicalmente assistita, che consente l'accesso a tale tipo di fecondazione alle sole coppie composte da soggetti "entrambi viventi", in modo da evitare al minore gli eventuali pregiudizi che potrebbero derivargli dall'assenza della figura paterna⁶⁹, più complessa è la soluzione nella terza ipotesi⁷⁰. Questo perché il legislatore ha non solo ommesso di precisare fino a quale momento del procedimento fecondativo è richiesta la presenza di entrambi i genitori, ma ha dettato altresì una normativa che appare chiaramente ispirata dall'esigenza di tutelare prioritariamente il diritto alla vita dell'embrione⁷¹.

risprudenziale della legge sulla procreazione assistita, in *Fam dir.*, 2011, p. 517).

⁶⁹ Tra coloro che riconoscono al bambino il diritto ad avere entrambi i genitori vedi F. MANTOVANI, *La fecondazione assistita tra il diritto alla vita e il diritto ai due genitori*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 416 ss; R. ROMBOLI, op. cit. p. 286; T. AULETTA, *Fecondazione artificiale: problemi e prospettive*, in *Quadrimestre* 1986, p. 66 ss; P. STANZIONE, *Procreazione assistita e categorie civilistiche*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 865, che fa leva sul diritto costituzionalmente garantito del minore a crescere in una famiglia stabile che presenti una doppia figura genitoriale. Diversamente, altri autori hanno ritenuto che le norme costituzionali (artt. 2, 29, 30 e 31) - le quali sanciscono il diritto dei singoli a costituire una famiglia e attribuiscono ai figli il diritto di essere educati, mantenuti e istruiti, e dunque implicitamente riconoscono il diritto alla procreazione, quale naturale e indispensabile presupposto per la costituzione della famiglia - non possono riferirsi a coloro che devono essere ancora concepiti, poiché per questi ultimi la scelta si pone esclusivamente fra nascita e non nascita (P. PERLINGIERI, *L'inseminazione artificiale, tra principi costituzionali e riforme legislative*, ivi, p. 145 ss; S. RODOTÀ, *Diritti della persona, strumenti di controllo sociale, e nuove tecnologie riproduttive*, in *La procreazione artificiale tra etica e diritto* (a cura di G. Ferrando), Padova, 1989, p. 138; C.M. BIANCA, *Nuove tecniche genetiche, regole giuridiche, e tutela dell'essere umano*, in *Giur. merito*, 1987, p. 964; G. FERRANDO, *Quale disciplina per la procreazione artificiale?* in *Dir. fam.* 1987, p. 1143 ss; P. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 86).

⁷⁰ Si è osservato (L. D'AVACK, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.* XII, Milano, 2008, p. 216) che, nel silenzio del legislatore circa il momento in cui i genitori devono essere in vita, la soluzione elaborata dalla prevalente dottrina sia quella di ritenere che le pratiche di fecondazione assistita devono interrompersi qualora uno dei partner venga a mancare prima che l'embrione si sia formato, mentre possono continuare, con il consenso della donna, dopo la formazione dell'embrione, poiché in questo caso, sussistendo concrete possibilità che si giunga alla nascita di una persona, si è in presenza di una situazione affatto diversa da quella che ha indotto il legislatore a proibire al singolo l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale.

⁷¹P. PERLINGIERI, *La persona e suoi diritti*, Napoli, 2005 p. 68 ss; M. SESTA, *Dalla libertà ai divieti: quale futuro per la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Corr. giur.* 2004, p. 1405; M. DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito*, in *Fam dir.*, 1999, p. 4; M.

Nonostante l'eccezionalità dell'ipotesi prefigurata, visti i tempi ristretti che possono intercorrere tra la formazione dell'embrione e il suo trasferimento nell'utero, ex art. 14.l. 40/2004, è di tutta evidenza il conflitto che in tali casi si genera tra le ragioni che vietano di avviare pratiche di procreazione nei riguardi di donna vedova, utilizzando il materiale genetico del partner prelevato dal cadavere o crioconservato, e il diritto alla vita che molti riconoscono in capo all'embrione già formato⁷². Contrasto che implica rilevantissime questioni etiche e morali e che pare essere stato risolto dal legislatore del 2004 in favore della tutela dell'embrione e del diritto alla salute della donna. Tale normativa, infatti, non solo sancisce il divieto di soppressione degli embrioni, ma stabilisce altresì che, dopo la fecondazione dell'ovulo, anche un'eventuale revoca del

R.MARELLA, voce *Adozione*, in *Dig. civ. agg. I*, Torino, 2000, p. 12; A. NATALE, *I diritti del soggetto procreato post morte*, in *Fam., pers. succ.* 2009, p. 523; G. BISCONTINI, L. RUGGIERI, *La tutela dell'embrione*, Napoli, 2002, ed ivi un'ampia discussione sul tema.

⁷² Prima dell'emanazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita, la proposta della Commissione ministeriale del 1996 prevedeva che in caso di premorienza del marito la vedova potesse ricevere l'embrione per trasferimento entro un anno dalla morte e che il figlio acquistasse lo status di figlio legittimo. Ciò sulla base di quanto si era affermato in dottrina (M. COMPORZI, *Ingegneria generica e diritto: profili costituzionalistici e civilistici*, I, Milano, 1985, p. 340; L. LENTI, *La procreazione artificiale. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Padova, 1993, p. 227), che aveva riconosciuto alla vedova la possibilità di disporre dei gameti del marito premorto, già depositati e crioconservati, e il diritto di chiedere il prelievo degli stessi dal cadavere là dove il *de cuius* avesse manifestato, per iscritto, siffatta volontà. In passato, infatti, le tecniche ora proibite erano diffusamente praticate e trovavano soluzioni condivise anche sui problemi concernenti lo status del soggetto nato da fecondazione artificiale, che veniva considerato come figlio legittimo o naturale (P. RESCIGNO, *Note in margine alla legge sulla procreazione assistita*, in AA. VV. *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005, p. 38; G. OPPO, *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 105). Anche la giurisprudenza di merito (Trib. Palermo 29 dicembre 1998, in *Fam. dir.* 1999, p. 2 e p. 384 con nota di G. CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nella inseminazione artificiale post mortem*) aveva affermato la legittimità della prosecuzione nei tentativi di inseminazione artificiale da parte della donna con seme del marito defunto, iniziati, con esito negativo, prima della morte del coniuge. F. BUSNELLI, *Procreazione artificiale: la giurisprudenza in trincea*, in *La tutela dell'embrione* (a cura di G. Biscontini, L. Ruggieri), cit. p. 110, che sottolinea come il Tribunale di Palermo sia giunto alla suddetta conclusione attraverso l'applicazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 32 che sanciscono il diritto alla vita del concepito e il fondamentale diritto del genitore superstite a non vedere interrompere, almeno senza il suo giustificato consenso, "il processo vitale innescato anche con l'apporto dei propri gameti". In senso critico verso questa soluzione vedi L. NIVARRA, *Fecondazione artificiale: un caso recente e un'opinione dissenziente (ma non solo sul metodo)*, in *Foro it.* 1999, I, 1656.



partener ancora in vita rimane priva di effetti, potendo il procedimento procreativo interrompersi soltanto per volontà della donna⁷³. Il che dimostra ancor più il rilievo superindividuale e la natura costituzionale degli interessi coinvolti, e dunque l'autonomo ambito operativo che tali vicende occupano rispetto agli incarichi *mortis causa* sopra descritti, che, come si è detto, tendono invece a salvaguardare le personali esigenze immateriali dell'ereditando.

⁷³MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, p. 148; A. NATALE, op. cit. p. 529, che fanno leva sull'art. 6 della legge per sottolineare come da essa sia possibile trarre il principio secondo il quale il venir meno della volontà del partener maschile della coppia, dopo la fecondazione dell'ovulo, sarebbe priva di effetti, proprio perché in questo momento ciò che assume rilievo assorbente è la tutela dell'embrione ex art. 1. Tant'è vero che anche la morte del coniuge o del compagno, intervenuta dopo la formazione dell'embrione, deve ritenersi irrilevante.

LA CD. NOVITA' DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE*

Di Simona Caporusso

| 150

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Competenza per materia. – 3. Spunti in tema di connessione. – 4. Competenza per territorio. – 5. Rilievi conclusivi.

1. Rilievi introduttivi.

Prima di approntare la (discutibile) riforma dell'appello civile, il legislatore delle liberalizzazioni, con instancabile solerzia, ha istituito il «Tribunale delle imprese»¹: una denominazione altisonante per una novità che tale non è. Se infatti, di primo acchito, verrebbe da scomodare il richiamo agli antichi tribunali di commercio, dopo una prima lettura della novella l'innovazione va decisamente ridimensionata: e, *melius re perpensa*, deve parlarsi di una ben più modesta operazione di *restayling* degli uffici giudiziari esistenti. Quindi, senza voler anticipare le conclusioni, una modifica tutto sommato di marginale rilievo, la cui entrata in vigore è prevista, per i giudizi istaurati dopo il centottantesimo giorno di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (cd. «Cresci Italia»), il 22 settembre 2012.

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ In dottrina v. G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 335 ss.; F. SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in www.judicium.it; A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, p. 601 ss.

Come appena accennato, non si tratta di una novità in senso assoluto, atteso che nel sistema giudiziario erano già presenti, presso alcune sedi di tribunali e di Corti d'appello, delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale (art. 3 d. lgs. 27 giugno 2003, n. 168), quanto, piuttosto, di un potenziamento dell'esperienza pregressa². Difatti, dopo due lustri, l'art. 3 d. lgs. 168/2003 viene sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.l. 1/2012, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27³, che, introducendo le sezioni specializzate in materia d'impresa, ha (sensibilmente) ampliato la competenza per materia di quelle già esistenti.

Orbene, nelle intenzioni del riformatore questo Tribunale dovrebbe servire a concentrare la trattazione delle controversie nelle quali sono coinvolte le imprese dinanzi ad un numero ridotto di uffici giudiziari, riducendo così, nel contempo, i tempi di definizione delle stesse. Sarà, però, la prassi diuturna a certificare se gli obiettivi di questa riforma – decongestionamento dei ruoli, accelerazione dei

² Come risulta dalla stessa Relazione di accompagnamento al d.l. 1/2012, il legislatore ha «ritenuto utile valorizzare la positiva esperienza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale».

³ Pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 71 del 24 marzo 2012, *Suppl. Ordinario* n. 53.



tempi di definizione delle singole cause e maggiore competitività delle imprese sul mercato, sì da incentivare l'ingresso degli investitori stranieri⁴ – verranno effettivamente centrati. Anche solo in parte. Per il momento, anziché addentrarsi nell'illustrazione di *rationes* (peraltro controverse)⁵, torna più utile passare in rassegna gli elementi di novità, iniziando dalla disamina delle nuove regole di competenza per materia.

2. Competenza per materia.

A seguito dell'intervento legislativo, le sezioni specializzate saranno competenti a conoscere (anche) le controversie in materia societaria, quelle aventi ad oggetto contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria (cd. contratti sopra soglia)⁶.

Più nel dettaglio, l'art. 3, comma 1, d. lgs. 168/2003, come novellato dall'art. 2, comma 1, lett. d), d.l. 1/2012, sancisce la competenza delle sezioni specializzate in caso di:

- a) controversie *ex art.* 134 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale), e successive modificazioni, ovvero per tutti i procedimenti in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale;
- b) controversie in materia di diritti d'autore;
- c) controversie *ex art.* 33, comma 2, l. 10 ottobre 1990, n. 287, vale a dire per le azioni di nullità e di risarcimento del danno per violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato e per i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge 287/1990;

⁴ Obiettivi che si leggono nella Relazione di accompagnamento al d.l. 1/2012.

⁵ Sulle quali v. *amplius* G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 340 s.

⁶ Come fa notare G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 337 s., il testo originario del d.l. attribuiva alle sezioni specializzate anche la competenza in materia di azione di classe di cui all'art. 140-*bis* c. cons. In sede di conversione, siffatto riferimento è stato però espunto. Sembra verosimile ritenere che la ragione vada ravvisata nella circostanza che «non vi era ragione per sottrarre tali controversie, dall'oggetto quanto mai eterogeneo, alle sezioni ordinarie dei tribunali aventi sede nei capoluoghi di regione indicati dal 4° comma del citato art. 140-*bis*» (così *Id.*, *op. loc. cit.*). Di talché, le azioni di classe devono essere proposte dinanzi al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino Alto Adige e il Friuli Venezia Giulia quello di Venezia, per le Marche, l'Umbria e l'Abruzzo è competente quello di Roma e per la Basilicata e la Calabria quello di Napoli.

d) controversie relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea⁷.

Inoltre, secondo l'art. 3, comma 2, alle sezioni specializzate è attribuita la competenza anche per un cospicuo numero di cause in materia che potrebbe definirsi societaria⁸ – con esclusione, peraltro, di tutto il comparto relativo ai rapporti commerciali, finanziari e bancari tra imprese⁹ – a condizione che le cause e i procedimenti involgano determinate *species* di società, quali: le società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata, cooperative e mutue assicuratrici, nonché le società per azioni europee (reg. CE dell'8 ottobre 2001, n. 2157), le società cooperative europee (reg. CE del 22 luglio 2003, n. 1435), le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero ed infine quelle società che, pur se non espressamente menzionate, rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento¹⁰.

Quest'ultima previsione – estensione della competenza per materia delle sezioni specializzate alle società di persone solo ove controllanti o controllate rispetto a società di capitali o cooperative – esemplifica, sia detto di passata, un'ipotesi sicuramente destinata ad alimentare numerosi contrasti giurisprudenziali. Le nozioni di «direzione e coordina-

⁷ Risulta così evidente un sensibile ampliamento di quella competenza prima, viceversa, circoscritta alle controversie in materia di marchi nazionali, internazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto d'autore, nonché quelle aventi ad oggetto fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale e intellettuale e alle controversie di cui all'art. 134 del codice della proprietà industriale (d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

⁸ L'uso del condizionale dipende dal fatto che la competenza per le cause *de quibus* riguarda soltanto determinati tipi di società, rimanendo escluse le società sprovviste di personalità giuridica, salvo il caso che queste esercitino o siano sottoposte a direzione e coordinamento rispetto alle società di capitali. In argomento v. G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 336, il quale correttamente discorre di «rapporti lato sensu societari».

⁹ Cfr. A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile*, cit., p. 603.

¹⁰ Mette conto sottolineare che la versione originaria del d. l. 1/2012 limitava la cognizione delle sezioni specializzate alle sole controversie relative alle società per azioni, in accomandita per azioni e a quelle, anche se costituite in forma diversa, appartenenti al gruppo di cui le prime fanno parte. La *ratio* di tale limitazione, che finiva inevitabilmente con il favorire soltanto le imprese di medio-grande dimensione, veniva spiegata nella Relazione di accompagnamento al d.l. 1/2012, con l'esigenza di «evitare interventi sulle piante organiche degli uffici giudiziari (derivanti dalla concentrazione di talune tipologie di cause presso alcuni uffici)». Senonché, in sede di conversione il legislatore ha ritenuto preferibile estendere la cognizione delle neo istituite sezioni specializzate in materia d'impresa a tutte le società di capitali. In argomento v. F. SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., p. 5 nota 10.

mento» si riannodano nella trama degli artt. 2359 e 2497-*sexies* c.c. a criteri fattuali e presuntivi, sui quali infatti è vivace il contrasto interpretativo¹¹. Di talché, transitando la questione sul piano processuale, è prevedibile che in alcuni casi possa divenire incerta la definizione della competenza delle sezioni specializzate.

| 152

In ogni caso, chiarito l'ambito di applicazione soggettiva, occorre adesso concentrare l'attenzione sul dettaglio delle controversie rimesse alla competenza delle sezioni specializzate.

Il catalogo, piuttosto lungo ed articolato, si dipana tra cause e procedimenti che ineriscono:

- a) ai rapporti societari in generale, compresi quelli volti all'accertamento, alla costituzione, alla modificazione o all'estinzione di un rapporto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro i componenti degli organi amministrativi o di controllo, il liquidatore, il direttore generale ovvero il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da propri inadempimenti o fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi danneggiati, le opposizioni di cui agli artt. 2445, comma 3, 2482, comma 2, 2447-*quater*, comma 2, 2487-*ter*, comma 2, 2503, comma 2, 2503-*bis*, comma 1, e 2506-*ter* c.c.
- b) al trasferimento di partecipazioni sociali o ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- c) ai patti parasociali, anche se diversi da quelli regolati dall'art. 2341-*bis* c.c.;
- d) alle azioni di responsabilità promosse dai creditori delle società controllate promosse avverso le società che le controllano;
- e) ai rapporti regolati dall'art. 2359, comma 1, n. 3), c.c., ossia i rapporti tra società controllante e società controllata; dall'art. 2497-*septies* c.c., relativo alla responsabilità di società od enti, che esercitano attività di direzione e coordinamento di altre società, nei confronti dei soci o dei creditori sociali; e dall'art. 2545-*septies* c.c., inerente il contratto di direzione e coordinamento di un gruppo cooperativo paritetico;
- f) ai contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società prima menzionate, ovvero quando una delle società medesime partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, a condizione

che sussista la giurisdizione del giudice ordinario.

Peraltro, l'espressione «cause e procedimenti» di cui il legislatore delle liberalizzazioni ha fatto uso, non costituendo un'endiadi, consente all'interprete di formulare un'ulteriore notazione: quella di poter concludere nel senso che la modifica investe anche la materia della volontaria giurisdizione, ovviamente sia unilaterale che plurilaterale¹².

3. Spunti in tema di connessione.

L'istituzione del Tribunale delle imprese, come purtroppo ormai molto spesso accade, è avvenuta senza abbozzare il minimo tentativo di coordinamento con altre regole, settoriali e non, del processo civile. Sicché, è rimesso al lavoro esegetico dell'interprete (cercare di) combinare il vecchio col nuovo, muovendo da quella, per la verità fin troppo stringata, disposizione che si legge nell'art. 3, comma 3, d. l. 1/2012, che attribuisce alle sezioni specializzate la competenza anche «per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2».

Letto per quello che dice, il comma 3 si limita in realtà ad esprimere un evidente *favor* per la realizzazione del *simultaneus processus*, statuendo la competenza del Tribunale delle imprese per *tutte* le fattispecie di connessione idonee a derogare alle ordinarie regole di competenza *ex* artt. 31-36 c.p.c., norme, come viene unanimemente sostenuto, funzionali proprio all'attuazione della trattazione e della decisione congiunta di più controversie¹³. Il che, già *prima facie*, sta a significare che alle sezioni specializzate non competono, viceversa, i casi nei quali si profila una connessione *cd. impropria*¹⁴ o meramente soggettiva (artt. 103, comma 1, e 104 c.p.c.), trattandosi di situazioni nelle quali, per un verso, il cumulo costituisce null'altro che una mera *opzione* e, per l'altro, non è ammessa deroga ai criteri di competenza per materia¹⁵. In ogni caso, come la più attenta dottrina ha cura di chiarire, la deroga ai casi di competenza *cd. forte* (per materia, per valore e per territorio inderogabile) è da intendere co-

¹² Per una elencazione esemplificativa v. F. SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., p. 14; A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile*, cit., p. 604.

¹³ Per tutti A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁵, rist., Napoli, 2012, p. 324 s.

¹⁴ In senso dubitativo v. A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile*, cit., p. 604, per il quale le ipotesi di connessione *cd. impropria* (per identità delle questioni di fatto o di diritto da risolvere) potrebbero essere attratte nella sfera applicativa dell'art. 3, comma 3, d. l. 1/2012.

¹⁵ V., per un'ampia trattazione del problema, F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*⁶, Milano, 2011, I, p. 307 s.

¹¹ V., per tutti, da ultimo, G. ROSSI, *La metamorfosi della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 1 ss.



munque soggetta ai limiti temporali sanciti dai principi generali, non potendosi perciò realizzare (*ex post*) il *simultaneus processus* tutte le volte che la causa per prima proposta sia già in uno stato d'istruttoria avanzato e quindi non consenta una trattazione completa ed esauriente della causa ad essa riunita (art. 40, comma 2, c.p.c.)¹⁶.

Residua, semmai, il dubbio di quando dovrà farsi valere l'incompetenza per materia. Per quanto, come già in una prima lettura si è messo in risalto, l'interpretazione più plausibile è che il convenuto la potrà eccepire con la sola comparsa di risposta tempestivamente depositata, mentre il giudice non la potrà rilevare officiosamente oltre la prima udienza (art. 38, comma 1, c.p.c.)¹⁷. Poi, il fatto che la questione d'incompetenza venga decisa, s'intende dalla sezione ordinaria o specializzata presso la quale la causa pende, con ordinanza o con sentenza (art. 279 c.p.c.) e che il relativo *decisum* possa essere contestato con regolamento di competenza su istanza di parte – necessario o facoltativo a seconda dei casi –, oppure determinare un conflitto negativo di competenza, dirimibile con il regolamento d'ufficio *ex art.* 45 c.p.c., dipende da una normale applicazione delle regole proprie del rito ordinario di cognizione¹⁸.

Peraltro, la dottrina ha già provveduto a rilevare che la connessione di cui al comma 3, per un verso dovrebbe essere «a senso unico», donde una *potiorietà* della competenza riservata alle sezioni specializzate; per l'altro, sarebbe pure atta a derogare «anche ai criteri di competenza per materia e territorio inderogabile»¹⁹. Casi nei quali, peraltro, non rientra, ad esempio, il cd. foro esclusivo del consumatore, per l'ovvia ragione che la controversia qui riguarda un'impresa ed una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta. Sicché, non v'è chi non lo veda, già difetta il presupposto per l'operare della competenza delle sezioni specializzate.

Tutto risolto quindi? Sotto molti aspetti senz'altro. Permangono, però, alcuni dubbi di non marginale rilievo. Per esempio, nei casi – di cui sono ricchi i repertori – in cui un consumatore, residente in un luogo diverso dal capoluogo di regione nel quale ha sede il Tribunale delle imprese, volesse

intervenire adesivamente in una causa già pendente tra due o più imprese²⁰, quale foro dovrebbe considerarsi “esclusivo”? Si pensi all'ipotesi dell'intesa denunciata da un'impresa terza che adduca di essere stata danneggiata dal cartello posto in essere da altri imprenditori dominanti sul mercato, con il consumatore interessato ad intervenire per la declaratoria di nullità o di risarcimento danni riguardo al proprio contratto a valle stipulato in esecuzione di questa intesa²¹.

Qui il problema potrebbe essere superato considerando la fattispecie descritta come includibile nei casi di connessione cd. impropria e quindi espunta dalla *vis attractiva* dell'art. 3, comma, 3, d. l. 1/2012. E lo stesso, ovviamente, varrebbe ove l'intervento adesivo fosse proposto da un'associazione dei consumatori. Viceversa, ritenendo preferibile una diversa opzione interpretativa, si finirebbe con l'ammettere che il legislatore delle liberalizzazioni abbia abrogato tacitamente le disposizioni consumeristiche, pretermettendo così quell'art. 1469-*bis* c.c., che formalizza la regola – di carattere generale – del maggior *favor* per il consumatore.

Senonché – ed è un profilo certamente non secondario – la controindicazione che si para dinanzi all'interpretazione dell'impossibilità di accantonare la previsione sull'inderogabilità, seppur unilaterale, del foro esclusivo del consumatore è quella di un eventuale foro *shopping*, nel senso che una delle imprese coinvolte potrebbe farsi scudo di un consumatore per spostare artatamente la competenza. Il che, se da un lato dimostra che il problema di cui qui si è dato conto non è catalogabile tra i casi sporadici, dall'altro attesta che difficilmente lo si può risolvere in via interpretativa, giacché ogni tesi ha il difetto di essere inficiata da una corposa controindicazione. E, notoriamente, quando un'interpretazione adeguatrice fallisce, v'è spazio solo per un intervento correttivo o autentico del legislatore.

4. Competenza per territorio.

Per quel che concerne la competenza territoriale, il numero delle sedi originariamente contemplate dall'art. 1 d. lgs. 168/2003 è stato elevato in sede di

¹⁶ G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 338.

¹⁷ V. G. BALENA, *op. cit.*, p. 339, il quale, peraltro, fa notare come le questioni *de quibus*, ancorché relative a rapporti interni ad un medesimo ufficio giudiziario, vengano trattate dalla suprema Corte alla stregua di questioni di competenza in senso stretto. Analogo rilievo si legge anche in F. SANTAGADA, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., p. 8 s.

¹⁸ Così G. BALENA, *op. cit.*, p. 339 s.

¹⁹ V. ancora G. BALENA, *op. cit.*, p. 338. Nello stesso senso v. anche A. MOTTO, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile*, cit., p. 604.

²⁰ *Leading case* è Cass. 28 ottobre 2005, n. 21081, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2051.

²¹ E, secondo una recente pronunzia, il consumatore potrebbe anche intervenire in un foro diverso da quello dove abbia la residenza, essendo la disposizione sul foro esclusivo – art. 33, comma 2, lett. u, c. cons. – inderogabile soltanto *unilateralmente*. Così Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Foro it.*, 2012, c. 1426.

conversione del d. l. 1/12²². L'art. 2, comma 1, lett. a), n. 3, ha infatti introdotto un nuovo comma, 1-*bis*, all'art. 1 d. lgs. 168/2003, in virtù del quale si prevede l'istituzione di sezioni specializzate in materia d'impresa presso i tribunali e le Corti d'appello aventi sede in ogni capoluogo di regione che ne fosse precedentemente sprovvisto, ad esclusione del territorio compreso nella regione Valle d'Aosta, per il quale sono competenti le sezioni specializzate presso il tribunale e la Corte d'appello di Torino. Inoltre, la norma dispone l'istituzione di una ulteriore sezione in materia d'impresa presso il tribunale e la Corte d'appello di Brescia. Ma il tutto, si badi, in carenza di incremento di dotazioni organiche e, quindi, senza oneri aggiuntivi per il bilancio dello Stato: come d'altronde è avvenuto per tutte le riforme processuali dell'ultimo decennio.

Senonché, come è stato già rilevato, la ripartizione della competenza fra le sezioni specializzate risulta piana²³, giacché, stando alla nuova formulazione dell'art. 4 d. lgs. 168/2003, alle neo istituite sezioni specializzate verranno affidate le controversie che, secondo gli ordinari criteri di competenza che reggono le singole materie speciali, avrebbero dovuto essere trattate da un ufficio giudiziario ubicato nel territorio della relativa regione. Inoltre, per le sezioni specializzate istituite presso i tribunali e le Corti d'appello non aventi sede nei capoluoghi di regione (cioè Brescia e Catania), l'art. 4 dispone che alle stesse vengano assegnate «le controversie che dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari compresi nei rispettivi distretti di corte d'appello».

Di poi, circa la concreta composizione delle singole sezioni specializzate in materia d'impresa, l'art. 2, comma 1, lett. b) d. l. 1/2012, modificando l'art. 2, comma 1, d. lgs. 168/2003, si perita di chiarire che «i giudici che compongono le sezioni specializzate sono scelti tra i magistrati dotati di specifiche competenze». Tuttavia, sempre l'art. 2, comma 2, d. lgs. 168/2003 – rimasto immutato – prevede che agli stessi giudici possa essere assegnata *anche* la trattazione di processi diversi, a condizione che questo non implichi ritardi nella trattazione e nella decisione dei giudizi in materia d'impresa.

Ma allora, se le sezioni specializzate debbono occuparsi anche di materie diverse da quelle indica-

te dall'art. 3 d. lgs. 168/2003, non sarebbe stato forse più opportuno (oltre che sicuramente più utile per il conseguimento dell'obiettivo principe di accelerazione della definizione delle controversie che la legge sulle liberalizzazioni si prefigge) stabilire che le materie loro affidate in via esclusiva avrebbero dovuto rientrare tra quelle nelle quali il tribunale ordinario deve giudicare in composizione collegiale *ex art. 50-bis c.p.c.*²⁴? Con ogni probabilità, infatti, convogliando le controversie in materia d'impresa direttamente alle sezioni ordinarie si sarebbe potuto ovviare ad un sovraccarico delle sezioni specializzate (istituite, come già detto, senza incrementare l'organico).

5. Rilievi conclusivi.

A mo' di chiosa, si può concludere nel senso che l'istituzione del Tribunale delle imprese rappresenta l'illustrazione calzante del modo attuale di riformare la giustizia civile: una piccola novità (a costo zero) che rischia, peraltro, di venire sterilizzata già sul nascere dal coevo ricorrere di altre norme di contorno.

Esemplare al riguardo quell'art. 2, comma 3, d. l. 1/2012 che, introducendo il comma 1-*bis* all'art. 13 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (cd. Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia), ha raddoppiato l'importo dovuto a titolo di contributo unificato per i soggetti che intendano devolvere una controversia alle neo istituite sezioni specializzate. L'aumento (considerevole) del contributo unificato è destinato così, in molti casi, a fungere da disincentivo surrettizio all'accesso alla giustizia. A tutto vantaggio, probabilmente, degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Inoltre, non sembra esservi un metodo in questo modo di legiferare: prima infatti il legislatore, allo scopo di ovviare a certi specialismi procedurali reputati incongrui o inadeguati, intraprende un'opera di "riordino" dei riti per le materie settoriali (d. lgs. 1° settembre 2001, n. 150)²⁵, poi, proprio a motivo di quelle stesse peculiarità sostanziali appena accantonate, si affretta ad ampliare il numero delle sezio-

²² L'art. 1 d. lgs. 168/2003 prevedeva l'istituzione di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale soltanto presso dodici tribunali e Corti d'appello di determinate città capoluogo di regione (Bari, Bologna, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia), con la sola eccezione della città di Catania; ed il testo originario del d. l. 1/12 si limitava a ricalcare tale competenza territoriale, rinominando le sezioni specializzate (art. 2, comma 1, lett. a)).

²³ V. G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 336.

²⁴ Cfr. G. BALENA, *op. cit.*, p. 340 s., il quale fa notare anche un dato ulteriore. Ancorché la modifica dell'art. 2, comma 1, del d. lgs. 168/2003 non contenga più l'espreso richiamo all'art. 50-*bis*, comma 1, n. 3, c.p.c., non possono esservi perplessità sul fatto che la sezione specializzata deve decidere in composizione collegiale, tantomeno sul numero dei magistrati che compongono il collegio, atteso l'operare dell'art. 41, comma 3, r. d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ord. giud.).

²⁵ Per quanto non sia stato modificato il rito da seguire per le controversie in materia d'impresa. Sul punto v. G. BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., p. 340.



ni specializzate in materia d'impresa, come se questa ultima novità potesse da sola servire da grimaldello all'ingresso nel Paese di investitori stranieri²⁶.

In ogni caso, l'istituzione del Tribunale delle imprese si presta ad una lettura ancipite.

Se è vero, infatti, che in prima battuta potrà esserci un aggravio dei costi a carico di quelle imprese che abbiano la sede legale in aree geograficamente distanti dal capoluogo di regione, ove gli uffici delle sezioni specializzate sono ubicati, è dato pure credere che, se la condizione auspicata di una maggiore rapidità nella definizione delle controversie, con tendenziale uniformità delle decisioni ed accentuazione del grado di competenza degli organi giudicanti, dovesse mai realizzarsi, potrebbe valere da fattore di compensazione di un costo economico, come sopra si diceva, sicuramente maggiore.

Il fatto allora è che il motivo di una lettura bivalente dipende da ragioni schiettamente di politica del diritto: quel che il legislatore delle liberalizzazioni ha provveduto a "ripescare"²⁷ era stato infatti cassato nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione della legge di riforma del diritto societario²⁸ e già aveva suscitato perplessità in dottrina²⁹, portan-

do alla virata improvvisa verso l'introduzione dell'abrogato rito societario³⁰.

Il Tribunale delle imprese vede invece oggi la luce, ma in un modo che rimane ibrido. Soltanto le società di capitali possono infatti tendenzialmente adirlo. Ma, notoriamente, sono imprese anche le società di persone. Ed allora il risultato è singolare: un Tribunale delle imprese nonostante vi siano *due* modi di «fare impresa».

²⁶ Sulla riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 l. 69/09, v. per tutti A. PROTO PISANI, *Note introduttive*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 73 ss.

²⁷ V. infatti i lavori preparatori della l. di riforma del diritto societario (l. 3 ottobre 2001, n. 366). Il d.d.l. C/1137/XIV, esaminato congiuntamente al d.d.l. 969/C/XIV, ed approvato il 3 agosto 2001 dalla Camera dei deputati, contemplava l'istituzione, presso i tribunali delle città sedi di Corte d'appello, di sezioni specializzate nella trattazione dei procedimenti che richiedono un elevato grado di conoscenza nei settori economico e finanziario; previsione poi espunta in sede di conversione in legge.

²⁸ Sul problema v. i rilievi di G. COSTANTINO, *La riforma del diritto societario: note sugli aspetti processuali*, in *Foro it.*, 2001, V, spec. c. 276 s., il quale evidenzia come la modifica sia stata il frutto, per un verso, delle reazioni del consiglio nazionale forense e l'organismo unitario dell'avvocatura, nel timore che «la concentrazione delle controversie di rilevante valore economico in uffici con competenza distrettuale incidesse sull'attività dei professionisti di provincia»; per l'altro, delle critiche di una parte della magistratura, nel sospetto che la proposta «tendesse ad introdurre surrettiziamente una selezione nella magistratura, creando una distinzione tra magistrati addetti alle materie considerate più rilevanti e gli altri, tenuti ad occuparsi di tutto il resto».

²⁹ V. C. CONSOLO, *Le liti societarie e finanziarie: progetti processuali e tipologie di tutele al di là del «favoloso» art. 11*, in *Corriere giur.*, 2002, p. 685, il quale dubitava che le sezioni specializzate, per come erano state configurate nel progetto, sarebbero state effettivamente istituite e metteva in risalto l'incompiutezza della riforma, che rendeva invece necessaria una riforma dell'ordinamento giudiziario, volta alla creazione di appositi giudici specializzati per l'impresa.

³⁰ Sull'ambito di applicazione del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, v. D. DALFINO, *sub art. 1, in I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. Costantino, Padova, 2005, p. 1 ss.

LA RILEVANZA DEL CRITERIO PRESUNTIVO DELLA CONFORMITÀ ALLE NORME ARMONIZZATE*.

Di Elena Bellisario

| 156

La rilevanza del criterio presuntivo della conformità alle norme armonizzate
(Elena Bellisario)

SOMMARIO: 1. *L'attività dell'UE in tema di circolazione di prodotti: dal risarcimento alla prevenzione.* – 2. *Le definizioni legislative di prodotto «sicuro» e di prodotto «difettoso».* – 3. *I criteri per accertare la sicurezza dei prodotti: le presunzioni e le valutazioni.* – 4. *La conformità alle normative tecniche e la sua rilevanza ai fini della valutazione della difettosità del prodotto.*

1. L'attività dell'UE in tema di circolazione di prodotti: dal risarcimento alla prevenzione.

La necessità di individuare azioni idonee ad abbattere gli ostacoli tecnici e giuridici alla libera circolazione dei prodotti occupa da sempre un posto centrale nelle preoccupazioni del legislatore comunitario. Ciò in quanto tali ostacoli possono falsare il gioco della concorrenza, determinare disparità nel livello di tutela del consumatore e, in definitiva, compromettere l'obiettivo primario dell'Unione europea, ossia l'efficiente funzionamento del mercato interno.

Questo obiettivo, alla base di tutti gli interventi in tema di prodotti, ha quindi impegnato in modo crescente il legislatore comunitario, sin da quando (nel lontano 1968) prendono l'avvio i lavori della Commissione per una direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto e (l'anno seguente) viene vargiato il *Primo programma generale per la rimozione degli ostacoli tecnici alla libera circolazione dei prodotti*.

Come noto, nell'opera di costruzione del mercato interno, la Comunità europea precede per gradi e, per così dire, per "tentativi": caratteristica della sua azione è seguire una tecnica *in progress*, che inter-

viene, si modifica e si espande non secondo schemi astratti e collaudati, ma in relazione alle concrete esigenze operative. E difatti, nel tempo, gli interventi degli organi comunitari sono andati stratificandosi e intensificandosi, e variando significativamente anche in relazione agli strumenti prescelti, divenuti progressivamente più efficaci e incisivi in considerazione della fissazione di obiettivi strategici sempre più ampi e ambiziosi.

Così nel settore dei prodotti: dopo una prima fase prevalentemente indirizzata ad assicurare un controllo *a posteriori* sulla sicurezza (o meglio, sull'assenza di difetti) dei prodotti, e nell'ambito della quale gli interventi di controllo preventivo avevano riguardato unicamente singole tipologie di prodotti (giocattoli; cosmetici; macchine; attrezzature a pressione; dispositivi medici; apparecchi elettrici, elettronici, ecc.), il legislatore comunitario ha cominciato a rendersi conto dell'insufficienza sia di una tutela di carattere prevalentemente successivo, sia di un approccio preventivo esclusivamente settoriale, e della conseguente necessità di una visione "sistemica" che tenga conto dei molteplici aspetti relativi alla sicurezza generale dei prodotti.

Conseguentemente, da una tutela individuale di tipo successivo-riparatoria, (direttiva 85/374/CEE sulla responsabilità per danno da prodotto difetto-



so), dettata dall'emergenza di far fronte al proliferare di fatti dannosi di massa, l'azione comunitaria si è successivamente indirizzata verso una tutela collettiva di tipo preventivo (direttiva 92/59/CEE sulla sicurezza generale dei prodotti, successivamente sostituita e abrogata dalla direttiva 2001/95/CE), dettata dalla necessità di garantire la sicurezza dei prodotti immessi sul mercato.

Gli interventi legislativi hanno quindi progressivamente condotto ad un sistema integrato di tutele offerto, da un lato, dalla direttiva 85/374/CEE, incentrata sul risarcimento e, dall'altro lato, dalla direttiva 2001/95/CE, incentrata sulla fissazione di regole di comportamento¹ (oltre che su controlli rigorosi e sanzioni efficaci), e cioè dal momento finale della catena produttiva a quello iniziale, in cui è possibile effettuare una valutazione concreta dei rischi potenzialmente presentati dal prodotto e adottare i provvedimenti opportuni per prevenirli.

L'adozione di una strategia basata sulla prevenzione rappresenta una svolta fondamentale nel complesso programma delle istituzioni comunitarie diretto a strutturare un mercato libero e senza frontiere, essendo evidente che il "prevenire" il verificarsi di danni costituisce un obiettivo notevolmente più avanzato, anche da un punto di vista culturale e sociale, rispetto a quello di fornire unicamente adeguati rimedi in presenza di eventi dannosi già verificatisi. E difatti la prevenzione, svolta principalmente attraverso l'azione congiunta delle autorità pubbliche nazionali, ma anche mediante l'incentivazione di comportamenti volontari da parte delle imprese, è oggi lo strumento privilegiato dal legislatore europeo nel perseguimento dei suoi obiettivi².

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ Si tratta infatti di regole che pongono obblighi comportamentali inerenti sia alla fase precedente all'immissione dei prodotti sul mercato (cc.dd. meccanismi di *Premarket Controls*, come l'obbligo di rispettare gli standard di sicurezza, gli obblighi di un'informazione, ecc.), sia a quella successiva (cc.dd. meccanismi di *Postmarket Controls*, come gli obblighi di operare un costante monitoraggio e controllo dei prodotti immessi sul mercato, nonché gli obblighi di avviare – ove i prodotti, successivamente alla loro immissione, presentino rischi – campagne di informazione, di richiamo, di ritiro, ecc.).

² Al riguardo va altresì ricordato che il 9 luglio 2008 è stato adottato un nuovo quadro legislativo per la commercializzazione dei prodotti comprendente il regolamento n. 765/2008/CE e la decisione n. 768/2008/CE. Queste misure hanno, fra l'altro, l'obiettivo di instaurare una sorveglianza rafforzata del mercato per i prodotti disciplinati dalla legislazione comunitaria di armonizzazione e la tracciabilità dei prodotti. Il regolamento stabilisce inoltre l'obbligo, per le autorità competenti degli Stati membri, di effettuare controlli, per quanto riguarda le caratteristiche dei prodotti su una scala adeguata nel mercato comunitario, prima che i prodotti stessi siano commercializzati.

Così, nel più ampio quadro di riferimento che si è venuto a delineare, la disciplina in tema di sicurezza – attuata nel nostro ordinamento dal d. lgs. 21 maggio 2004, n. 172 e poi confluita nel codice del consumo (artt. 102-113) – finisce necessariamente per influenzare l'interpretazione della disciplina sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso – recepita nel nostro ordinamento dal d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224 e poi anch'essa confluita nel codice del consumo (artt. 114-127) –, della quale costituisce l'imprescindibile completamento.

2. Le definizioni legislative di prodotto «sicuro» e di prodotto «difettoso».

Ai sensi della lett. a) della dell'art. 103 cod. cons., il «prodotto sicuro» che, in quanto tale, può essere immesso sul mercato, è quello che «*in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili*», compresa la durata, la messa in servizio, l'installazione e le esigenze di manutenzione, «*non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone*», in relazione alle sue «*caratteristiche*», al suo eventuale «*effetto*» su altri prodotti, alla sua «*presentazione*» e alle «*categorie di consumatori*» cui esso è destinato, con particolare riguardo a quelle maggiormente vulnerabili (ossia i bambini e gli anziani).

Emerge, dunque, una nozione relazionale di «sicurezza», espressa in termini di assenza di rischi ovvero di rischi considerati «accettabili», in considerazione di tutte le circostanze, le più importanti delle quali vengono – in via meramente esemplificativa e non certo esaustiva – specificatamente menzionate. Né avrebbe potuto il legislatore europeo compiere una scelta diversa, definendo la sicurezza come assoluta mancanza di pericolo, giacché non esistono prodotti assolutamente privi di rischi.

La terminologia rispecchia, ma non ricalca quella utilizzata nella disciplina sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, che pure, inevitabilmente, aveva già posto a fondamento della «difettosità», una nozione relazionale. Tuttavia, mentre quest'ultima definisce il «prodotto difettoso» (art. 117 cod. cons.) proprio in termini di «mancanza di sicurezza» che ci si può «*legittimamente attendere*», tenuto conto di tutte le circostanze (tra cui: la sua «*presentazione*», l'«*uso*» cui è ragionevolmente destinato; il «*tempo*» della sua messa in circolazione), la disciplina sulla sicurezza definisce il «prodotto



sicuro» e il «prodotto pericoloso»³, ma non anche quello «difettoso»⁴.

E in effetti i due concetti – difettosità e pericolosità – non devono essere confusi: un prodotto che presenta rischi non equivale necessariamente a prodotto difettoso, essendo possibile che vi siano «prodotti pericolosi in sé ma per nulla difettosi» e «prodotti normalmente del tutto innocui che diventano assai pericolosi allorché difettosi»⁵.

Assai più complesso risulta invece rispondere al quesito opposto: un prodotto che può essere considerato “sicuro” può altresì essere considerato come “non difettoso”? Prima di esaminare le risposte possibili, occorre accennare ai criteri adottati dal legislatore europeo al fine di accertare la sicurezza dei prodotti.

3. I criteri per accertare la sicurezza dei prodotti: le presunzioni e le valutazioni.

In relazione ai criteri di accertamento della sicurezza dei prodotti, occorre in primo luogo menzionare un criterio, per così dire, negativo, che risiede nella distinzione tra sicurezza che “deve” essere raggiunta e sicurezza (maggiore) che “può” essere raggiunta e che ci si può legittimamente attendere dai prodotti più costosi e perfezionati: difatti, il comma 2 dell’art. 103 cod. cons. specifica cosa non basta per considerare un prodotto come “non sicuro” o “pericoloso”, ossia la possibilità di raggiungere un livello di sicurezza superiore o di procurarsi altri prodotti che presentano un rischio minore. Tale distinzione assume espresso rilievo anche in sede di accertamento del “difetto” e, quindi, della responsa-

bilità per danno da prodotto (art. 117, comma 2, cod. cons.)⁶.

Ma la tecnica più efficace individuata dal legislatore comunitario al fine di agevolare e velocizzare la libera circolazione delle merci e, nel contempo, garantire un elevato livello di tutela dei consumatori, si basa su un sistema di “presunzioni” e di “valutazioni”.

L’art. 105 cod. cons., per l’appunto rubricato “Presunzione e valutazione di sicurezza”, indica i criteri che sovrintendono all’accertamento della conformità dei prodotti alla prescrizione generale di sicurezza posta dall’art. 104 cod. cons., che sancisce l’obbligo di immettere sul mercato soltanto prodotti sicuri.

In base al primo criterio, un prodotto *si presume* sicuro quando, in mancanza di disposizioni comunitarie specifiche che ne disciplinano la sicurezza, è conforme alla legislazione vigente nello Stato membro in cui il prodotto stesso è commercializzato e con riferimento ai requisiti cui deve rispondere sul piano sanitario e della sicurezza (art. 105, comma 1, cod. cons.).

In base al secondo criterio, un prodotto *si presume* sicuro quando è conforme alle norme nazionali non cogenti che recepiscono le norme europee i cui riferimenti sono stati pubblicati dalla Commissione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*⁷ (art. 105, comma 2, cod. cons.).

³ La lett. b) dell’art. 103 cod. cons., definisce il «prodotto pericoloso» come: «qualsiasi prodotto che non risponda alla definizione di “prodotto sicuro” di cui alla lettera a)».

⁴ Come osservato da U. CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 11 s., la ragione della diversa terminologia utilizzata nelle due discipline risiede probabilmente nel fatto che la direttiva sulla sicurezza dei prodotti non si occupa tanto dei cc.dd. difetti di fabbricazione (quasi impossibili da evitare, in quanto dovuti a una momentanea *defaillance* dell’impianto produttivo o dell’addetto all’impianto e, quindi, inerenti a uno o pochi esemplari di una serie), ma tende a prevenire i cc.dd. difetti di progettazione nonché quelli di informazione (che colpiscono una intera serie e creano perciò un rischio per ciascun consumatore/utente). Pertanto, più appropriato e immediato pare il riferimento al prodotto “sicuro”, piuttosto che al prodotto “difettoso” in quanto non corrispondente ad un modello astratto di prodotto da considerare come “sicuro”.

⁵ Così U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974, p. 284 e, più di recente, ID., *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, cit., p. 12.

⁶ La *ratio* della distinzione perfezione/sicurezza appare chiara: la presenza sul mercato di prodotti dello stesso genere, ma differenti in relazione al livello di sicurezza, qualità e prezzo (il caso paradigmatico è offerto dagli autoveicoli), va considerato un fatto del tutto normale e accettabile, se non necessario, in un’economia aperta e in libera concorrenza. Il produttore, quindi, non è affatto tenuto ad adottare le tecniche che offrono il maggior grado di sicurezza oggettivamente possibile in certo momento storico, ma solo al rispetto di standard minimi. Perciò se il prodotto offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere, e assolve ai requisiti di sicurezza legislativamente imposti, esso non può essere considerato difettoso solo perché sul mercato esistono prodotti più complessi ed elaborati in grado di offrire una sicurezza maggiore. Inoltre, anche da un punto di visto logico, non è affatto detto che il prodotto tecnicamente più perfezionato di un altro sia anche più sicuro, visto che spesso la perfezione riguarda elementi (come l’utilizzo di materiali più pregiati e sofisticati) che non hanno nulla a che vedere con la sicurezza del bene.

⁷ Si tratta delle cc.dd. “norme armonizzate”, (individuate con la sigla EN), ossia quelle norme tecniche elaborate dagli organismi europei di normalizzazione (“OEN”) e adottate in base ad una procedura particolare (stabilita dall’art. 6, comma 3, della direttiva 98/34/CE), che comincia con un mandato da parte della Commissione e termina con la pubblicazione dei riferimenti della norma adottata nella *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea*.

Una volta pubblicate, tutti gli Stati membri hanno l’obbligo di adottare tali norme, conferendo loro lo statuto di norma nazionale ovvero mediante pubblicazione di un testo identico o, ancora, mediante riconoscimento. Gli Stati membri sono inoltre obbligati a indicare i riferimenti delle norme nazionali che re-



Ove nessuno dei due suddetti criteri sia applicabile, per *valutare* il rispetto dell'obbligo di sicurezza entrano in gioco altri criteri (art. 105, comma 3, cod. cons.), rappresentati:

- a) dalle norme nazionali non cogenti che recepiscono norme europee (diverse da quelle armonizzate di cui al citato comma 2 dell'art. 105 cod. cons.);
- b) dalle norme in vigore nello Stato membro in cui il prodotto è commercializzato;
- c) dalle raccomandazioni della Commissione relative ad orientamenti sulla valutazione della sicurezza dei prodotti;
- d) dai codici di buona condotta in materia di sicurezza dei prodotti vigenti nel settore interessato;
- e) dagli ultimi ritrovati della tecnica;
- f) dal livello di sicurezza che i consumatori possono ragionevolmente attendersi.

E' importante sottolineare la diversa rilevanza e, quindi, concreta operatività, dei criteri indicati dal legislatore: i primi due pongono una *presunzione* di sicurezza; tutti gli altri costituiscono invece elementi di cui l'autorità preposte al controllo dovranno tener conto per *valutare* la (in)sicurezza del prodotto.

I criteri così individuati dal legislatore, specialmente quello della conformità del prodotto alle norme armonizzate (che, giova ribadire, pone una presunzione di conformità ai requisiti obbligatori), rispondono all'esigenza di «agevolare un'applicazione efficace e coerente del requisito generale di sicurezza»⁸ in modo da semplificare i controlli e, così, velocizzare gli scambi.

Il medesimo obiettivo – agevolare la prova di conformità con i requisiti di sicurezza pertinenti,

cepiscono le norme armonizzate e a ritirare le proprie se in contrasto con esse. A livello europeo, dunque, non è consentita l'esistenza di una norma nazionale che non sia in armonia con il contenuto delle norme approvate sulla base della descritta procedura (di qui la definizione "armonizzata").

La conformità ad una norma nazionale che traspone una norma armonizzata di cui sono stati pubblicati i riferimenti conferisce quindi una "presunzione di conformità" ai requisiti essenziali fissati nelle direttive, anche se – si noti – tale norma mantiene il suo carattere di volontarietà.

Le norme armonizzate vengono periodicamente sottoposte a revisione su iniziativa della Commissione e sono altresì previste "procedure di salvaguardia" che consentono la contestazione di una norma armonizzata da parte di uno Stato membro. Nel caso in cui si ritenga che la norma non soddisfi più i requisiti essenziali, la Commissione e gli Stati membri devono ritirare i riferimenti della norma già pubblicati. Il ricorso a questa procedura, pertanto, non influisce sull'esistenza della norma armonizzata in discussione, ma può comportare la cancellazione del riferimento già pubblicato, con la conseguenza che il rispetto di tale norma non conferisce più la presunzione di conformità ai requisiti essenziali. E' dunque proprio la pubblicazione della norma armonizzata a conferire la presunzione di conformità ai requisiti essenziali della direttiva in questione.

⁸ Cfr. il *considerando* n. 14 della direttiva 2001/95/CE.

semplificare i controlli, velocizzare gli scambi – è altresì alla base della valorizzazione della *certificazione* come efficiente strumento di regolazione e protezione dell'interesse pubblico alla libera circolazione dei beni e dei servizi all'interno dell'Unione⁹.

4. La conformità alle normative tecniche e la sua rilevanza ai fini della valutazione della difettosità del prodotto.

Occorre a questo punto ritornare al quesito iniziale e interrogarsi sull'estensione delle presunzioni legali di sicurezza. In particolare, si intende verificare se il rispetto delle norme tecniche "armonizzate" valga ad escludere il carattere difettoso del prodotto.

Ciò impone un coordinamento tra la direttiva sulla sicurezza dei prodotti e quella sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso, le cui regole non possono marciare su binari paralleli, ma devono necessariamente essere lette e interpretate le une alla luce delle altre.

In generale, si esclude che tale presunzione sia assoluta, ossia che non ammette prova contraria, in ragione del fatto che il legislatore non lo ha espressamente stabilito. Si concorda, quindi, nel ritenere che si tratti di una presunzione relativa e, conseguentemente, si afferma che il prodotto (che si presume) sicuro perché conforme alle norme tecniche non è, automaticamente e per definizione, anche un prodotto non difettoso. E che parimenti, all'inverso, il solo fatto di non aver osservato tali norme (che hanno infatti carattere meramente volontario) non implichi, di per sé, una difettosità del prodotto.

Peraltro, diversamente ragionando, non si spiegherebbe la regola prevista dal comma 4 dell'art. 105 cod. cons.¹⁰: essa, prevedendo espressamente che la conformità ai criteri che garantiscono il rispetto dell'obbligo di sicurezza – ivi compresa, perciò, la conformità alle norme tecniche – non implica necessariamente la "non pericolosità" del prodotto, conferma *a fortiori* che tale conformità non implica neppure una "non difettosità" dello stesso.

Tuttavia, queste prime, condivise, constatazioni rispondono solo in parte al quesito, in quanto più varie e articolate sono le opinioni che al riguardo sono state autorevolmente espresse.

⁹ Cfr. il *considerando* n. 17 della direttiva 2001/95/CE.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 105, comma 4, cod. cons. «(...) le autorità competenti adottano le misure necessarie per limitare o impedire l'immissione sul mercato o chiedere il ritiro o il richiamo dal mercato del prodotto se questo si rivela, nonostante la conformità, pericoloso per la salute e la sicurezza del consumatore».



Da un lato, si rileva la contraddittorietà insita nel fatto che un prodotto possa risultare o, comunque, presumersi sicuro in base alla normativa sulla sicurezza e al tempo stesso essere invece dichiarato difettoso perché non offre la sicurezza che i consumatori possono ragionevolmente aspettarsi. Il ragionamento è quindi il seguente: il prodotto che rispetta le norme tecniche si presume sicuro; quindi: offre la sicurezza che i consumatori possono legittimamente attendersi; quindi: è un prodotto non difettoso¹¹.

Peraltro, se così non fosse, non si capirebbero le ragioni per le quali il legislatore avrebbe espressamente sancito una “presunzione” in luogo di una “valutazione”, visto che in un eventuale giudizio per danni l’osservanza delle norme tecniche costituirebbe comunque un punto di riferimento obbligato per una consulenza tecnica¹².

Questa conclusione, tuttavia, non implica che il prodotto conforme alle norme tecniche armonizzate sia sempre e comunque “non difettoso”: difatti, oltre ai casi – questi, però, sicuramente eccezionali – di lacune o di mancato aggiornamento delle norme, occorre considerare che alcuni aspetti relativi ai prodotti (ad esempio quelli informativi, concernenti le avvertenze sull’uso del prodotto e le precauzioni da adottare nel suo impiego) sfuggono ai meccanismi di tali norme (le quali, in effetti, riguardano aspetti progettuali e costruttivi)¹³.

In senso contrario, però, si osserva che in tal modo si finisce per svuotare la clausola generale delle “legittime aspettative di sicurezza”, trasformandola in una sorta di norma di rinvio che impedisce al giudice di compiere la sua valutazione sulla eventuale difettosità se non in relazione a quei prodotti – ipotesi ormai poco realistica – in cui non esiste alcuna normativa tecnica cui conformarsi.

L’ulteriore, paradossale, conseguenza sta nel fatto che norme dettate per una maggiore tutela dei consumatori finiscono per convertirsi in facili espedienti di irresponsabilità¹⁴.

¹¹ U. CARNEVALI, *La norma tecnica da regola di esperienza a norma giuridicamente rilevante. Ricognizione storica e sistemazione teorica. Ruolo dell’UNI e del CEI*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 267.

¹² U. CARNEVALI, *Le norme tecniche europee e nazionali e la sicurezza dei prodotti e degli impianti: problemi di diritto civile*, Relazione svolta al Convegno “Rilevanza giuridica delle norme tecniche”, Milano, 21 febbraio 2006, pubblicate sul sito internet: <http://www.voltimum.it/news/5246/Rilevanza-giuridica-dellenormetecniche.html?fullsize=yes>
<http://www.voltimum.it/news/5246/Rilevanza-giuridica-delle-normetecniche.html?fullsize=yes>, in part. p. 12.

¹³ In tal senso ancora U. CARNEVALI, *Prevenzione e risarcimento nelle Direttive comunitarie*, cit., in part. pp. 19-20.

¹⁴ Così C. CASTRONOVO, voce *Danno, VII Danno da prodotti*, *Dir. it. e stran.*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, 1995, Roma, 1995, p. 12.

A ben vedere, poi, confrontando l’obbligo di immettere sul mercato solo prodotti sicuri (sancito dalla direttiva 2001/95/CE), con l’obbligo risarcitorio per il danno cagionato da difetti del prodotto (sancito dalla direttiva 85/374/CEE), risulta chiaro che il prodotto immesso sul mercato deve essere sicuro ma può essere difettoso, e non soltanto sotto il profilo informativo (che, come già osservato, esula dal campo della normativa tecnica). Ci si riferisce, in particolare, ai difetti di fabbricazione, i quali, riguardando uno o pochi esemplari della stessa serie, possono verificarsi anche ove il prodotto sia conforme alle norme tecniche¹⁵.

Più opportunamente, quindi, si ritiene che l’eventuale osservanza delle norme tecniche non può mai escludere la sussistenza di difetti e, perciò, non può mai precludere una valutazione del prodotto in termini difettosità.

Quest’ultima soluzione sembra da preferire, specie in considerazione degli obiettivi che il legislatore europeo ha inteso perseguire ponendo tale presunzione.

Senza dubbio, si è in tal modo voluto stabilire un criterio di comportamento la cui applicazione possa generare un ragionevole affidamento non soltanto negli stessi produttori ma anche in tutti i soggetti che operano nel mercato a livelli diversi (dai committenti ai distributori, dagli installatori ai manutentori, dalle imprese assicurative alle autorità preposte al controllo, fino ai consumatori finali).

Appaiono quindi evidenti i vantaggi conseguiti dalle imprese che si conformano alle norme tecniche armonizzate: da quelli di carattere privatistico (posto che la conformità a tali norme risponde in primo luogo ad esigenze di natura commerciale, essendo ormai costantemente richiesta dalla committenza) a quelli di carattere pubblicistico (in quanto la conformità, garantendo l’applicazione del requisito generale di sicurezza, vale: *i*) a semplificare e, quindi, a velocizzare non solo le procedure di controllo interno della produzione, ma anche, e soprattutto, quelle di controllo esterno spettanti alle autorità pubbliche¹⁶; *ii*) a offrire in concreto una tutela

¹⁵ In tal senso P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 3, Torino, 1998, p. 721, il quale evidenzia che la difettosità come scarto qualitativo si produce comunque statisticamente e che tale statistica negativa è addossata al produttore.

¹⁶ In effetti, se segue le norme armonizzate, il produttore non sarà neppure tenuto a ricorrere alla certificazione da parte di terzi: difatti, nel caso di prodotti in sé non pericolosi, per conseguire la marcatura obbligatoria CE è sufficiente una semplice *dichiarazione di conformità*, con la quale è lo stesso produttore che attesta, sotto la propria personale responsabilità, di aver applicato tutte le norme armonizzate stabilite dalla direttiva di riferimento, allegando a riprova la documentazione tecnica (c.d. «fascicolo tecnico»). Come infatti specificato nel *considerando* n. 35 della direttiva 2009/ in tema di sicurezza dei giocattoli,





preventiva dei consumatori; *iii*) ad accrescere la fiducia collettiva degli scambi; *iv*) a migliorare, in definitiva, il funzionamento del mercato interno). Tutti questi effetti giuridici, com'è ovvio, si traducono a loro volta in vantaggi economici. E tanto basta, in un'analisi più generale di costi-benefici, per indurre i produttori a conformarsi a tali norme senza la necessità di aggiungere anche il vantaggio di offrire loro, *sic et simpliciter*, un'ulteriore causa di esclusione della responsabilità oltre a quelle già espressamente – e tassativamente – previste dall'art. 118 cod. cons.¹⁷.

Posto, dunque, che i risultati che il produttore e l'intero mercato conseguono *ex lege* in virtù della presunzione sono numerosi e rilevanti, e perciò tali da non sminuire né contraddire l'efficacia della stessa, sembra allora più corretto ritenere che, nelle intenzioni del legislatore comunitario, l'affidamento generato dalla conformità alle norme e, quindi, i potenti effetti della presunzione legale siano destinati ad esplicarsi e operare proprio là dove essa è stata sancita, ossia ai fini dell'immissione del prodotto sul mercato e nell'ambito del regime amministrativo che presiede la circolazione dei prodotti.

La particolare forza della presunzione limitatamente alla fase "preventiva" appare ancor più evidente proprio nell'ipotesi di mancata osservanza delle normative tecniche: in tal caso il produttore dovrà fornire la (non semplice) prova che, comunque, erano state adottate altre tecniche e misure idonee a raggiungere il medesimo risultato: ossia integrare i requisiti obbligatori di sicurezza. Ancor prima che un danno si verifichi, quindi, è già ai fini dell'immissione del prodotto sul mercato che il produttore dovrà dimostrare (ai committenti, ai fornito-

ri, ai consumatori, alle autorità responsabili del controllo) che le sue scelte tecniche e produttive sono idonee a raggiungere il livello di sicurezza considerato "accettabile" e che ci si può legittimamente attendere.

Naturalmente, la forza giuridica delle norme tecniche riemerge, se pur attenuata, anche nella fase successiva all'immissione del prodotto sul mercato e nell'ipotesi in cui questo abbia cagionato un danno: non c'è dubbio, infatti, che l'osservanza di queste norme rileva sempre come criterio che entra nel giudizio di difettosità, al pari di tutti gli altri elementi di cui il giudice può e deve tener conto ai fini di tale valutazione.

In conclusione, sembra più appropriato ritenere che gli effetti che il legislatore ha inteso collegare alla "presunzione" sancita in tema di sicurezza dei prodotti, e quindi all'osservanza delle norme tecniche armonizzate, non possano essere tradotti *tout court* sul terreno della responsabilità civile, dove non si tratta di verificare se un bene possa circolare sul mercato, ma se il danno da esso provocato debba essere risarcito.

«[i]l controllo interno della produzione che si basa sulla responsabilità del fabbricante in merito alla valutazione della conformità si è dimostrato adeguato quando il fabbricante ha seguito norme armonizzate (...). Qualora non esistano norme armonizzate applicabili, il giocattolo dovrebbe essere sottoposto a una verifica da parte di terzi, in questo caso all'esame CE del tipo. Lo stesso dovrebbe valere se tali norme o una di esse è stata pubblicata con limitazioni nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, oppure se il fabbricante non ha seguito o ha seguito solo in parte tali norme».

¹⁷ Al riguardo giova precisare che la conformità alle norme tecniche armonizzate non deve essere confusa con l'ipotesi – prevista espressamente come esimente dalla lett. *d*) dell'art. 7 della direttiva 85/374/CEE – in cui il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici: difatti, in tal caso, è una norma imperativa a imporre tassativamente una certa modalità costruttiva, senza lasciare alcun margine di scelta al produttore, che, conseguentemente, è liberato dalla responsabilità.

Si tratta, comunque, di un'ipotesi estremamente rara, in quanto di solito i regolamenti o altri atti normativi cogenti, pur richiamando o rinviando alle norme tecniche, lasciano la possibilità di scegliere tra più alternative (e in tal modo le norme tecniche mantengono il loro carattere volontario).

REGOLAMENTO N. 1169 DEL 2011: TUTELE CIVILISTICHE PER VIOLAZIONE DEL DOVERE DI INFORMAZIONE NEL SETTORE ALIMENTARE*

| 162 Di Giorgio Biscontini

Regolamento n. 1169 del 2011: tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel settore alimentare (Giorgio Biscontini)

SOMMARIO: 1. *Il mercato alimentare: evoluzione del modello contrattuale e tutela del consumatore. Il ruolo dell'informazione;* 2. *L'etichetta e il suo valore giuridico;* 3. *L'informazione del consumatore alimentare: un'evoluzione conclusasi con il Regolamento n. 1169 del 2011;* 4. *Segue. La nuova veste di consumatore e di consumatore alimentare. Completezza, chiarezza e trasparenza delle etichette: verso la tutela della parte debole del mercato alimentare;* 5. *La tutela del consumatore alimentare e i possibili rimedi in presenza di un'etichetta non veritiera;* 6. *Segue. La responsabilità per la mendacità delle informazioni volontarie: l'insufficienza a tutela del consumatore alimentare al dettaglio dei rimedi apprestati dal codice del consumo e dell'annullabilità del contratto per i vizi del consenso;* 7. *Segue. Doveri di informazione e possibili profili di nullità del contratto in presenza di una etichetta contenente informazioni volontarie mendaci. Il Regolamento n. 1169 del 2011 quale salvaguardia assoluta dei valori preminenti nel sistema comunitario.*

1. Il mercato alimentare: evoluzione del modello contrattuale e tutela del consumatore. Il ruolo dell'informazione.

Nell'affrontare taluni problemi connessi al mercato alimentare, è stata posta in evidenza l'esistenza di tre distinti fenomeni che sottolineano il declino dell'atto contrattuale quale autoregolamento di interessi: questi consisterebbero nella sempre più forte regolamentazione imperativa del contratto, nella disciplina predisposta unilateralmente nei contratti di massa e, da ultimo, nel sempre più diffuso utilizzo di regole interpretative e integrative¹. Ciò

denota il tramonto della tradizionale concezione dell'autonomia privata quale atto di autoregolamento². Si può, infatti, osservare che troppo spesso il regolamento negoziale non è concordato, ma è conseguenza di una sua redazione unilaterale da parte del predisponente. Il contratto, quale componente del mercato, è stato influenzato dalle moderne dinamiche socio-economiche sicché i modelli negoziali sono circolati creando una profonda incidenza dei rapporti commerciali su quelli privati. I grandi mutamenti che stanno interessando l'epoca attuale

In argomento v. anche S. MASINI, *Promessa e responsabilità nelle dichiarazioni in etichetta*, in *Dir. giur. agr.*, 2011, p. 743.

² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 34. Evidenziano il mutamento del contratto nei tempi presenti F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002; F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 1 ss.

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, p. 108 ss., che individua i tre fenomeni che sanciscono il declino dell'autonomia privata quale vero autoregolamento di interessi.



mettono in discussione non soltanto gli equilibri economico-sociali del pianeta, ma anche istituti, quali il contratto, che hanno una tradizione millenaria. Non si può non prendere atto dell'esistenza di un nuovo modo di concludere il contratto che, specialmente per i prodotti alimentari, avviene attraverso la grande distribuzione. Si è assistito ad una graduale riduzione delle vendite nei tradizionali negozi alimentari, ove imperava una contrattazione verbale, in favore della concentrazione degli scambi nei grandi centri commerciali, ove dominano i gesti "muti" dell'apprensione del prodotto dagli scaffali seguita dal dovuto pagamento alla cassa. Secondo parte della dottrina si tratterebbe di contratti cc.dd. senza accordo³ che, tuttavia, danno luogo, sia pure di fatto, a rapporti contrattuali stante il significato sociale dei comportamenti messi in opera dalle parti da intendere quali proposta e accettazione⁴. Invero, fermo restando l'emergere di nuove forme e istanze proprie di una contrattazione moderna, pare che almeno nei rapporti tra produttore e consumatore, segnatamente nel mercato alimentare, si vada verso un'accentuazione della rilevanza di un "accordo qualificato" visto che, come si vedrà, tanto il codice del consumo quanto il Regolamento n. 1169 del 2011 fanno riferimento alla necessità di una informazione fornita dal produttore tale da permettere un'adesione da parte del consumatore che sia frutto di un «consenso consapevole»⁵. Ne discende che l'elemento dell'accordo di cui all'art. 1325 c.c. si colora di un requisito ulteriore rispetto a quello richiesto normalmente.

In tale contesto, il contratto che ha subito maggiori mutamenti è stato quello della vendita⁶, il cui modello normativo tradizionale, concepito come negozio tra soggetti in condizioni formalmente uguali, non si è rivelato capace di proteggere adeguatamente le ragioni del consumatore⁷. Ciò evidenzia una serie di problemi connessi al fatto che il contratto, partecipe della natura di fonte delle regole del diritto privato, pone norme di valore generale, superindividuale⁸. Nel contratto⁹ entrano regole interpretative ed integrative¹⁰ che, pur operando nell'ambito dell'accordo, gli danno un significato obiettivo, inducendo a dubitare che il contratto sia sempre espressione della libera volontà delle parti¹¹. Le moderne dinamiche contrattuali accentuano il ruolo

³ Cfr. in argomento N. IRTI, *Scambi senza accordi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 (e ora in N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 103) secondo il quale «gli scambi di massa si svolgono senza accordi», assumendo rilievo il contatto con le cose, nel senso che «le parti dirigono le loro decisioni sulla merce, e nella merce s'incontrano e ritrovano». Per la critica alla tesi della dottrina appena esposta v. G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525, a cui Irti ha risposto con «È vero, ma ...» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. autore*, 1999, I, p. 273. In argomento v. ancora di N. IRTI, *Diritto e mercato*, in *Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio Romagnoli*, Milano, 2000, p. 25.

⁴ E. BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 238; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, *passim*; A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 109.

⁵ Utile appare il rinvio al considerando n. 4 del Regolamento n. 1169 del 2011 secondo il quale la legislazione alimentare si prefigge, quale principio generale, di costituire una base per consentire ai consumatori di compiere scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano e di prevenire qualunque pratica in grado di indurre in errore il consumatore.

⁶ Sul ruolo preponderante che ha assunto il contratto di vendita, anche e soprattutto in campo agroalimentare, cfr. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, in L. COSTATO - A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *Trattato di Diritto Agrario*, 3, *Il Diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 584, secondo il quale tra tutti i contratti dai quali possa derivare il trasferimento al consumatore di prodotti alimentari quali la vendita, la somministrazione, la permuta, attribuisce al primo ruolo preponderante fino al punto di discorrere *tout court* di vendita, anche alla luce dei rinvii di cui agli artt. 1555 e 1570 c.c.

⁷ E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, in A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE, *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, 2005, p. 15.

⁸ Cfr. F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 196 secondo il quale è dato riscontrare che le trasformazioni economico-industriali in atto hanno fatto sì che il contratto, oltre a svolgere la funzione che gli è propria, divenga mezzo di produzione della ricchezza per mezzo della creazione di prodotti finanziari. Vedono il contratto partecipe della natura di fonte del diritto E. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 4 s.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 432 ss. secondo il quale le regole contrattuali risultano sensibili anche ai principi del diritto comunitario sicché viene ridimensionata la netta separazione tra interpretazione del contratto e interpretazione della legge alla quale fare riferimento per la sua integrazione.

⁹ Su tale tematica, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*.

¹⁰ In tal senso v. le stimolanti osservazioni di M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 598, secondo il quale le indicazioni obbligatorie rappresentano una forma di intervento eteronomo sul regolamento negoziale dando luogo ad un'interpretazione cogente del contenuto contrattuale. L'a. giunge ad affermare che nemmeno un preventivo valido assenso del consumatore all'acquisto di prodotti alimentari che non rispettino i dettami della sicurezza alimentare imposti dalla legge possa essere ammissibile per consentirne una valida vendita. Quest'ultima considerazione sembra vada estesa anche alle fattispecie strettamente legate al profilo informativo.

¹¹ A. Germanò, *o.l.u.c.*



della buona fede¹² ed il dovere di informazione¹³ quali momenti essenziali per superare l'asimmetria informativa¹⁴ in cui operano produttore e consumatore. Emergono nuovi valori, si rafforzano quelli già noti, sicché l'autonomia negoziale in generale può essere esercitata nel rispetto del criterio di ragionevolezza, del principio di proporzionalità, per dare vita ad un equilibrio contrattuale¹⁵, ad un contratto giusto¹⁶. Il ruolo dell'autonomia privata deve essere ripensato¹⁷ in quanto, non essendo più espressione

di un valore in sé, deve essere rispondente a detti principi¹⁸ per ottenere un giudizio positivo da parte dell'ordinamento. La conclusione trova ancor più giustificazione alla luce del diritto comunitario¹⁹ grazie al quale tali concetti assumono una valenza generale, presenti anche nei contratti riguardanti il settore alimentare. Il diritto all'informazione²⁰, dal quale dipende anche l'equilibrio del contenuto negoziale, risulta essere espressione del dovere di buona fede²¹, sicché, nel rispetto del principio di

¹² Da ultimo, lo rileva pure G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *www.personaemercato.it*.

¹³ La fase precontrattuale è contrassegnata dal dovere di informazione: in argomento M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 609 ss.; C. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, Milano, 2007, *passim*; A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria e informazione nel settore agro-alimentare*, Milano, 2005, *passim*; EAD., *La comunicazione e la disciplina della pubblicità dei prodotti alimentari*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Trattato di Diritto agrario*, 3, *Il Diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 547 ss., spec. p. 555 ss.; E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 3 ss.; S. CARMIGNANI, *La tutela del consumatore tra comunicazione e informazione*, in A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE, *Il diritto alimentare tra comunicazione e informazione*, Torino, 2005, p. 135 ss.; più in generale, cfr. A.C. NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, *passim*. Per lo stretto collegamento corrente tra obbligo precontrattuale di informazione e dovere di buona fede, cfr. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 34 ss. Per una valutazione in ordine all'efficacia integrativa del dovere di buona fede v. M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in *Diritto privato europeo* a cura di Lipari, II, Padova, 1997, p. 659, secondo il quale, attraverso la regola dell'esecuzione del contratto secondo buona fede, si potrebbe cogliere il significato della regolamentazione contenuta nella direttiva.

¹⁴ In argomento cfr. V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 267 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, II, 2, Milano, 2008, 498; A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE, *Diritto agrario*, in *Tratt. dir. UE* diretto da Ajani e Bennacchio, XI, Torino, 2006, p. 381; C. LOSAVIO, *o.c.*, *passim*.

¹⁵ Sull'emersione dell'equilibrio contrattuale come valore cfr. pure G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 963; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 219 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 38 ss.

¹⁶ Su tali tematiche cfr., per tutti P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 20 ss.; ID. (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996, *passim*; N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 35; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo* a cura di Favale e Marucci, II, Napoli, 2003, p. 105 ss.

¹⁷ Sull'argomento v. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, I, 1999, c. 229 ss.; F. VOLPE, *I Principi*

Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale, in *Riv. dir. priv.*, 1999, I, p. 40 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 646 ss.; L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 23 s. ed *ivi*, nota 30, per altri riferimenti.

¹⁸ Più volte la Corte costituzionale ha fatto esplicito riferimento ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza: Corte cost., 3 maggio 2000, n. 164, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1465; Corte cost., 29 ottobre 1999, n. 406, *ivi*, 1999, p. 3150; Corte cost., 19 giugno 1998, n. 227, *ivi*, 1998, p. 1774; Corte cost., 10 maggio 1998, n. 154, *ivi*, 1999, p. 1553.

¹⁹ C. CATTABRIGA, *Il protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. Unione eu.*, 1998, p. 361 ss. evidenzia che il criterio di proporzionalità costituisce un principio cardine del diritto comunitario. In argomento cfr., diffusamente, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, *passim*.

²⁰ Reputa, invece, che l'esistenza di singoli doveri di informazione non sia in grado di configurare, in un quadro sistemico, l'esistenza di un principio generale dell'informazione perché la disciplina di derivazione comunitaria metterebbe in crisi proprio l'unitarietà del paradigma contrattuale: così A.C. NAZZARO, *o.c.*, *passim*, e p. 299 ss. La soluzione non pare condivisibile in quanto l'esistenza di norme di derivazione comunitaria capaci di incidere su figure contrattuali presenti nel sistema interno non pare in grado di frantumare l'unitarietà del sistema che, pur nella specificità delle singole discipline negoziali, deve necessariamente tenere conto delle regole dettate per i contratti in generale. La giurisprudenza in più di un'occasione ha collegato all'art. 1337 c.c. la responsabilità per omessa informazione: Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *De jure on line*; Cass., 5 maggio 2011, *ivi*; Trib. 22 marzo 2007, *ivi*; App. Bologna, 21 novembre 1996, *ivi*. La dottrina prevalente considera il dovere di informazione ascrivibile ai doveri che, se violati, risultano idonei a configurare una responsabilità contrattuale: per riferimenti v. C. CREA, *Commento all'art. 1337 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, IV, I, Napoli, 2010, p. 478 ss.

²¹ Per stimolanti considerazioni, cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 88; F. PROSPERI, *o.c.*, p. 665 s.; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, cit., p. 118; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 20 ss.; ID., *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, *ivi*, p. 942 ss. Anche con riferimento alla dottrina meno recente avverte il rischio che il riferimento a principi ed a criteri equitativi potrebbe condurre ad un concetto di buona fede inevitabilmente ambiguo e generico A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 74 ss. In ogni caso anche grazie ai contributi della dottrina e della giurisprudenza la clausola di buona fede è uscita





uguaglianza sostanziale, deve trovare applicazione in tutti i contratti²², correnti tra imprenditori o tra imprenditori e consumatori. In tale ambito si pone il problema dell'etichettatura e, più in particolare, della rilevanza delle indicazioni ivi riportate, sia che abbiano contenuto obbligatorio sia facoltativo. Numerosi, in proposito, sono stati gli interventi comunitari, evoluzione normativa oggi conclusasi con l'emanazione del Regolamento 1169/2011. Il suo scopo, come si dirà meglio in seguito, si desume dall'art. 1 ed è quello di fornire le basi idonee a garantire un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti, tenendo conto che essi possono avere differenti percezioni ed esigenze in materia di informazione²³, garantendo al tempo stesso il buon funzionamento del mercato interno. L'intervento comunitario si è mosso tenendo conto che il mercato, ed il mercato alimentare in particolare, è regolato da un complesso di norme che incidono sui rapporti tra gli operatori del settore alimentare in tutte le fasi della relativa filiera. Il mancato rispetto delle norme sull'etichettatura incide sull'attività dell'imprenditore e sull'atto singolo posto in essere dal consumatore allorché acquista il prodotto²⁴. Ciò

giustifica il diverso ruolo dell'informazione che può essere rivolta al mercato per la conquista di nuovi acquirenti o al singolo consumatore che di volta in volta, informato dal contenuto dell'etichetta, conclude il contratto. V'è quindi una comunicazione che, attraverso l'etichettatura, svolge una funzione di controllo diffuso del mercato alimentare quale elemento fondante della relativa politica di governo²⁵; ne sarebbe derivata una evoluzione della protezione del consumatore che, da una tutela di natura rimediale, è passata ad altra di carattere diffuso tesa a proteggere l'affidabilità del mercato le cui regole concernono la concorrenza, la sicurezza e le informazioni che riguardano gli alimenti²⁶. La rilevanza dell'alimento ha fatto sì che il soggetto tutelato non fosse soltanto l'acquirente ma, più in generale, tutti coloro che lo consumano, a prescindere che lo abbiano o no acquistato direttamente: ciò ha indotto ad estendere la normativa destinata a regolare la responsabilità del produttore per danni cagionati da prodotti difettosi²⁷ anche al settore alimentare²⁸ così come richiamato dall'art. 21 del Regolamento n. 178 del 2001. Gli stringenti interventi pubblici volti a regolare, in generale, il mercato e, più specificamente, il mercato alimentare sia sotto l'aspetto

dalla situazione di incertezza. Sul punto, anche per i dovuti riferimenti, A. MUSIO, *o.c.*, p. 32 ss.

²² Così F. PROSPERI, *o.l.u.c.*

²³ Ciò è giustificato dal fatto che il mercato ha visto un ribaltamento delle regole che lo disciplinano poiché, da un lato, v'è l'abbandono di un'economia volta alla soddisfazione dei bisogni essenziali, primari della società e, dall'altro, si può riscontrare la tendenza alla ricerca dell'abbondanza, del benessere e una sempre più vistosa segmentazione dei gusti a causa delle molteplici e variabili esigenze legate ai mutamenti repentini di abitudini e stili di vita: così A. JANNARELLI, *Iniziativa economica privata ed intervento pubblico nell'agricoltura orientata la mercato*, in ID., *Diritto agrario e società industriale*, tomo secondo, *Il sistema agro-alimentare*, Bari, 1993, p. 13 s. In argomento cfr. G. GALIZZI, *Il sistema agro-alimentare: caratteristiche, strategie, evoluzione*, in *Il sistema agroalimentare e la qualità dei prodotti. Profili tecnici, economici e giuridici*, Atti del Convegno, Verona 25-26 novembre 1991, Milano, 1992, p. 28, secondo il quale tanto le imprese agricole quanto le imprese alimentari vedono condizionato il loro successo dalle scelte volte a segmentare il mercato, a differenziare il prodotto, nonché dal successo delle azioni di *marketing*, di promozione ed individuazione dei canali commerciali e delle relative politiche sui prezzi. Da ultimo v. anche A. TOMMASINI, *La disciplina giuridica dell'etichettatura degli alimenti*, in L. COSTATO - A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, *Trattato di Diritto agrario*, 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 494, che, appurata la progressiva segmentazione del mercato alimentare, evidenzia l'evoluzione dell'alimentazione: da strumento per la soddisfazione di bisogni di natura fisiologica, a strumento per l'appagamento anche di necessità di carattere psico-culturale.

²⁴ Sebbene gli obblighi di informazione in capo alla parte venditrice siano funzionali a garantire l'assenza di effetti distorsivi sulla concorrenza (Accentua tale profilo E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 16), è pur vero che la corretta informazione incide sul singolo contratto permettendo l'espressione di un consenso

consapevole. La tutela del consumatore e del mercato passa anche per la valutazione della singola operazione che può entrare nel mercato soltanto se sostenuta da una fattispecie valida, espressione di un assetto di interessi meritevole di tutela. Il mercato non è altro che l'insieme degli scambi sicché la protezione del negozio risulta essere coesistente rispetto all'ortodossia del mercato (Sul punto v. già le stimolanti osservazioni di A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 111 s.)

²⁵ In argomento v. F. ALBISINNI, *Etichettatura dei prodotti alimentari*, in *Banca dati on line "Diritto alimentare"*, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

²⁶ E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 14; M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 606

²⁷ A. STOPPA, *Responsabilità del produttore*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1998; SCAMPILONGO, *La responsabilità civile del produttore*, in *Tratt. resp. Civ.*, Torino, 1998, *passim*; G. STELLA, *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1589 ss.; F. FEDRIZZI, *Responsabilità del produttore nel diritto dell'unione europea*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, 6, Torino, 2011, p. 767; relativamente al profilo alimentare v., per tutti, A. GERMANÒ, *La responsabilità dei prodotti difettosi in agricoltura*, in E. ROOK BASILE - A. MASSART - A. GERMANÒ, *Prodotti agricoli e sicurezza alimentare*, Milano, 2003, p. 529 ss.; ID., *La responsabilità del produttore agricolo*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario* a cura di Costato, Padova, 2003, p. 743 ss.; ID., *La responsabilità civile dell'impresa alimentare per danni da prodotto difettoso*, in *Banca dati on line "Diritto alimentare"*, in www.leggiditaliaprofessionale.it; R. VITOLO, *Il diritto alimentare nell'ordinamento interno e comunitario*, Napoli, 2003, p. 53 ss.

²⁸ M. TAMPONI, *o.c.*, p. 605.

dell'informazione sia sotto quello della sicurezza soprattutto ad opera del Regolamento n. 178 del 2001, ha indotto, tuttavia, ad affermare che la protezione del consumatore non può essere garantita con la disciplina della garanzia per i vizi della cosa o con la responsabilità del produttore, essendo invece demandata in maniera più rilevante ai controlli pubblici nonché alla eventuale comminazione delle relative sanzioni²⁹. Nondimeno, pare doversi rilevare che la tutela preventiva e quella rimediabile non si contrappongono in via alternativa. Infatti, pare possibile scorgere ancora un differente sistema di tutele: da un lato, la tutela del mercato che presuppone una protezione preventiva di carattere legislativo, amministrativo e di pubblici controlli esercitati dalle Autorità competenti; dall'altro, un rimedio squisitamente contrattuale volto a soddisfare le ragioni dell'acquirente. Tale duplicità di profili è conseguenza della distinzione delle "informazioni al mercato" e delle "informazioni contrattuali"³⁰ sicché, in presenza di una loro erroneità o falsità, differenti saranno le conseguenze ed i rimedi ove, per la tutela contrattuale, saranno applicabili quelli previsti dalle normative nazionali: ciò perché l'art. 3, par. 2, della Direttiva n. 29 del 2005, recante norme in materia di pratiche commerciali sleali nei riguardi del consumatore, stabilisce che questa non è di pregiudizio all'applicazione del diritto contrattuale dei singoli Stati e, segnatamente, delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto³¹.

In questa sede si vuole prendere in considerazione, maggiormente, tale ultimo profilo dal momento che, senza adeguata informazione, non si può dare vita ad un contratto meritevole di essere tutelato: a tal fine il regolamento negoziale risulta sempre più sensibile alla buona fede nella sua formazione ed esecuzione. L'esigenza è di carattere generale e si collega alla necessità di non apprestare tutela a condotte abusive³². Ne discende che l'equità del con-

tratto, intesa in senso lato, non può non riguardare anche i contratti dei consumatori dei prodotti alimentari ove, per le peculiarità della loro commercializzazione, si accentua il ruolo dell'informazione e, più in generale, quello della condotta secondo buona fede. In tale contesto, assolve ad una funzione particolare il sistema dell'etichettatura che deve essere considerato non un ostacolo tecnico agli scambi, bensì uno strumento privilegiato per contemperare gli opposti interessi dei soggetti attivi che operano nel mercato europeo³³. L'etichettatura viene a rappresentare un requisito essenziale per una descrizione ed individuazione dell'alimento e delle sue caratteristiche, comunicazione che in passato avveniva per mezzo di diretta valutazione del prodotto non confezionato ove il consumatore utilizzava, quale elemento per operare la scelta, la personale ed individualizzata conoscenza del venditore e/o del produttore³⁴.

2. L'etichetta e il suo valore giuridico.

Da quanto appena riferito, l'etichetta, unitamente alla sicurezza dei prodotti alimentari, è divenuta momento decisivo per regolare il mercato alimentare e per orientare le scelte del consumatore³⁵. Questa ha il compito di svolgere quella funzione informativa nell'attuale mercato "muto"³⁶, riavvicinandolo in qualche modo al mercato parlato di un tempo. La dottrina ha riconosciuto nell'etichetta dei

contratto di lavoro in relazione all'obbligo di solidarietà imposto alle parti contraenti dalla comunione di scopo che entrambe, sia pure in diversa e talora opposta posizione, perseguono. Il principio enunciato ha carattere generale e pare possa trovare applicazione pure nella materia dei contratti agrari. Sul rapporto tra mancata osservanza del dovere di cooperazione e la figura dell'abuso del diritto v. G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 85 ss.

³³ Per un'analoga conclusione v. P. PUOTI, *Etichettatura dei prodotti agro-alimentari: aspetti problematici*, Relazione al XVII Congresso UAE tenutosi a Pescara nei giorni 19-21 giugno 2003.

³⁴ F. ALBISINNI, *Etichettatura dei prodotti alimentari*, cit.

³⁵ Lo rileva, da ultimo, N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare*, in L. COSTATO - A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE, in *Trattato di Diritto Agrario*, 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 322, secondo il quale la questione della comunicazione nel mercato è di primaria importanza e, unitamente alla sicurezza dei prodotti, costituisce un punto centrale nella struttura del mercato dei prodotti alimentari. In argomento cfr. A. GERMANÒ, *Situazioni giuridiche protette con riguardo alla localizzazione geografica della produzione: il marchio geografico ed il marchio regionale di qualità*, in F. SALARIS (a cura di), *I "messaggi" nel mercato dei prodotti agro-alimentari*, Torino, 1997, p. 42; ID., *Corso di diritto agroalimentare*, Torino, 2007, p. 145 ss.

³⁶ Lo rileva pure C. LOSAVIO, o.c., p. 11.

²⁹ M. TAMPONI, o.c., p. 612.

³⁰ G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, *Abusi di mercato-tutela dell'ambiente*, Milano, 2008, p. 589.

³¹ In argomento cfr. per tutti A. GERMANÒ, *Informazioni alimentari halal: quale responsabilità per un'etichetta non veritiera?*, in *Riv. dir. agr.*, 3, 2010, p. 5.

³² In generale, sulla figura dell'abuso del diritto cfr. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss. Sul rapporto tra equilibrio contrattuale ed abuso v. pure S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 227 s. La giurisprudenza (Cass., 8 settembre 1995, n. 9501, in *Dir. lav.*, 1997, II, p. 288 ss.; Cass., 20 novembre 1997, n. 11573, in *Notiziario giur. lav.*, 1997, p. 693), decidendo in tema di condotta antisindacale, ha precisato che la condotta del datore di lavoro può assumere rilevanza anche quando, pur lecita, presenti i caratteri dell'abuso di diritto: in tal caso il comportamento di questi, qualora si concretizzi nell'uso abnorme delle relative facoltà, assume carattere di illiceità per contrasto con i principi di correttezza e buona fede, i quali assumono a norma integrativa del



prodotti alimentari la funzione di individuare³⁷ il prodotto offerto sul mercato, consentendo al consumatore scelte consapevoli. La doverosa informazione del consumatore, specie del consumatore di alimenti, permea intensamente tutta la fase precontrattuale: essa, superando la naturale “asimmetria informativa” consente ad uno degli attori principali del mercato di esprimere un consenso informato e consapevole nel momento in cui addviene alla conclusione dell’atto negoziale.

In questi ultimi anni è riscontrabile un progressivo affermarsi di regole che puntano a fare della qualità (non soltanto igienico-sanitaria) e dell’identità degli alimenti una caratteristica affermata e verificabile anche per i prodotti di massa, nonché di notizie che sottolineano il ruolo dell’etichettatura quale veicolo privilegiato per la loro diffusione: quest’ultima diviene lo strumento per informare il pubblico delle caratteristiche, dei pregi veri o presunti, delle specifiche identità dell’alimento inserendosi nella concreta fattispecie negoziale ove il consumatore orienta la propria scelta influenzata dall’esplicita assicurazione del produttore e del venditore: le caratteristiche dell’alimento sono precisate e dichiarate nell’etichetta con una ricchezza di informazioni ignota sino ad un recente passato³⁸. L’informazione non è più la diffusione di una notizia nota al produttore, ma diviene un tutt’uno con il bene identificandone un requisito per la commerciabilità. Ne sono prova, da ultimo, gli artt. 3, par. 3, e 54 Reg. 1169/2011 dai quali emerge che gli alimenti immessi sul mercato etichettati in modo tale da non soddisfare i requisiti previsti dallo stesso possono essere commercializzati fino all’esaurimento delle scorte. Nella dialettica corrente tra produttore e consumatore³⁹ l’attenzione non è stata sensibile ai soli interessi economici presenti nel mercato; anzi, l’esigenza di tutelare i diritti dei consumatori si è affacciata in modo sempre più forte. A tal fine sono state adottate norme idonee ad assicurare un’informazione compiuta, garantendo altresì scelte d’acquisto consapevoli anche perché la libertà di concorrenza, quale strumento indispensabile per la conquista del mercato, non può prescindere dal rafforzamento della tutela del suo primo protagonista.

L’etichetta, comprensiva tanto delle indicazioni obbligatorie quanto di quelle volontarie, rappresenta, quindi, lo strumento necessario per il consumato-

re al fine di individuare il bene, assumendo il valore di contenuto della proposta contrattuale quale offerta al pubblico⁴⁰, accessibile in via immediata all’acquirente dell’alimento⁴¹. In altre parole, tali informazioni fanno parte dello stesso regolamento negoziale e, in quanto vere e proprie clausole predisposte non consensualmente dai contraenti bensì da una sola di esse (cioè quella fornita di maggiore potere contrattuale nonché di superiore professionalità e conoscenza), devono necessariamente rispettare anche i dettami di cui all’art. 1341 c.c. al fine di consentire una loro chiara e sicura conoscenza o conoscibilità al consumatore⁴². Sulla base del principio della serietà della proposta, emerge che questa, soprattutto quando trattasi di promessa al pubblico, può essere modificata solo con determinate modalità ed entro certi termini: in tema di alimenti, il legislatore pare abbia sensibilmente accentuato tale profilo tipizzando il procedimento di determinazione del contenuto contrattuale e della relativa proposta, finendo per impedirne la possibilità di modificare i suoi estremi⁴³. Pertanto, il contratto risente del contenuto dell’etichetta anche sotto il profilo della forma che rileva non soltanto quando il negozio è formale, ma anche quando è prescritta una certa modalità - appunto «formale» - per documentare le condizioni contrattuali: sotto tale ultimo profilo, la forma «disegna» i vincoli della determinazione contrattuale e della sua comunicazione⁴⁴, anche nei contenuti dei messaggi pubblicitari. In proposito

⁴⁰ Sulle possibili conseguenze di una difformità dell’etichettatura nell’ipotesi di offerta *ad incertam personam* v. di recente S. MASINI, *Promessa e responsabilità nelle dichiarazioni in etichetta*, cit., p. 744.

⁴¹ Cfr. in tal senso A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 139; ID., *Informazione alimentare halal: quale responsabilità per un’etichetta non veritiera?*, cit., p. 2.

⁴² Secondo parte della dottrina la buona fede *in contrahendo*, allorché si sia in presenza del potere di predisporre e utilizzare unilateralmente condizioni generali di contratto, se violata non inciderebbe sulla validità della fattispecie, ma si profilerebbe quale abuso del diritto dell’autonomia (o libertà) contrattuale che l’ordinamento riconosce soltanto nei limiti in cui è correttamente utilizzata: così G. D’AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 348.

⁴³ In tal senso v. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 598.

⁴⁴ Così, quasi testualmente, A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 137. Accentuano il ruolo dell’informazione nella formazione del contratto pure F. DI MARZIO (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 12 e G. DE NOVA, *Informazione e controllo: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 708.

³⁷ A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 139.

³⁸ F. ALBISINNI, *o.c.*, paragrafo 5.

³⁹ Per la protezione del consumatore di prodotti alimentari v. S. CARMIGNANI, *Tutela del consumatore di alimenti*, in *Banca dati on line “Diritto alimentare”*, in www.leggidigitaliprofessionale.it.



pare da condividere l'insegnamento di chi⁴⁵ richiama il concetto di neo-formalismo visto che l'etichettatura assolve verso il consumatore di alimenti la stessa funzione che l'informazione ha negli altri contratti con i consumatori.

Il fenomeno descritto ha spinto⁴⁶ ad evidenziare l'evoluzione del ruolo dell'informazione che non è più soltanto tesa a rendere edotto il consumatore nelle scelte da operare, consentendo di considerare viziato il contratto contraddistinto da una insufficiente informazione, ma si pone quale vero strumento di protezione dello stesso, in quanto acquirente, anche in funzione della sua sicurezza. Tale ultimo assunto sembra essere comprovato ove si pensi alla disciplina degli alimenti e mangimi OGM per i quali il legislatore comunitario ne ha imposto l'obbligo di etichettatura, seppure con qualche eccezione, dando luogo a discrasie⁴⁷. Sembra, tuttavia, che una sempre più completa informazione se, da un lato, tutela maggiormente del consumatore, dall'altro, si può risolvere, in talune ipotesi, in una sua accentuata responsabilizzazione, con conseguente attenuazione della responsabilità del produttore: si pensi sempre all'ipotesi in cui derivi un danno al consumatore per aver ingerito un alimento GM, rispettoso di tutte le normative comunitarie autorizzatorie e di etichettatura, sul quale ricadrà la responsabilità della scelta di aver consumato l'alimento dal momento che tale ipotesi rientrerebbe nella fattispecie del c.d. rischio da sviluppo contemplato dal Codice del Consumo che comporta l'esclusione della responsabilità del produttore⁴⁸.

⁴⁵ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, cit., p. 513. In proposito si discorre di neo-formalismo negoziale per evidenziare che il corretto scambio di informazioni tra i contraenti viene assicurato anche dalle modalità fissate dalla legge per l'esteriorizzazione degli atti di autonomia privata: sulla relazione tra forma dell'atto e forma come segno rivelatore del contenuto del contratto v. anche N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, *passim*; v., inoltre, C. LOSAVIO, *o.c.*, p. 131.

⁴⁶ M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 596.

⁴⁷ Per tutti, cfr. E. SIRSI, *Alimenti OGM*, in *Banca dati on line "Diritto alimentare"*, in www.leggiditaliaprofessionale.it; M. BENOZZO, *Alimenti geneticamente modificati*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, in *Trattato di Diritto agrario*, 3, *Il Diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 149 ss.

⁴⁸ In tal senso cfr. A. GERMANÒ, *La responsabilità civile dell'impresa alimentare per danni da prodotto difettoso*, cit., spec. paragrafo 9, che pone il problema su chi debba ricadere la responsabilità di un danno scaturito dall'ingerimento di un prodotto GM quando il produttore alimentare non abbia posto in essere una condotta illecita, cioè ove l'alimento con OGM sia stato debitamente autorizzato e il produttore abbia rispettato pedissequamente la legge. L'A. esclude l'applicazione della Direttiva n. 34/1999 sulla responsabilità per prodotto difettoso, peraltro richiamata dall'art. 21 del Reg. 178/2002 perché, seb-

Le informazioni contenute in etichetta acquistano, pertanto, valore di contenuto legale standardizzato dell'informazione che si rivolge sia al singolo consumatore, sia alla moltitudine degli stessi per preservarne, in primo luogo, la sicurezza⁴⁹.

3. L'informazione del consumatore alimentare: un'evoluzione conclusasi con il Regolamento n. 1169 del 2011.

Il ruolo preponderante dell'etichetta è dovuto principalmente agli interventi del legislatore comunitario e nazionale: v'è stata, infatti, una evoluzione della disciplina sull'etichettatura che, grazie anche ad importanti interventi comunitari, si è arricchita di un'ampia serie di disposizioni, di carattere generale (c.d. normative orizzontali), ovvero specificamente riferite ad alcune classi di prodotto (c.d. normative verticali). Al fine di armonizzare la disciplina in ordine alle indicazioni da riportare in etichetta, il legislatore comunitario aveva emanato la Direttiva n. 2000/13 del 20 marzo 2000⁵⁰ dettando norme in materia di etichettatura, presentazione e pubblicità dei prodotti alimentari e definendo etichetta "l'insieme delle menzioni, delle indicazioni dei marchi di fabbrica o di commercio, delle immagini o dei simboli

bene preveda la responsabilità oggettiva del produttore per i danni causati al consumatore, concede la facoltà agli Stati membri di escluderla qualora le conoscenze disponibili al momento della produzione escludessero rischi: facoltà questa di cui si è avvalsa l'Italia dal momento che l'art. 118, comma 1 lett. e) del Codice del Consumo stabilisce che la responsabilità è esclusa se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso. L'A. conclude affermando che, sebbene l'art. 7, par. 7, del Regolamento n. 1829/2003 (sulla procedura centralizzata dell'autorizzazione degli Ogm) stabilisca che la concessione dell'autorizzazione non riduce la responsabilità civile e penale in relazione all'alimento oggetto dell'autorizzazione, deve tenersi presente che se l'Ogm risulta, come deve essere, indicato nell'etichetta, la responsabilità potrebbe essere esclusa in capo al produttore dato che il consumatore, sapendone il rischio, volutamente, ha ingerito tale alimento.

⁴⁹ M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 597 secondo il quale le informazioni in etichetta, acquistando valore di contenuto legale standardizzato dell'informazione, si rivolge non più al singolo consumatore, bensì alla compagine dei consumatori preservando in primo luogo la loro sicurezza.

⁵⁰ La Direttiva 20 marzo 2000, n. 2000/13/CE, relativa al ravvicinamento della legislazione degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, ha sostituito la Direttiva 18 dicembre 1978, n. 79/112/CEE nonché le altre *medio tempore* intervenute e ha costituito una codificazione della disciplina già vigente, non introducendo però modifiche di rilievo rispetto a quelle già introdotte ad esempio nel 1997 dalla Direttiva 27 gennaio 1997, n. 97/4/CE.





che si riferiscono al prodotto alimentare⁵¹; tale direttiva ha subito modifiche *medio tempore* e oggi risulta superata dal recente Regolamento n. 1169 del 2011⁵¹. La dottrina⁵² aveva da tempo auspicato l'emanazione di una riforma comunitaria del sistema dell'etichettatura ponendo, tuttavia, in primo luogo, già nella fase del proposta di Regolamento del 2008, un quesito in ordine alla sua legittimità; veniva osservato che tale Regolamento, così come altri dettati in materia di sicurezza alimentare⁵³, traendo la sua base giuridica dall'art. 95 TCE volto al ravvicinamento delle legislazioni nazionali per agevolare la determinazione del mercato unico, anziché ravvicinare avrebbe unificato, sostituendosi alle normative nazionali e lasciando margini esigui di movimento in ordine alle possibili scelte⁵⁴. Ad ogni buon conto, si aggiungeva, l'adozione del Regolamento avrebbe evitato problemi di adeguamento delle legislazioni alimentari da parte dei singoli Stati membri garantendo ancor meglio la circolazione delle merci nel mercato unico⁵⁵.

⁵¹ Il Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, oltre alla Direttiva n. 13 del 2000, ha, da un lato, abrogato e sostituito la Direttiva 87/250/CEE della Commissione, del 15 aprile 1987, relativa all'indicazione del titolo alcolometrico volumico nell'etichettatura di bevande alcoliche destinate al consumatore finale; la Direttiva 90/496/CEE del Consiglio, del 24 settembre 1990, relativa all'etichettatura nutrizionale dei prodotti alimentari; la Direttiva 1999/10/CE della Commissione, dell'8 marzo 1999, che introduce deroghe alle disposizioni di cui all'articolo 7 della direttiva 79/112/CEE del Consiglio per quanto riguarda l'etichettatura dei prodotti alimentari; la Direttiva 2002/67/CE della Commissione, del 18 luglio 2002, relativa all'etichettatura dei generi alimentari contenenti chinino e dei prodotti alimentari contenenti caffeina; la Direttiva 2008/5/CE della Commissione, del 30 gennaio 2008, relativa alla specificazione sull'etichetta di alcuni prodotti alimentari di altre indicazioni obbligatorie oltre a quelle previste dalla direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; il Regolamento n. 608/2004/CE della Commissione, del 31 marzo 2004, relativo all'etichettatura di prodotti e ingredienti alimentari addizionati di fitosteroli, esteri di fitosterolo, fitostanoli e/o esteri di fitostanolo e, dall'altro, ha modificato anche il Regolamento (CE) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, nonché il Regolamento (CE) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, sull'aggiunta di vitamine e minerali e di talune altre sostanze agli alimenti.

⁵² L. COSTATO, *L'informazione dei consumatori postrema frontiera della C.E.*, in *Riv. dir. alimentare*, 2008, n. 4, p. 1, secondo il quale l'etichettatura dei prodotti alimentari non aveva ancora acquisito caratteri di ferma attendibilità, quasi "spaventevoli" propri delle informazioni rese dalle imprese farmaceutiche per i relativi prodotti, essendo invece regolamentata da normative sparse, talvolta confuse e poco chiare.

⁵³ Si pensi al Reg. 178/2002 e ai regolamenti inseriti nel c.d. Pacchetto igiene.

⁵⁴ In tal senso v. L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, in *Riv. dir. agr.*, 2011, p. 674.

⁵⁵ L. COSTATO, *o.u.c.*, p. 659. Anche la giurisprudenza comunitaria, in più di un'occasione fin dal 1978, aveva cercato di favo-

Il monito non era stato inopportuno. Giova, infatti, ricordare che il legislatore italiano, prima dell'emanazione del Regolamento n. 1169 del 2011, aveva promulgato la legge 3 febbraio 2011, n. 4, quale vicenda evolutiva della disciplina del *made in Italy* contenente disposizioni in materia di etichettatura e di qualità dei prodotti alimentari⁵⁶: tale legge è stata interessata dalla procedura d'infrazione sollevata dalla Commissione europea⁵⁷. L'intervento del legislatore Italiano aveva l'obiettivo di rilanciare la competitività del settore agroalimentare, definendo regole chiare a tutela dei consumatori. Nelle more dell'emanazione del Regolamento n. 1169 del 2011 era stato auspicato⁵⁸ che, in linea con il Trattato di Lisbona che ha riconosciuto ai Parlamenti nazionali un ruolo attivo per il buon funzionamento dell'Unione (art. 12 TUE), la legge n. 4 del 2011, piuttosto che essere esaminata nel suo stretto significato normativo, potesse essere intesa come strumento di partecipazione politica al processo legislativo europeo sì da poter incidere sul regolamento

rire un processo di armonizzazione delle norme dei singoli Stati membri sull'etichettatura: cfr. Corte CE, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *REWE-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.*, 1979, p. 648; Corte CE, 12 marzo 1987, causa C-178/84, *Commissione CE c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 1997, p. 1262; Corte CE 14 luglio 1988, causa C-407/85, *Drei Glocken G.m.b.H. e Kritzinger c. USL Centro-sud e provincia autonoma di Bolzano* e Corte CE, 14 luglio 1988, causa C-90/86, *Zoni*, in *Racc.*, 1988, p. 4300; Corte CE, 14 luglio 1988, causa C-298/87, *Smanor SA*, in *Racc.*, 1988, p. 4507.

⁵⁶ Punto focale della legge era l'art. 4 che, oltre a imporre l'indicazione dell'eventuale presenza di OGM per tutti i prodotti alimentari, trasformati e no, obbligava a riportare nell'etichetta anche l'indicazione del luogo di origine o di provenienza dei prodotti agroalimentari, anche al fine di garantirne la tracciabilità e prevedendo nuove sanzioni per assicurarne il rispetto. Prima di tale provvedimento legislativo l'indicazione d'origine era obbligatoria per carne di pollo e derivati (norma nazionale), carne bovina, frutta e verdura fresche, uova, miele, passata di pomodoro (norma nazionale), latte fresco (norma nazionale), pesce, olio extravergine di oliva. Non era invece richiesta per pasta, carne di maiale e salumi, carne di coniglio, frutta e verdura trasformata, derivati del pomodoro diversi da passata, formaggi, derivati dei cereali (pane, pasta), carne di pecora e agnello, latte a lunga conservazione. La *ratio* della norma consisteva nell'evitare la possibilità di confusione dei prodotti dovuta ad etichette ingannevoli, valorizzando le produzioni nazionali di cui è ricco il Paese, scongiurando, come era espressamente previsto dall'art. 5, che l'omissione delle informazioni relative al luogo di origine o di provenienza dei prodotti alimentari potesse costituire pratica commerciale ingannevole a norma del codice del consumo (art. 21 ss.). A tal fine la pubblicità degli alimenti avrebbe dovuto consentire al consumatore di comprendere la provenienza del prodotto e sarebbe stata considerata ingannevole quella che avesse evocato il *made in Italy* senza che ne possedesse le dovute caratteristiche.

⁵⁷ Lo rileva F. ALBISINNI, *Il made in Italy dei prodotti alimentari e gli incerti tentativi del legislatore italiano*, in http://agrireregionieuropa.univpm.it/dettart.php?id_articolo=777.

⁵⁸ F. ALBISINNI, *o.u.c.*

che stava formandosi in merito alla informazione alimentare dei consumatori.

Il legislatore europeo, sfavorevole all'indicazione obbligatoria del Paese d'origine degli alimenti idonea ad invitare implicitamente il consumatore ad acquistare il prodotto nazionale frammentando il mercato unico, con il Regolamento n. 1169/2011 torna ad affrontare il problema da un lato, già a partire dai considerando 29 e 30⁵⁹ e, dall'altro, qualificando il paese d'origine o il luogo di provenienza quali indicazioni obbligatorie da riportare in etichetta secondo quanto stabilito all'art. 26 (art. 9, par. 1, lett. i)⁶⁰. Inoltre il sopra indicato

⁵⁹ Le indicazioni relative al paese d'origine o al luogo di provenienza di un alimento dovrebbero essere fornite ogni volta che la loro assenza possa indurre in errore i consumatori per quanto riguarda il reale paese d'origine o luogo di provenienza del prodotto e, comunque, dovrebbe essere fornita in modo tale da non trarre in inganno il consumatore e sulla base di criteri chiaramente definiti in grado di garantire condizioni eque di concorrenza per l'industria. Proprio per realizzare un'adeguata informazione e per attuare una concorrenza efficace e leale, in taluni casi, è consentito agli operatori del settore alimentare di scegliere di indicare su base volontaria l'origine di un alimento per richiamare l'attenzione dei consumatori sulle qualità del loro prodotto. Per una puntuale notazione sul rapporto corrente tra "paese d'origine e luogo di provenienza" cfr. F. ALBISINNI, *Il nuovo Regolamento UE sull'informazione ai consumatori*, in <http://www.georgofili.net/schedadigitale.asp?IDV=3152>.

⁶⁰ Il Regolamento reca anche la definizione di "luogo di provenienza" alla lett. g) del par. 2 dell'art. 2 che va letta in combinazione disposto con il par. 3 del medesimo articolo, definizione che richiama, distinguendola espressamente dalla stessa, l'indicazione di "luogo di origine" disciplinata dall'art. 24 del Regolamento CEE n. 2913 del 1992 (c.d. Codice Doganale). Tale richiamo, tuttavia, non è parso (Cfr. L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, cit., p. 661 s. e spec. p. 665 s., il quale denuncia come la formulazione dell'art. 26 sia espressione del travaglio decisionale: da un lato, si vorrebbe che fosse evidenziata il più possibile l'origine dei prodotti mentre, dall'altro, si limita a chiedere la conoscenza dell'origine di determinati prodotti, quali carni e latte, tipici del nord Europa) felice dal momento che esso mal si concilia con l'art. 26 del medesimo Regolamento dettante le norme in materia di "Paese d'origine o luogo di provenienza": infatti, da un lato, il paese d'origine, in base al Codice doganale, si riferisce ad una merce (nell'ipotesi che qui interessa, un alimento) prodotta con la contribuzione di due o più Stati e, in questo caso, l'origine sarebbe determinata dal Paese in cui è avvenuta l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale conclusasi con l'ottenimento di un prodotto nuovo o che abbia rappresentato una fase importante del processo di fabbricazione; dall'altro, l'art. 26, sancisce che le indicazioni del paese d'origine o del luogo di provenienza in etichetta sono obbligatorie laddove, in via generale, la loro eventuale omissione possa essere idonea ad indurre in errore il consumatore (par. 2, lett. a) e ove, specificamente, si tratti di etichettare carni di cui all'Allegato XI (par. 2, lett. b). Pare opportuno rilevare come il legislatore sembri parzialmente rimediare alle possibili zone d'ombra derivanti dal richiamato riferimento al Codice doganale che avrebbe potuto consentire all'operatore del settore alimentare di evitare di indicare il luogo di origine di eventuali materie prime, anche parzialmente lavorate, che avessero una origine diversa da quella in cui fosse stata effettuata la lavora-

provvedimento comunitario, con l'art. 38 ss. dello stesso, regola le modalità di adozione di disposizioni nazionali prevedendo come sia possibile intervenire anche per la protezione dei consumatori: gli Stati membri possono introdurre regole concernenti l'indicazione obbligatoria del paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti ove sia comprovato un nesso tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza⁶¹. Sulla base di quanto detto, è stato affermato che il Regolamento n. 1169 del 2011, prevedendo che il singolo Stato membro possa introdurre disposizioni concernenti l'indicazione obbligatoria del paese di origine o del luogo di provenienza, ove questi determinino in maniera comprovata talune qualità dell'alimento, potrà riaccendere sopite polemiche ma ciò, in ogni caso, testimonia l'applicazione progressivamente più estesa del principio di sussidiarietà, stante un orientamento favorevole a rimettere agli Stati membri alcune scelte a condizione che non incidano sulla libera circolazione delle merci⁶².

Ad ogni buon conto, più in generale, il Regolamento, nel disciplinare l'etichettatura in maniera uniforme in tutto il territorio comunitario, si muove prevalentemente ribadendo la prospettiva tesa alla tutela del mercato, della concorrenza e del consumatore la cui nozione risulta essere più ampia rispetto a quella accolta nel codice del consumo⁶³; ol-

zione finale o più importante: infatti, al par. 3 dell'art. 26 si prevede che, in questo caso, va alternativamente indicato o il paese d'origine o il luogo di provenienza di tale ingrediente primario o, più genericamente, la mera diversità di questo con il paese d'origine o di provenienza dell'alimento; ad ogni buon conto, la Commissione potrà prevedere attraverso norme di esecuzione regole specifiche in ordine a tali informazioni. In argomento, più diffusamente, cfr. F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2009, p. 87 ss.; ID., *I codici europei dell'agricoltura, dopo Lisbona*, in L. COSTATO, P. BORGHI, L. RUSSO e S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, 2011, p. 17; ID., *Il Made in Italy dei prodotti alimentari e gli incerti tentativi del legislatore italiano*, cit.

⁶¹ Tuttavia si ricordi come sia stato evidenziato che potrebbe riscontrarsi una certa "marginalità" dei poteri statali, soprattutto in Italia in cui v'è una competenza concorrente tra Stato e Regioni, dato l'incisivo potere comunitario che, in base all'art. 154 del Trattato, indirizzato a garantire una libera circolazione dei prodotti nel mercato comune: così, quasi testualmente, L. COSTATO, *L'informazione dei consumatori postrema frontiera della C.E.*, cit., p. 5.

⁶² Per tali considerazioni cfr. L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, cit., p. 670 s.

⁶³ Giova rilevare che il par. 3 dell'art. 1 Reg. 1169/2011 ribadisce l'ampliamento della tradizionale nozione di consumatore finale visto che stabilisce che il regolamento si applica a tutti gli alimenti destinati al consumatore finale, compresi quelli forniti dalle collettività, e a quelli destinati alla fornitura delle collettività, nonché ai servizi di ristorazione forniti da imprese di trasporto quando il luogo di partenza si trovi nel territorio di Stati membri cui si applica il Trattato. Il consumatore, pertanto,

tre alla predisposizione di un elenco di tutte le indicazioni obbligatorie⁶⁴ di cui si dirà di qui a poco, la disciplina prevede come queste debbano essere riportate in etichetta in una lingua facilmente comprensibile per i consumatori degli Stati membri nei quali l'alimento venga commercializzato, ferma restando la possibilità che quest'ultimi possano imporre l'utilizzo di una o più lingue ufficiali dell'Unione per i prodotti circolanti nei relativi mercati nazionali (art. 15)⁶⁵; a tal fine vengono dettate norme dettagliate sia sulle modalità di posizionamento (art. 12) – stabilendo che le informazioni obbligatorie debbono essere rese disponibili e facilmente accessibili su tutti gli alimenti e che, quando trattasi di alimenti preimballati⁶⁶, queste debbono apparire direttamente anche sull'imballaggio o su un'etichetta ad esso apposta – sia sulle modalità di presentazione (art. 13)⁶⁷. La chiarezza e la traspa-

renza della etichettatura non può prescindere dalla sua agevole comprensibilità: di ciò è significativo il considerando n. 37 secondo il quale per consentire al consumatore finale le basi per effettuare scelte consapevoli, è importante assicurare che questi comprenda facilmente le informazioni fornite sulle etichette⁶⁸.

Il legislatore comunitario ribadisce, come oramai di consueto, il principio dell'elevato livello di protezione dei consumatori⁶⁹ anche in materia di informazioni estendendo a tutti gli operatori del settore alimentare l'obbligo di fornire informazioni determinanti per consentire scelte consapevoli, non solo dettando regole puntuali, ma anche introducendo un approccio per principi a cui questi debbono attenersi. A tal fine vengono introdotte regole relative alle pratiche leali d'informazione tra le quali, oltre a quelle già in vario modo previste in precedenza, spicca il divieto di suggerire, nella descrizione o nelle illustrazioni, "la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente"⁷⁰. Dal mancato rispetto di regole e prin-

non è più solamente il consumatore finale, cioè la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. L'esigenza primaria di tutela del consumatore rispetto al professionista è ribadita dall'art. 3 ove si legge che la fornitura di informazioni sugli alimenti tende a un livello elevato di protezione della salute e degli interessi dei consumatori, fornendo loro le basi per effettuare scelte consapevoli e per utilizzare gli alimenti in modo sicuro, nel rispetto, in particolare, di considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche.

⁶⁴ Vi sono però casi in cui l'inserimento delle indicazioni obbligatorie di cui all'art. 9 può essere disatteso: cfr., ad esempio, in tal senso l'art. 19 in relazione ai casi in cui può essere omissa l'elenco degli ingredienti nonché l'art. 20 che elenca una serie di prodotti che, a certe condizioni, possono essere omissi dall'etichetta.

⁶⁵ In argomento cfr. Corte di Giustizia, 14 luglio 1998, C-385/96, *Goerres*.

⁶⁶ L'art. 12 richiama l'art. 44 per gli alimenti non preimballati, cioè alimenti offerti in vendita al consumatore finale o alle collettività senza preimballaggio oppure siano imballati sui luoghi di vendita su richiesta del consumatore o preimballati per la vendita diretta: in questi casi solo la fornitura dell'informazione relativa alla presenza nell'alimento, ancorché in forma alterata, di ingredienti o coadiuvanti tecnologici di cui all'Allegato II che possono provocare allergie risulta essere obbligatoria; le altre informazioni di cui gli artt. 9 e 10 del Regolamento n. 1169 del 2011 non dovranno essere riportate obbligatoriamente salvo che i singoli Stati membri non ne prevedano l'inserimento obbligatorio essendo loro riconosciuta la possibilità anche di dettare regole in ordine alle modalità con cui esse debbano essere rese disponibili.

⁶⁷ L'art. 13 del Regolamento n. 1169 del 2011 detta regole dettagliate in tal senso stabilendo che (par. 1) "Fatte salve le misure nazionali adottate ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, le informazioni obbligatorie sugli alimenti sono apposte in un punto evidente in modo da essere facilmente visibili, chiaramente leggibili ed eventualmente indelebili. Esse non sono in alcun modo nascoste, oscurate, limitate o separate da altre indicazioni scritte o grafiche o altri elementi suscettibili di interferire". Viene, inoltre, stabilito che, fatte salve le specifiche disposizioni dell'Unione applicabili a particolari alimenti, le indicazioni obbligatorie di cui all'articolo 9, paragrafo 1, che appaiono sull'imballaggio o sull'etichetta a esso apposta sono stampate in modo da assicurare chiara leggibilità, in caratteri la cui

parte mediana (altezza della x), definita nell'allegato IV, deve essere pari o superiore a 1,2 mm (par. 2) e che, nel caso di imballaggi o contenitori la cui superficie maggiore misura meno di 80 cm², l'altezza della x della dimensione dei caratteri di cui al paragrafo 2 dovrà essere pari o superiore a 0,9 mm. (par. 3). Giova evidenziare come venga previsto che indicazioni obbligatorie quali la denominazione dell'alimento, la quantità netta dell'alimento ed il titolo alcolometrico volumico effettivo (per le bevande che contengono più di 1,2% di alcol in volume) debbano apparire nello stesso campo visivo (par. 5), fatta salva la possibilità per la Commissione, mediante atti delegati ai sensi dell'art. 51, di estendere le regole tale regola anche ad indicazioni obbligatorie complementari per tipi o categorie specifici di alimenti. Da ultimo, al fine di perseguire gli obiettivi posti dal Regolamento n. 1169 del 2011, la Commissione potrà stabilire, sempre sulla base dell'art. 51, ulteriori norme in materia di leggibilità.

⁶⁸ Il Considerando n. 37 reputa, infatti, opportuno che l'etichetta rechi il termine «sale» invece del termine corrispondente della sostanza nutritiva «sodio»: ovviamente tale esigenza può essere comune ad altre indicazioni.

⁶⁹ Cfr. l'art. 1, par. 1 del Regolamento n. 1169 del 2011 secondo cui "Il presente regolamento stabilisce le basi che garantiscono un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti, tenendo conto delle differenze di percezione dei consumatori e delle loro esigenze in materia di informazione, garantendo al tempo stesso il buon funzionamento del mercato interno".

⁷⁰ Il legislatore si è mostrato sensibile ad un problema estremamente diffuso legato soprattutto alla presentazione dell'alimento: si pensi a confezioni di maionese sulle quali sono raffigurati gli ingredienti base per la preparazione del prodotto a fronte del fatto che l'operatore alimentare può sostituire un ingrediente normalmente utilizzato come, nell'esempio fatto, le uova con un altro ingrediente quali proteine di soia: in questo caso la norma impone di indicare in prossimità della denominazione dell'alimento l'ingrediente utilizzato, con caratteri di al-



cipi deriva una responsabilità (art. 8) che il legislatore ha inteso attribuire non solo all'operatore con il cui nome o con la cui ragione sociale è commercializzato il prodotto, ma anche all'importatore qualora il primo non sia stabilito nell'Unione: la responsabilità cade sul dovere di assicurare la presenza e l'esattezza delle informazioni, conformemente alla normativa. La responsabilità viene, altresì, estesa anche agli operatori che, sebbene non influiscano sulle informazioni relative agli alimenti, conoscendone o presumendone la non conformità rispetto alla disciplina legale in base ad informazioni in loro possesso, mettano in commercio (*rectius*, forniscano) l'alimento: i distributori non saranno responsabili qualora riescano a dimostrare che sospetti di tal genere non potevano o non erano di fatto emersi con la conseguenza di poter attribuire la responsabilità sull'operatore che ha predisposto ed apposto l'etichetta sul prodotto con il suo nome⁷¹. La norma, inoltre, vieta all'operatore del settore alimentare, nell'ambito delle imprese che controlla, di modificare le informazioni riportate in etichetta quando tale condotta possa indurre in errore il consumatore ponendo a suo carico la relativa responsabilità.

La prospettiva della primaria tutela della persona, inoltre, pare suffragata dal secondo comma dell'art. 3 del Regolamento n. 1169/2011 ove si prevede che la normativa in materia di informazioni sugli alimenti intende stabilire nell'Unione le condizioni per la libera circolazione degli alimenti legalmente prodotti e commercializzati, tenuto conto, ove opportuno, della necessità di proteggere gli interessi legittimi dei produttori e di promuovere la fabbricazione di prodotti di qualità. Risulta evidente che il diritto all'informazione⁷² spettante ai consumatori viene considerato una finalità primaria ed assoluta da non contemperare con altro interesse o diritto che non abbia pari dignità. Ne consegue che il diritto ad avere l'esatta e completa informazione non incontra un limite nel principio della libera circolazione degli alimenti: tali valori debbono trovare un ragionevole equilibrio⁷³. L'informazione presen-

tezza non inferiore al 75% della denominazione (cfr. Allegato VI, parte A, punto 4).

⁷¹ L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo regolamento n. 1169/2011*, cit., p. 664.

⁷² I Considerando nn. 10, 17, 18, 20, 24 e 26 offrono l'opportunità di valutare positivamente il Regolamento n. 1169/2011 in quanto in essi emerge la necessità di consentire ai consumatori di effettuare scelte consapevoli, garantendo, al tempo stesso, il loro benessere ed una concorrenza efficace nel mercato. A tal fine risulta necessaria sia la conoscenza dei principi base della nutrizione sia un'adeguata informazione nutrizionale che consenta al consumatore di effettuare scelte consapevoli, anche in ordine alle esigenze dietetiche individuali.

⁷³ Sul punto v. le osservazioni di L. COSTATO, *o.u.c.*, p. 660, il quale, tuttavia, osserva che la solennità del par. 1 dell'art. 1, in ordine alle finalità perseguite qual è quella dell'elevato livello

te nell'etichetta non può indurre in errore il consumatore e, consapevole del ruolo del messaggio pubblicitario nella scelta dell'alimento, l'art. 7, relativo alle pratiche leali di informazione, prevede che tali regole si devono applicare alla pubblicità⁷⁴ e alla presentazione degli alimenti (art. 7, par. 4).

4. Segue. La nuova veste di consumatore e di consumatore alimentare. Completezza, chiarezza e trasparenza delle etichette: verso la tutela della parte debole del mercato alimentare.

Lo *status* di consumatore è quindi uno *status* nuovo e, per certi versi, anomalo⁷⁵ perché non si lega a quelli della tradizione e perché è il risultato della trasformazione di uno *status* economico, normativamente irrilevante, in uno giuridico. La nozione di consumatore diviene espressione di un'esigenza inderogabile di protezione la cui stessa esistenza evidenzia una situazione di debolezza del singolo che è ascrivibile ad una determinata categoria socio-economica rispetto a quella di altri appartenenti a categorie c.d. forti⁷⁶. Cade il mito della libertà contrattuale intesa nella sua massima espressione in quanto si appalesa l'ingiustizia e la sperequazione che, inconsapevolmente, può comportare. La tutela del singolo contraente trova in quella col-

di protezione dei consumatori, appare in contrasto con il successivo par. 2 in cui viene previsto che le etichette alimentari devono avere un buon grado di flessibilità per rispondere alle evoluzioni future e ai nuovi requisiti di informazione: tale flessibilità potrebbe consentire future approssimazioni.

⁷⁴ In argomento v. A. DI LAURO, *Comunicazione pubblicitaria ed informazione nel settore agro-alimentare*, cit., *passim*; EAD., *La comunicazione e la disciplina della pubblicità dei prodotti alimentari*, cit., p. 547; EAD., *Labels, names and trade marks*, in L. COSTATO e F. ALBISINNI, *European Food Law*, Bologna, 2012, p. 285.

⁷⁵ G. ALPA e G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, XV, *Appendice*, Torino, 1997, p. 541 ss.

⁷⁶ L'esigenza di protezione delle parti contrattuali non dipende dalla qualificazione delle stesse (per una posizione critica verso «una nuova disciplina dei contratti basata su generalizzazioni audaci e molte volte prive di fondamento» v., di recente, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona*, Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008 S. Trada (Reggio Calabria), Napoli, 2010, p. 207 ss.) perché anche l'imprenditore (v. le considerazioni di P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in AA.VV., *Il diritto dei consumi a cura di Perlingieri e Caterini*, I, Napoli, pp. 18 e 33 s.; G.P. CALABRÒ, *Tutela del contraente debole e mercato: la dialettica tra norme e valori*, *ivi*, p. 35), allorché entra in contatto con altro imprenditore, ha diritto ad un rapporto negoziale equo (in argomento v. G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*).



lettiva del consumatore⁷⁷ nuove garanzie che la tradizionale teoria del contratto non è più in grado di fornire.

Non solo. Sebbene le definizioni di consumatore, di volta in volta offerte dal legislatore comunitario e nazionale, abbiano fatto riferimento a soggetti che operano per scopi estranei all'attività di impresa⁷⁸, l'esigenza dell'informazione pare abbia giustificato l'estensione, ad opera dell'art. 1, par. 3 Regolamento n. 1169 del 2011, della normativa consumeristica a soggetti⁷⁹ che, pur non rientrando nei caratteri delle definizioni sopra dette, abbiano le medesime esigenze di tutela riscontrabili nei consumatori tradizionalmente intesi⁸⁰. Ciò denota una parti-

colare attenzione del legislatore comunitario verso una figura allargata di consumatore in ordine all'informazione, sensibilità non mostrata per quanto riguarda il consumatore di alimenti in ordine a ciò che attiene strettamente la sicurezza alimentare: infatti, al n. 18 dell'art. 3 del regolamento n. 178 del 2002, si fa riferimento al consumatore finale di un prodotto alimentare che non lo utilizza nell'ambito di un'operazione o attività di impresa nel settore alimentare. Tale indicazione, inoltre, come è stato osservato⁸¹, evidenzerebbe anche una distinzione corrente tra il mero consumatore, soggetto diverso sia dal produttore sia da colui che se ne serve per la propria attività d'impresa, ed il consumatore di alimenti: quest'ultimo riceve tutela quale ultimo e definitivo destinatario del prodotto, essendo colui che ingerisce l'alimento. Rimarrebbe escluso dall'applicazione del regime di tutela l'utente intermedio e, più in generale, tutti coloro che utilizzano l'alimento per fini diversi dal consumo nutrizionale, cioè per operazioni commerciali.

Tuttavia, non si deve cedere alla tentazione di rinvenire l'esistenza di due regimi di tutela del consumatore sì da legittimare la configurazione di due categorie autonome di contratti, quella dei «contratti dei consumatori» e quella dei «contratti di impresa»⁸². Indubbiamente la legislazione speciale, pre-

⁷⁷ E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 14, secondo la quale la tutela del consumatore, anziché riposare sull'affidamento della controparte venditrice, trova protezione in una rigorosa disciplina che regola la sicurezza dei prodotti e dei servizi unitamente alla loro corretta identificazione.

⁷⁸ Per le definizioni di consumatore basate sul criterio della estraneità all'attività professionale, commerciale o di impresa, sia sufficiente ricordare, tra le altre: l'art. 2 della Direttiva 20 dicembre 1985, n. 85/577/CEE (recante norme sulla tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali); l'art. 2 della Direttiva 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori); l'art. 1 della Direttiva 25 maggio 1999, n. 1999/44/CE sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo; l'art. 1469-bis c.c. e l'art. 3 del Codice del consumo nonché l'art. 18 del medesimo così come modificato dall'art. 1 del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146, attuativo della Direttiva 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE recante norme in materia di pratiche commerciali sleali).

⁷⁹ Sebbene la controparte naturale del consumatore sia sempre un imprenditore, pare che l'esigenza di ricercare equi rapporti contrattuali abbia una valenza più generale (E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 41 ss.) tanto da interessare anche i rapporti tra imprese.

⁸⁰ In senso generale, favorevolmente, v. L. GATTI, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in BIANCA-BUSNELLI, *Commento al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 803 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Commento sub art. 1469-bis, comma 1*, in BIANCA-BUSNELLI, *Commento al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 794 ss.; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. impr. Europa*, 1996, II, 437 ss.; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 282; F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di uguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 39. in senso contrario v. R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 876; ID., *Il Codice del consumo tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, 83; G. IUDICA, *Clausole abusive e razionalità del mercato*, in BIANCA-BUSNELLI, *Commento al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 777. La Corte costituzionale, pronunziandosi sulla questione, ha deciso per la ragionevolezza della scelta del legislatore, in ragione del fatto che le altre categorie di soggetti - quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani - hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano

di parità poiché agiscono con finalità diverse da quelle del mero consumo: Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332, con nota di A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale* e di A. PLAGIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*. Cfr. anche su tale sentenza il commento di A.M. AZZARO, *Tutela del "consumatore" e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, 237 e di G. CAPILLI, *La nozione di consumatore alla luce dell'orientamento della consulta*, in *Contratti*, 2003, 653. La soluzione della Corte pare eccessivamente formalistica perché la posizione di debolezza di un soggetto dipende dalla possibilità di intraprendere con l'altra parte una trattativa individuale e non dall'agire per finalità di consumo o per finalità lucrative: così R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico e il sonno della ragione*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2003, 718; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 817. Per un'efficace sintesi di tale complessa tematica v. S. LODOVICA, *L'uguaglianza sostanziale nella contrattazione di impresa*, in *Contratti*, 2011, p. 410 ss.

⁸¹ S. CARMIGNANI, *La tutela dei consumatori di alimenti*, in *Banca dati on line*, cit.

⁸² Avverte l'esigenza della costruzione di un diritto privato dell'impresa S. PATTI, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 326 ss. In tal senso già G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1995, p. 42; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, p. 69 ss.; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 6 ss.; F. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti di impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 657 ss.; E.



vedendo una disciplina differenziata rispetto a quella generale contenuta nel codice civile, ha posto in risalto la rilevanza delle condizioni concrete in cui versano le parti contraenti⁸³ giungendo a fare ipotizzare la figura del “terzo contratto”⁸⁴ per descrivere quel negozio in cui la posizione di debolezza riguarda un imprenditore rispetto ad altro imprenditore. Nonostante, dottrina e giurisprudenza siano restie ad applicare anche ai rapporti tra imprese le scelte operate a tutela del consumatore⁸⁵, pare che la tutela del mercato alimentare, almeno sotto il profilo dell’informazione, debba riguardare pure i rapporti tra produttori ed imprenditori intermedi⁸⁶ viste le differenze esistenti, in quanto anche la debolezza dell’imprenditore⁸⁷ potrebbe incidere sia nel mo-

mento genetico del rapporto sia nello svolgimento dello stesso⁸⁸. Naturalmente, tale conclusione non sarebbe possibile laddove l’imprenditore intermedio (trasformatore del prodotto agricolo, produttore industriale di materia intermedia, ecc.) si trovasse in una posizione dominante o, quantomeno, in una condizione di sostanziale parità nei confronti dell’altro contraente: in tale circostanza, da un lato, venendo meno la posizione di asimmetria informativa e, dall’altro, in assenza di un contratto “muto” che rappresenta il presupposto per la necessaria presenza dell’etichetta quale veicolo di informazione compiuta, non sarebbe necessario imporre un dovere eccessivo di informazioni, improntati al detto neo-formalismo e tanto meno veicolati per mezzo dell’etichetta, su fattori già noti o in presenza di una vera contrattazione, sancita in un contratto scritto, nel corso della quale l’imprenditore intermedio sarebbe in grado di definire il prodotto di suo interesse e, conseguentemente, di analizzarlo e valutarlo una volta entrato nella sua disponibilità⁸⁹.

Fermo restando quanto detto, in tema alimentare, la disciplina dell’etichettatura sembra però in grado di assumere una valenza più generale visto che, come sopra accennato, il Regolamento n. 1169 del 2011, confermando un *trend* normativo in merito⁹⁰,

MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 24 ss.

⁸³ Riferimenti sulla rilevanza degli *status* nella contrattazione di impresa in V. ZENO-ZENCOVICH, *o.l.u.c.*, p. 69; V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti di impresa*, cit., 39; ID. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006, 829; N. LIPARI, *Introduzione*, in *Diritto privato europeo* a cura di Lipari, Padova, 1997, I, p. 11; V. ROPPO, *o.l.u.c.*; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell’interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 950.

⁸⁴ Utilizza tale espressione R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII. Su tale tematica v., inoltre, AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., *passim*; E. MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, p. 493; A. BREGOLI, *I contratti di impresa*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 140; A. GIANOLA, *Autonomia privata e “terzo contratto”*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di Rescigno, Napoli, 2006, p. 131. Criticamente v. D. VALENTINO, *Il contratto “incompleto”*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 509.

⁸⁵ Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 15; E. NAVARRETTA, *Luci ed ombre nell’immagine del terzo contratto*, *ivi*, p. 317; S. LODOVICA, *o.c.*, p. 408 ss.

⁸⁶ Si sottolinea da più parti come la disciplina del contratto stia subendo un notevole cambiamento: G. VETTORI, *Il diritto dei contratti tra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 751 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515; P. SIRENA, *o.c.*, p. 787 ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione disuguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, *ivi*, 2001, p. 769 ss.; P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 804.

⁸⁷ A tutela dell’imprenditore, quale contraente debole, infatti, si spiegano numerosi interventi legislativi: si pensi alla subfornitura e alla Direttiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali tra imprese e tra imprese e pubblica amministrazione; al Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22.12.2000, concernente la competenza giurisdiziona-

le, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; al Regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21.4.2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati; al Regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.12.2006, che istituisce un procedimento europeo d’ingiunzione di pagamento; al Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11.7.2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità. Tuttavia, per disincentivare ulteriormente i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, le istituzioni comunitarie hanno ritenuto necessario stabilire disposizioni aggiuntive e pertanto il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato il 16.2.2011 un’importante direttiva (2011/7/UE) relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁸⁸ Sul punto v. le osservazioni di F. CAFAGGI, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 305, il quale ritiene che “il livello di concorrenzialità del mercato dei beni finali al pari di quello dei beni intermedi incide sulle ragioni dell’asimmetria di potere contrattuale e sui rimedi che l’abuso richiede”.

⁸⁹ In proposito cfr. l’art. 62 D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 che ha introdotto una “Disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari”.

⁹⁰ Sul punto v. già, il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 109, attuativo delle direttive 89/395/CEE e 89/396 CEE concernenti l’etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari, nella versione aggiornata al febbraio 2009 con le modifiche apportate anche dai d.lgs. 181/2003 (Decreto legislativo emanato a seguito del recepimento della Direttiva 2000/13/CE concernente “l’etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità”) e d.lgs. 114/2006 (Decreto legislativo emanato a seguito del recepimento delle Diret-





si riferisce e si applica a tutti gli alimenti destinati al consumatore finale, compresi quelli destinati alla fornitura delle collettività⁹¹. In campo alimentare, ne deriva un'accezione ampia di consumatore che si avvicina a quella di acquirente *tout court* del prodotto alimentare e nella quale si abbandona la tradizionale definizione secondo la quale «consumatore» è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Invero, tale definizione risulta già ampliata dal codice del consumo che, all'art. 3, nel procedere alle definizioni, prevede che ai fini dello stesso codice, ove non diversamente previsto, si intende per consumatore o utente «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Tale previsione se, da un lato, restringe la nozione di consumatore perché amplia l'area di esclusione contemplando pure le figure del commerciante e dell'artigiano, dall'altro, consente al legislatore di ampliarne la figura per appagare esigenze particolari. La previsione «ove non diversamente previsto» di cui al citato art. 3 del Codice del consumo consente di valutare positivamente precedenti previsioni nonché le disposizioni sopra riferite del Regolamento n. 1169 del 2011 che non si pongono quale distorsione della normativa dettata per i contratti dei consumatori, ma rappresentano necessario adattamento di un principio generale ed astratto alle esigenze concrete⁹² evidenziate da determinate fattispecie.

tive 2003/89/CE, 2004/77/CE e 2005/63/CE in materia di «indicazione degli ingredienti contenuti nei prodotti alimentari» (ove si può leggere all'art. 1 lett. e), relativo al campo di applicazione della direttiva, che nella nozione di consumatore rientra tanto il consumatore finale quanto i ristoranti, gli ospedali, le mense ed altre collettività analoghe, denominate in seguito «collettività». Per la dottrina cfr., per tutti, M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti: soggetti, oggetto e relazioni*, in *Agricoltura e alimentazioni tra diritto, comunicazione e mercato*, Atti del Convegno «Gian Gastone Bolla» – Firenze 9-10 novembre 2001 a cura di E. Rook Basile e A. Germanò, Milano, 2003, p. 303, il quale aveva già richiamato l'attenzione sul fatto che per i prodotti alimentari la qualifica di consumatore (*rectius*, di consumatore finale) non spetta soltanto alle persone fisiche, ma anche a ristoranti, ospedali, mense e collettività analoghe.

⁹¹ Per la definizione di collettività cfr. l'articolo 2, par. 2, lett. d) del regolamento n. 1169 del 2011 il quale precisa che per essa deve intendersi «qualunque struttura (compreso un veicolo o un banco di vendita fisso o mobile), come ristoranti, mense, scuole, ospedali e imprese di ristorazione in cui, nel quadro di un'attività imprenditoriale, sono preparati alimenti destinati al consumo immediato da parte del consumatore finale».

⁹² P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul «diritto contrattuale europeo» tra fonti e tecniche legislative*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 486 il quale precisa che non sarebbe sufficiente fare riferimento alle astratte qualità delle parti, dovendosi, invece, tenere nel

Il diritto del consumo domina il presente⁹³. La dialettica fra diritto comune e diritto speciale è oggetto di nuove riflessioni. V'è chi, accentuando il ruolo del soggetto interessato ne evidenzia le conseguenti discipline disegnando gli statuti del consumatore e dell'impresa debole⁹⁴ e v'è chi per recuperare linearità e coerenza del sistema, individua una categoria contrattuale caratterizzata dalla posizione asimmetrica ricoperta dalle parti, dovuta non al rapporto di consumo, ma ad una «prestazione caratteristica» o alla posizione occupata nel mercato⁹⁵: in tal modo il consumatore perderebbe di centralità a favore di una disciplina dai confini più ampi atta a tutelare un soggetto del mercato caratterizzato da una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non soltanto dalla patologia dell'accordo. Tale posizione, pur teorizzando una categoria qual è quella del cliente, che per taluno⁹⁶ sarebbe di difficile delimitazione, sottolinea come il riferimento al consumatore ed all'impresa debole siano «agenti di razionalità», protetti per finalità inerenti alla stessa configurazione giuridica del mercato europeo⁹⁷. Privilegiare una qualità del contraente (consumatore, cliente, impresa debole) non mortifica, tuttavia, il ruolo della persona⁹⁸ all'interno del mercato⁹⁹; re-

dovuto conto «di una situazione concreta di dipendenza economica» o, più in generale, di una limitazione alla capacità di determinare il regolamento contrattuale. Ad avviso di G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss., invece, sebbene non ci si debba rassegnare al c.d. «doppio binario», nel passaggio dal codice alla legislazione successiva, i contratti di impresa emergono come categoria negoziale caratterizzata anche dalla qualificazione soggettiva delle parti. E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., *Aggiornamento*, I, Torino, 2008, p. 226, sottolineano che i contratti del consumatore, piuttosto che sulle qualità soggettive delle parti, dovrebbero trovare ragione di aggregazione sulla particolare dimensione funzionale ad essi propria.

⁹³ Lo ribadisce, di recente, G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 20011, p. 86.

⁹⁴ In tal senso v. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 s.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 406.

⁹⁵ Si rinvia alle considerazioni di V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, cit., p. 267 ss.

⁹⁶ G. VETTORI, *o.l.u.c.*

⁹⁷ In tal senso S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 601 ss., il quale sottolinea come ciò possa essere utile per confermare l'esistenza di nuovi istituti quali il diritto alla rinegoziazione nei contratti a lungo termine, una nuova estensione dell'adempimento specifico, una più chiara emersione dell'*exceptio doli generalis*.

⁹⁸ Accentuano il ruolo del consumatore-persona quale portatore di interessi non soltanto economici ma espressione di una sua

sta utile, invece, per consentire l'individuazione di uno statuto comune a determinate posizioni contrattuali, consentendo una permeabilità del sistema normativo che abbia quale utile punto di riferimento gli interessi sostanziali protetti¹⁰⁰. L'uso ermeneutico della clausola generale dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, cost.), sulla quale si fonda la tutela del «contraente debole», non può, tuttavia, legittimare la creazione di un autonomo «diritto dei contraenti deboli»¹⁰¹ alla quale sembra fare riferimento una serie di leggi¹⁰² la cui ricomposizione a sistema spetta alla paziente opera dell'interprete che dovrà evitare di operare per categorie astratte¹⁰³. La prospettiva, sebbene coerente con taluni recenti interventi legislativi, non pare appagante perché, al di fuori di una visione generale, rischia di tutelare eccessivamente alcuni a danno di altri¹⁰⁴, assumendo

dimensione esistenziale E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 6; M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 596.

⁹⁹ G. VETTORI, o.l.u.c.; ID. (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, cit., *passim*; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, *passim*.

¹⁰⁰ Se ne dovrebbe ricavare una tutela allargata verso ogni forma di disuguaglianza la cui rilevanza non può dipendere dallo status del singolo contraente. Spetta all'interprete ricercare il fondamento della tutela del contraente debole (recentemente, tale esigenza è avvertita da A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Pavia, 2003, p. 44), verificando se dalle singole norme (Diffusamente sul punto v. G. ALPA, *La tutela del contraente debole*, in *I contratti in generale, I fenomeni negoziali* diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm* fondata da Bigiavi, I, Torino, 1992, p. 163 ss. e, con attenzione pure ai principi dell'*Unidroit*, ID., *La protezione della parte debole nei principi dell'unidroit*, in *I contratti in generale (Aggiornamento 1991-1998)* diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm* fondata da Bigiavi, I, Torino, 1999, p. 219 ss.) possa evincersi una regola generale oppure una loro efficacia limitata.

¹⁰¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 185.

¹⁰² C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 396 osserva che la recente legislazione tende verso una generalizzata tutela del contraente debole.

¹⁰³ Denuncia una evoluzione legislativa che ha assunto un dinamismo fortemente tumultuoso sì da mortificare la naturale esigenza di ordine all'interno del sistema dell'ordinamento E. ROOK BASILE, o.c. p. 4, secondo la quale tutto ciò spinge l'interprete ad intraprendere una collocazione della norma in un sistema ordinato di principi e regole generali. Sebbene in una visione sensibile alla "decodificazione" risulti sempre più complesso salvaguardare le categorie generali del codice e del contratto, pare che tale finalità assuma una funzione irrinunciabile per la conservazione della sistematicità del diritto, sistematicità che appare sempre più spesso una sorta di ostacolo all'accentuato dinamismo delle regole pretese dal mercato (Sul punto v. le considerazioni di U. BRECCIA, *Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 150).

¹⁰⁴ A. PALMERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3122.

quale regola generale un principio che può essere smentito nel caso concreto. Se è vero che il professionista è generalmente il «contraente forte» rispetto al consumatore è pur vero che, in presenza di particolari condizioni, può accadere che le parti si invertano, e che «contraente forte» divenga il consumatore¹⁰⁵.

Ciò comporta una maggiore responsabilizzazione, oltre che dell'interprete¹⁰⁶, anche dei legislatori e delle burocrazie in quanto un risultato apprezzabile dell'intervento del diritto sul mercato può essere raggiunto grazie al contributo di tutte le componenti la società¹⁰⁷.

5. La tutela del consumatore alimentare e i possibili rimedi in presenza di un'etichetta non veritiera.

Vista la natura e la funzione dell'informazione presente nell'etichetta dei prodotti alimentari, pare opportuno domandarsi quali possano essere i rimedi operanti in soccorso del consumatore in presenza di una etichetta non predisposta in ossequio alla normativa vigente o qualora, pur rispettando i dettami tecnici della disciplina, sia comunque idonea ad ingannare l'acquirente data la presenza di informazioni non veritiere.

Prima di affrontare il problema occorre mettere in evidenza come il Regolamento n. 1169 del 2011 distingue due categorie di informazioni che devono o possono essere riportate in etichetta: si tratta delle indicazioni obbligatorie e delle indicazioni volontarie disciplinate rispettivamente al capo IV e al Capo V del Regolamento¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 428, secondo il quale, in una moderna accezione, il mercato è non soltanto un insieme di regole economiche, ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il regolare funzionamento grazie ad una tutela sia del produttore sia del consumatore, «nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferibili esigenze dell'uomo».

¹⁰⁶ Denuncia una evoluzione legislativa che ha assunto un dinamismo fortemente tumultuoso sì da mortificare la naturale esigenza di ordine all'interno del sistema dell'ordinamento E. ROOK BASILE, o.l.u.c.

¹⁰⁷ G. ALPA, *Il controllo giudiziale del contratto*, in *I contratti in generale, I fenomeni negoziali* diretto da G. Alpa e M. Bessone, in *Giur. sist. dir. civ. e comm* fondata da Bigiavi, I, Torino, 1992, p. 296 ed ivi la dottrina dalla quale trae spunto.

¹⁰⁸ In precedenza, la Direttiva n. 13 del 2000 non si riferiva in modo esplicito alle indicazioni da riportare in etichetta su base volontaria, limitandosi ad elencare, all'art. 3, "soltanto" le indicazioni obbligatorie da riprodurre in etichetta. Dalla lettura della norma, la dottrina (per tutti v. E. ROOK BASILE, o.c., p. 21; C. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, cit., p. 128) aveva già osservato come fosse possibile implementare il contenuto dell'etichetta



Il capo IV del Regolamento n. 1169 del 2011, intitolato “Informazioni obbligatorie sugli alimenti”, alla Sezione 1 rubricata “Contenuto e presentazione”, prevede, all’art. 9, l’elenco delle indicazioni obbligatorie. Esse sono la denominazione dell’alimento¹⁰⁹; l’elenco degli ingredienti, qualsiasi ingrediente o coadiuvante tecnologico idoneo a ingenerare allergie o intolleranze¹¹⁰ usato nella fabbricazione o nella preparazione di un alimento e ancora presente nel prodotto finito, anche se in forma alterata; la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti; la quantità netta dell’alimento; il termine minimo di conservazione o la data scadenza; le condizioni particolari di conservazione e/o le condizioni di impiego; il nome o la ragione sociale e l’indirizzo dell’operatore del settore alimentare al fine di garantirne la rintracciabilità; il paese d’origine o il luogo di provenienza solo ove ricorrono le circostanze descritte all’art. 26; le istruzioni per l’uso al fine di rendere edotto il consumatore sul corretto uso dell’alimento; per le bevande che contengono più di 1,2 % di alcol in volume, occorre riportare il titolo alcolometrico volumico effettivo; da ultimo, la dichiarazione nutrizionale. Così come la proposta di Regolamento risalente al 2008¹¹¹, il Regolamento n. 1169 del 2011, all’art. 4, inserisce le appena esposte indicazioni obbligatorie in tre differenti categorie: la prima fa riferimento a quella ri-

guardante l’identità, la composizione, le proprietà o altre caratteristiche dell’alimento; la seconda richiama le informazioni sulla protezione della salute dei consumatori e su un sicuro uso dell’alimento e, segnatamente, riguardano gli attributi collegati alla composizione dell’alimento che possono avere un effetto nocivo su alcuni particolari consumatori rientranti in determinate categorie (lett. i), la durata e le condizioni di conservazione e di un sicuro utilizzo (lett. ii), nonché l’impatto sulla salute comprensivi dei potenziali rischi e conseguenze collegati ad un consumo nocivo e pericoloso dell’alimento (lett. iii); la terza si riferisce alle indicazioni riguardanti le caratteristiche nutrizionali idonee a determinare una scelta consapevole in capo al consumatore anche alla luce di un particolare regime alimentare da seguire.

Il Regolamento, come anticipato, si riferisce, senza però definirle od enumerarle, anche a quelle menzioni in etichetta che non hanno natura obbligatoria e che il produttore può, tuttavia, inserire volontariamente per rendere il suo prodotto maggiormente accattivante agli occhi del consumatore purché non siano idonee ad indurlo in errore: esempi di tali indicazioni possono essere i *claims* spesso aggiunti in etichetta quali “fresco”, “puro”, “tradizionale”, “biologico”, “naturale”, nonché “di fattoria” o “di montagna” o “a bassa emissione di carbonio”¹¹² oltre a tutte quelle indicazioni riguardanti le denominazioni di origine protetta (DOP), le indicazioni geografiche protette (IGP), le specialità tradizionali (STG) e le attestazioni biologiche, indicazioni queste che, sebbene volontarie, assumono valore vincolante dal momento che il loro utilizzo è subordinato alla ineludibile corrispondenza del prodotto alle prescrizioni sancite nel relativo disciplinare di produzione.

Tornando al quesito posto inizialmente, sembra opportuno ricordare come tali informazioni possono rilevare, come già detto, sia nella fase precontrattuale sia nella fase contrattuale. Nella prima ipotesi, l’informazione è rivolta al mercato: in questo caso, di fronte ad informazioni omesse, quando dovute per legge, oppure rese in maniera inesatta o falsa, siano esse obbligatorie o volontarie, contenute

con ulteriori notizie non considerate dalla norma sopra ricordata a condizione che non fossero idonee ad indurre in errore il consumatore, dal momento che l’art. 3 non aveva altro ruolo che quello di assicurare un contenuto minimo all’informazione. L’a. (p. 130 s.), prima della emanazione del Regolamento n. 1169 del 2011, finiva per individuare tre categorie di informazioni apponibili in etichetta: informazioni obbligatorie, informazione facoltative disciplinate e indicazioni facoltative non disciplinate.

¹⁰⁹ Sul tema delle denominazioni legali ed il principio del mutuo riconoscimento cfr. A. JANNARELLI, *Dal principio del mutuo riconoscimento (sentenza Cassis de Dijon) alla tutela della qualità dei prodotti*, in *Il sistema agro-alimentare e la qualità dei prodotti* a cura E. ROOK BASILE, Milano, 1992, p. 129; A. GERMANÒ e E. ROOK BASILE, *Manuale di diritto agrario comunitario*, Torino, 2008, p. 241 ss.; S. MASINI, *Corso di diritto alimentare*, Milano, 2008, p. 27 ss.; L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2007, p. 132 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, I; G. SGARBANTI, *Il principio del mutuo riconoscimento e la denominazione dei prodotti alimentari*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Trattato di diritto agrario*, 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 476 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

¹¹⁰ Da ultimo, cfr. M.P. RAGIONIERI, *La disciplina degli allergeni negli alimenti*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Trattato di diritto agrario*, 3, *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 141 ss.

¹¹¹ Sul tema cfr. S. BOLOGNINI, *Il ruolo dell’etichettatura degli alimenti nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in L. COSTATO – P. BORGHI – L. RUSSO – S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona*, Napoli, 2011, p. 363 ss.

¹¹² Tali sono alcuni esempi che la dottrina (*ex multis*, v. A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 147; N. LUCIFERO, *Etichettatura degli alimenti: comunicazione legale e comunicazione volontaria*, in *Dir. giur. agr.*, 2009, p. 18; C. LOSAVIO, *o.c.*, Milano, 2007, p. 128) ha individuato; A. GERMANÒ, *o.l.u.c.*, precisa che alcune delle indicazioni sopra riportate sono state prese in considerazione nel Libro Verde sulla qualità dei prodotti agricoli risalente al 15 ottobre 2008 nel quale veniva ricercata anche una risposta circa l’opportunità in merito alla possibilità che il legislatore comunitario dettasse definizioni legali con riferimento alle più comuni indicazioni volontarie.



nell'etichetta o nel messaggio pubblicitario, una reazione possibile sarebbe il ricorso all'Autorità garante della concorrenza e del mercato al fine di inibire il comportamento vietato dall'ordinamento, imponendo all'operatore di conformarsi allo stesso; come rilevato¹¹³, tale reazione non rappresenterebbe l'unica possibile poiché l'ordinamento riconosce rilevanza penale ed amministrativa alle omissioni ingannevoli di indicazioni qualificate come obbligatorie, il loro occultamento, la loro presentazione in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo.

Differentemente, nella seconda ipotesi, ovvero qualora l'informazione veicolata con l'etichetta si inserisca nel procedimento volitivo del consumatore nel stipulazione negoziale, questa può incidere sulla validità del contratto¹¹⁴. Tale dottrina¹¹⁵, prima dell'emanazione del Regolamento che interessa in questa sede, ha avuto modo di evidenziare come differenti fossero le sorti di un contratto di vendita avente ad oggetto un prodotto alimentare quando il contenuto dell'etichetta avesse violato il divieto di fornire false informazioni. In considerazione del fatto che le informazioni possono riguardare un'area più vasta degli elementi essenziali del contratto, è stato considerato necessario distinguere, relativamente ai dati descrittivi dell'oggetto, le informazioni che fossero rilevanti ed "essenziali" da quelle "non essenziali" ma, comunque, rilevanti perché prese in considerazione dalle parti allorché esprimono il loro consenso. Sulla base di tale distinzione è stata prospettata nel primo caso la mancanza di un elemento essenziale del contratto con conseguente nullità a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c. per la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti nell'art. 1346 c.c.: la riferita dottrina scorge quali informazioni essenziali quelle riguardanti il *nomen* del prodotto o l'indicazione del prezzo¹¹⁶. Nell'altra ipotesi, invece, cioè quando le informazioni riguardano elementi del contratto che non sono essenziali, la conseguenza sarebbe l'annullabilità del contratto

¹¹³ Così, quasi testualmente, A. GERMANÒ, *Sull'etichetta degli alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, p. 90.

¹¹⁴ La dottrina ha rilevato che qualora la mendacia delle indicazioni fornite, qualora sia stata causa di errore o sia consistita in dolosi raggiri, avrà conseguenze sulla validità del contratto potendo condurre all'annullamento del suo, ma con una differenza: mentre la mendacia delle indicazioni volontarie potrà avere effetti solo sulla validità dell'operazione commerciale, quella sulle indicazioni obbligatorie darà luogo anche a sanzioni di tipo penale o amministrativo: così, quasi testualmente A. Germanò, *Corso di diritto agroalimentare*, cit., p. 146.

¹¹⁵ A. GERMANÒ, *Informazione alimentare halal: quale responsabilità per un'etichetta non veritiera?*, cit., p. 5 s; ID., *Corso di diritto agroalimentare*, cit., p. 147.

¹¹⁶ A. GERMANÒ, *Sull'etichetta degli alimenti*, cit., p. 90 s. L'a. ribadisce tale assunto in un contributo di prossima pubblicazione nella medesima sede dal titolo *Le indicazioni in etichetta (e la loro natura) e i segni degli alimenti*.

per vizio del consenso e, segnatamente, per dolo¹¹⁷: in tal caso, tuttavia, l'annullabilità sarà possibile soltanto qualora il danneggiato provi il carattere determinante del raggiri. A maggior tutela del consumatore, opportunamente, si prospetta l'ammissibilità del *dolus bonus* quale attività capace di invalidare il contratto¹¹⁸.

Tale soluzione, condivisibile, non assicurerebbe tuttavia adeguata tutela al consumatore perché comunque potrebbe essere particolarmente difficile provare il carattere essenziale e determinante dell'informazione dolosamente offerta.

In altra prospettiva, invece, si potrebbero ampliare le ipotesi in cui l'assenza di determinate informazioni o la loro falsità nell'etichetta risulterebbero in grado di comportare la nullità del contratto. Distinguere l'informazione offerta dal produttore in relazione all'essenzialità o non essenzialità della descrizione dell'oggetto al fine di consentire la scelta del prodotto, al di là dell'elencazione offerta dal legislatore comunitario, potrebbe presupporre una complessa indagine sul procedimento volitivo del consumatore indirizzato all'accettazione o al rifiuto della proposta contrattuale¹¹⁹.

Appare allora lecito domandarsi, preliminarmente, a quali, tra le indicazioni definite obbligatorie di cui all'art. 9, possa essere riconosciuto il carattere dell'essenzialità che potrebbe comportare, ove fossero mancanti o falsamente inserite in etichetta, la sanzione della nullità dovuta alla deficiente descrizione e conseguente individuazione dell'oggetto del contratto. Data la solennità della rubrica e della disposizione di cui all'art. 9 che, salve le espresse eccezioni, sancisce l'obbligatorietà delle informazioni riportate nel relativo elenco, si potrebbe sostenere che tutte le indicazioni ivi menzionate, ove non ri-

¹¹⁷ A. GERMANÒ, *Informazione alimentare halal: quale responsabilità per un'etichetta non veritiera?*, cit., p. 6, ritornando sull'argomento, ribadisce che, quando la mendacia riguarda elementi essenziali del contratto, cioè le informazioni dovute, si ha la nullità del negozio a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c. per la mancanza nell'oggetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c., cioè la possibilità, la liceità, la determinatezza o la determinabilità. Secondo tale dottrina il contratto sarebbe, invece, annullabile qualora le informazioni riguardino elementi non essenziali, ipotesi questa ricorrente in presenza di informazioni volontarie inesatte o false.; C. LOSAVIO, *o.c.*, p. 98 ss.

¹¹⁸ A. GERMANÒ, *Sull'etichetta degli alimenti*, cit., p. 92, ed ivi ulteriori riferimenti; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, p. 549; R. SACCO, *Il dolo*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 10, Torino, 1995, p. 197.

¹¹⁹ Ad ogni buon conto, giova osservare che in talune ipotesi l'essenzialità dell'informazione errata o taciuta dolosamente può emergere *ex se*: si pensi alle informazioni sul tipo di carne e sulle modalità di macellazione dell'animale impiegato nell'alimento rivolte a credenti di religione musulmana; in questo caso, pur trattandosi di informazioni volontarie, il carattere determinante del raggiri sarebbe di per sé insito dalla presenza del fattore religioso.



portate o riportate non corrispondenti al vero, potrebbero comportare la nullità del contratto per mancata determinazione dell'oggetto; ciò anche alla luce del considerando n. 22, che auspica l'elaborazione di un elenco di tutte le informazioni obbligatorie che, in linea di principio, avrebbero dovuto interessare tutti gli alimenti destinati al consumatore finale e alle collettività, mantenendo in esso anche le informazioni già richieste dalla legislazione comunitaria, considerate preziose *acquis* per l'informazione destinata ai consumatori.

Ciò premesso, sembrerebbe che la presenza di tutte le predette indicazioni siano necessarie proprio per descrivere, a norma dell'art. 1346 c.c., l'oggetto del contratto o, se si preferisce, l'oggetto della prestazione. Relativamente alla identificazione del bene, sembra che la scelta consapevole che dovrebbe sostenere l'acquisto da parte del consumatore presupponga necessariamente la completezza dell'informazione di cui all'art. 9: sarebbe in gioco lo stesso requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto perché l'acquirente non compra un bene qualsiasi, ma un bene con determinate caratteristiche che la suddetta disposizione sembra essenzialmente descrivere. La soluzione, qualunque sia la nozione di oggetto che si intende preferire, è la medesima.

Infatti, la dottrina¹²⁰ ha specificato che vi sono due orientamenti: da un lato, v'è chi ritiene che l'oggetto del contratto sia il bene specifico cui il negozio si riferisce, tendendo a far coincidere il concetto di determinazione dell'oggetto con quello di identificazione del bene; dall'altro, v'è chi, invece, considera che oggetto del contratto sia il suo contenuto, distinguendo fra determinazione e mera identificazione del bene. Nonostante le diversità di opinioni, si afferma¹²¹ che «Nel caso in cui non si riesca ad identificare il bene, peraltro, resta indeterminato l'oggetto del contratto (secondo la prima delle due impostazioni), ovvero uno degli elementi del contenuto del negozio (secondo l'altra impostazione): in entrambi i casi il contratto è nullo». Da quanto detto, sembrerebbe discendere che tutte le indicazioni richieste dall'art. 9 del Regolamento n. 1169 del 2011 contribuiscano, con pari dignità, a descrivere l'oggetto del contratto, cioè l'alimento oggetto dell'acquisto, descrivendone le caratteristiche. Una scelta consapevole da parte del consumatore non dovrebbe poter prescindere dalla piena conoscenza e consapevolezza delle caratteristiche

dell'alimento che il sistema comunitario ha inteso offrirgli.

Del resto, in una interpretazione complessiva del Regolamento n. 1169 del 2011, quanto appena riferito potrebbe trovare una possibile conferma nel fatto che lo stesso pare adottare un approccio radicale in quanto sembra sanzionare con l'incommerciabilità il bene alimentare contrassegnato da un'etichetta in cui sono omesse indicazioni obbligatorie o vengono riportate inesatte o false allorché, all'art. 54, par. 1, dello stesso, viene affermato che gli alimenti immessi sul mercato o etichettati prima del 13 dicembre 2014, data questa che segna l'applicazione del Regolamento, e salve le espresse eccezioni¹²², che non soddisfino i requisiti sanciti dal medesimo possono essere commercializzati fino all'esaurimento delle scorte.

Se ne potrebbe dedurre che, dopo tale data, le etichette che non rispettino la normativa comunitaria potrebbero avere l'effetto di rendere incommerciabili i relativi prodotti. Pertanto, il contratto di vendita che avesse ad oggetto beni la cui etichetta non riportasse o mentisse in ordine ad indicazioni obbligatorie potrebbe comportare la nullità del negozio *ex art.* 1346 c.c. per impossibilità dell'oggetto alla stregua di un eventuale contratto che interessasse il trasferimento di un prodotto alimentare che risultasse a rischio sulla base dell'art. 14 Regolamento n. 178 del 2002¹²³.

¹²² Tra le altre eccezioni sancite nella disposizione dedicata alle disposizioni transitorie, v. l'art. 55, rubricato "Entrata in vigore e data di applicazione", il quale stabilisce che il Regolamento n. 2011/1169 sarà applicabile dal 13 dicembre 2014, ad eccezione, da un lato, dell'art. 9, paragrafo 1, lettera l) riguardante la dichiarazione nutrizionale per la quale le disposizioni del Regolamento saranno applicabili dal 13 dicembre 2016 e gli alimenti etichettati prima di quest'ultima data potranno essere messi in commercio fino all'esaurimento delle scorte (*ex art.* 54) e, dall'altro, dell'Allegato VI, parte B, riguardante i requisiti specifici dell'etichetta aventi ad oggetto la designazione delle "carni macinate" per le quali il regolamento diventerà efficace a far data dall'1 gennaio 2014, fermo restando che, anche in questo caso, gli alimenti immessi sul mercato o etichettati prima di tale ultima data e che non soddisfino i requisiti stabiliti nel richiamato Allegato VI, parte B, potranno essere commercializzati fino all'esaurimento delle scorte.

¹²³ In argomento cfr. A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 126, secondo il quale, partendo dalla premessa che la consegna di un bene *extra commercium* determina impossibilità giuridica della prestazione, si può concludere che il negozio di cessione di un alimento contaminato o pericoloso per la salute umana, stante il divieto di commercializzare alimenti a rischio e la rilevanza penale della vendita di sostanze alimentari adulterate e pericolose, sarebbe viziato da nullità *ex art.* 1418, comma 2, c.c. a causa della presenza di un oggetto impossibile e illecito.

¹²⁰ G. ALPA – R. MARTINI, *Il contratto in generale*, III, a cura di G. Alpa, U. Breccia, A. Liserre, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, Torino, 1999, p. 369 s.

¹²¹ G. ALPA – R. MARTINI, *o.c.*, p. 370 e già C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 325.

6. Segue. La responsabilità per la mendacità delle informazioni volontarie: l'insufficienza a tutela del consumatore alimentare al dettaglio dei rimedi apprestati dal codice del consumo e dell'annullabilità del contratto per i vizi del consenso.

Considerata la possibile nullità di un contratto che abbia ad oggetto un prodotto alimentare con un'etichetta priva di un'indicazione obbligatoria o, ove presente, mendace, sembra opportuno domandarsi quali possano essere le sorti dello stesso qualora l'etichetta riporti indicazioni volontarie false, soprattutto con riferimento al consumatore finale al dettaglio.

Le indicazioni volontarie possono essere inserite a discrezione del produttore a condizione che sia rispettato il dettato di cui all'art. 7 del Regolamento n. 1169 del 2011. Secondo tale norma, le indicazioni facoltative non possono indurre in errore il consumatore, anche in ossequio del principio di non ingannevolezza del messaggio pubblicitario¹²⁴. Le indicazioni fornite possono essere molteplici e dalla comune esperienza emerge che sono preordinate alla esaltazione della qualità o caratteristiche dell'alimento spesso dovute all'origine o ai metodi di produzione.

Invero, il rispetto di tale norma passa per un duplice vaglio visto che, talvolta la presenza di dette qualità presuppone il rispetto di una espressa normativa o regole di riferimento atte a definire in modo chiaro la dicitura richiamata nell'indicazione volontaria, sicché ne risulta chiaramente circoscritto l'uso corretto: possono essere richiamate, tra le altre, come detto poc'anzi, le denominazioni di origine protetta (DOP), indicazioni geografiche protette (IGP), specialità tradizionali (STG) e le attestazioni biologiche il cui utilizzo assume un valore inequivoco dato il vincolo di corrispondenza del prodotto alle prescrizioni sancite nel relativo disciplinare di produzione. In altre parole, in questo contesto, è possibile individuare le regole che fungono da limite alla utilizzazione di tali indicazioni volontarie. Esse, idonee ad infondere convincimenti nel consumatore in ordine a determinate qualità del prodotto, si differenziano da altre indicazioni volontarie di *capatio benevolentiae* che, inserite in etichetta al fine di persuadere l'acquirente a concludere il negozio e conquistare quanti più consumatori possibile, non sono regolate esplicitamente da nessun disciplinare: si potrebbe richiamare l'esempio del termine "naturale", i cui unici riferimenti normativi sono

¹²⁴ In argomento cfr. N. LUCIFERO, *Etichettatura degli alimenti: comunicazione legale e comunicazione volontaria*, cit., p. 18 s.

rivenibili in materia di aromi nella Direttiva n. 38 del 1988 e nella Direttiva n. 91 del 1971, recepite con il D.lgs. n. 107 del 1992¹²⁵. In questi ultimi casi, la valutazione della slealtà del comportamento del produttore verrà accertata dall'Autorità competente, cioè la AGCM, chiamata a valutare se l'informazione inserita volontariamente, pur non violando nessuna norma di tipo regolamentare, sia comunque in grado di ingannare il consumatore e, come tale illegittima. In questa valutazione, la AGCM sarà chiamata ad esprimere un giudizio che sia aderente alla precipua finalità della protezione del consumatore, in linea con gli scopi dichiaratamente perseguiti dal Regolamento n. 1169 del 2011. In tale contesto, la valutazione dell'interesse meritevole dovrebbe diventare il criterio normativo di conformazione della condotta dovuta essendo non fonte, bensì criterio di determinazione della regola vincolante nel caso concreto.

Questo percorso pare essere stato intrapreso da detta Autorità allorché ha prestato attenzione non al rispetto formale delle regole, bensì ai possibili effetti negativi insiti nel contenuto complessivo del messaggio¹²⁶: ad esempio si pensi alla dicitura presente nelle confezioni degli omogeneizzati Plasmon che, facendo riferimento alla presenza del 100% di frutta biologica, è stata ritenuta illegittima poiché il prodotto risultava composto soltanto per il 60% dal frutto di riferimento¹²⁷. Fuori da tale prospettiva, si

¹²⁵ Con riferimento all'uso termine "naturale" ed al suo significato cfr. Giurì della Pubblicità n. 38 del 12 maggio 2008, *Enervit S.p.a., Spark s.r.l. contro UGA Nutraceuticals s.r.l.*, in *Archivio delle decisioni dell'IAP*, 2008, il quale ha rilevato come la pubblicità possa legittimamente qualificare come naturale anche un prodotto industriale derivante dalla lavorazione di un prodotto naturale, purché ragionevolmente prossimo allo stato di natura; cfr., altresì, per la dottrina, N. LUCIFERO, *o.u.c.*, p. 19. V. pure, sull'utilizzazione del *claim* "senza coloranti", il Giurì della Pubblicità n. 116 del 25 luglio 2005, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2005, p. 1323, secondo il quale non è stato considerato ingannevole la presentazione di uno yogurt come privo di coloranti sintetici, ancorché addizionato di succhi di frutta in grado di dare una colorazione al prodotto, in quanto il consumatore è interessato unicamente a conoscere se il prodotto medesimo contiene coloranti non di derivazione naturale.

¹²⁶ Tuttavia, non può non ricordarsi l'orientamento espresso dalla Corte giustiziana nella sentenza del 4 aprile 2000, C-465/97, *Darbo*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, p. 41 ss., con nota di Gradoni, secondo cui l'art. 2 n. 1 lett. a), i) della Direttiva del Consiglio 18 dicembre 1978, 79/112/Cee, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità, non osta all'utilizzazione dell'indicazione "naturalmente pura" apposta su una confettura di fragole che contenga residui di pesticidi in quantità inferiori al massimo consentito dal diritto comunitario.

¹²⁷ Così, Provvedimento della AGCM, 10 ottobre 2007, n. 17473, in *Bollettino AGCM*, n. 38/2007; per decisioni analoghe v. pure Provvedimento della AGCM, 27 febbraio 2008, n. 10591, *ivi*, n. 13/2003; Provvedimento della AGCM, 11 dicembre 2003, n. 12711, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2004, p. 188.





pongono le informazioni, facoltative, volte ad esaltare il prodotto, soprattutto a livello pubblicitario, ad esempio a livello talmente iperbolico da non essere in grado di ingenerare un qualunque affidamento nel consumatore perché non incidono sulla descrizione del prodotto e non gli attribuiscono qualità particolare: l'inserimento di tali indicazioni non dovrebbe comportare alcun effetto invalidante del contratto che li avesse ad oggetto.

Al di fuori di quest'ultima ipotesi, quindi, tutte le informazioni, comprese quelle facoltative, dovrebbero essere considerate estremamente rilevanti perché, come già osservato, l'intervento del legislatore comunitario pone particolare attenzione alla tutela dei soggetti e pare assegnare centralità allo status del consumatore di alimenti, la cui protezione consente pure di assicurare il funzionamento del mercato alimentare secondo le regole della sicurezza e della sanità¹²⁸.

Ne discende che il mercato, essendo presupposto e conseguenza dell'autonomia privata che si concretizza anche nella conclusione di contratti, risulta influenzato dalla stipulazione di tali negozi.

In presenza di un'etichetta non veritiera il primo rimedio che potrebbe essere preso in considerazione è quello previsto dal codice del consumo: come opportunamente sottolineato¹²⁹, quest'ultimo risulta applicabile soltanto in via residuale anche agli alimenti sicché è da chiedersi se il consumatore si possa avvalere di una protezione assai più ampia di quella prevista all'art. 128 ss., allorché prevede la garanzia legale di conformità e le garanzie commerciali per i beni di consumo, stabilendo all'art. 130, quali strumenti tutori, qualora vi sia un qualsiasi difetto di conformità del bene, in favore del consumatore, in primo luogo, il diritto al ripristino, senza spese, della conformità per mezzo della riparazione o sostituzione o, alternativamente, ad una adeguata riduzione del prezzo d'acquisto; infine, viene rico-

nosciuto al consumatore il diritto alla risoluzione del contratto.

In tema di etichettatura, una sanzione più incisiva si potrebbe rinvenire nell'art. 11 del medesimo codice laddove prevede l'incommerciabilità del bene; tale conseguenza, tuttavia, non ha valore assoluto perché l'art. 11 la commina soltanto per il prodotto che non riporti, in forme chiaramente visibili e leggibili, le indicazioni di cui agli artt. 6, 7 e 9 del medesimo codice. A ben vedere, pare che il codice del consumo non possa fornire una risposta esaustiva in ordine all'etichetta ed ai suoi requisiti dal momento che nel Capo II, dedicato alle indicazioni dei prodotti, dopo aver specificato il contenuto minimo delle informazioni, le modalità di indicazione e la lingua nelle quali queste debbono essere inserite (rispettivamente artt. 6, 7 e 9), all'art. 8 specifica che la disciplina non riguarda i prodotti oggetto di specifiche disposizioni contenute in direttive o in altre disposizioni comunitarie e nelle relative norme nazionali di recepimento. In tale previsione rientra proprio il mercato dei prodotti alimentari che, come detto, è stato interessato da numerose normative riguardanti la loro presentazione ed informazione nonché, da ultimo, proprio dal Regolamento n. 1169 del 2011.

Inoltre, corre l'obbligo di evidenziare come i rimedi posti a tutela dell'acquirente dal codice del consumo, così come quelli prettamente civilistici, di cui si dirà, non si adattino al mercato dei prodotti alimentari in quanto difficile, almeno per la maggior parte dei casi, sarebbe per questi utilizzare la tutela della sostituzione o riparazione del prodotto o della riduzione del prezzo in ragione della mancata conformità dell'alimento rispetto alle qualità promesse. A maggior ragione, difficile sarebbe prospettare per l'acquirente, in tali ipotesi, l'esperimento di un'azione volta alla risoluzione del contratto per inadempimento poiché i costi dell'azione risulterebbero esorbitanti rispetto all'eventuale vantaggio che egli potrebbe ricevere dato anche, da un lato, la forte e rapida deperibilità del prodotto alimentare e, dall'altro, il suo relativo valore economico¹³⁰. Medesime conclusioni si potrebbero prospettare anche qualora si invocasse la mancanza delle qualità promesse della cosa ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinata (art. 1497 c.c.) nella forma più grave del c.d. *aliud pro alio*, del quale, sul piano astrat-

Per un'analisi puntuale di tali provvedimenti cfr. N. LUCIFERO, *o.u.c.*, p. 19 s., il quale, riconoscendo il giusto valore alle indicazioni volontarie, afferma che il complesso dei dati inseriti in etichetta rappresentano le concrete indicazioni della proposta effettuata dall'offerente dalla cui esattezza dipende l'accettazione del consumatore. Cfr., altresì, la Decisione della AGCM del 21 agosto 2008, n. 18783 sul caso dello yogurt mila magro, in *Dir. giur. agr.*, 2009, p. 275, con nota di F. ZOLLA, *Ripartire sulle etichette alimentari indicazioni sulla salute false e non accertate scientificamente costituisce una forma di pubblicità ingannevole*.

¹²⁸ Per tale considerazione A. GERMANÒ, *Il mercato alimentare e la comunicazione nei contratti di cessione dei prodotti*, cit., p. 127 s.

¹²⁹ Cfr. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 600 ss., secondo il quale la tutela apprestata dal codice del consumo si potrebbe adattare "astrattamente" ai prodotti alimentari.

¹³⁰ La considerazione risulta valida per il consumatore finale, al dettaglio, di alimenti ma non lo potrebbe essere altrettanto per l'acquirente all'ingrosso che, dopo aver acquistato grosse quantità di merce con un prezzo di rilevante entità, avrebbe certamente interesse ad agire con i mezzi che la legge gli consente qualora avesse acquistato prodotti incommerciabili in quanto non adeguatamente etichettati.

to¹³¹, è stata prospettata l'applicabilità¹³² con particolare riguardo a contratti il cui oggetto fosse un prodotto, contrassegnato con indicazioni qualificate quali DOP, IGP o attestazioni biologiche, privo, realmente, delle relative qualità dato il mancato rispetto del disciplinare di produzione.

Ciò ha spinto la dottrina¹³³ ad affermare come il microcosmo alimentare sia refrattario alla protezione individuale. Sulla base di tale assunto e considerato che i soli timori di un possibile esito negativo di un'azione processuale rappresentino, sotto il profilo sociologico, un forte deterrente per soggetti economicamente deboli anche in presenza di un danno economicamente rilevante, non si può non ricordare chi¹³⁴ ha sottolineato come l'introduzione dell'azione di classe, soprattutto nel settore agro-alimentare, possa rappresentare un utile strumento di tutela del consumatore ancorché si riscontri, tra le altre, ancora la difficoltà di fornire prove idonee dell'acquisto del prodotto e, quindi, della conclusione del contratto.

Astrattamente, un ulteriore possibile rimedio potrebbe essere quello dell'annullabilità del contratto perché concluso in errore. Anch'esso potrebbe risultare insufficiente poiché, in ossequio al principio di conservazione del contratto, tale patologia risulta rilevante allorché sia essenziale e riconoscibile. A parte la non felice formulazione dell'art. 1429 c.c. considerata ridondante¹³⁵, questo potrebbe risultare di difficile applicazione stante la difficoltà di distinguere l'errore che cade sull'oggetto da quello che riguarda l'identità dell'oggetto della prestazione¹³⁶; resta, comunque, la questione di accertare quali siano le qualità che possano essere considerate deter-

minanti del consenso. In proposito, il dubbio risulta accentuato dalla circostanza che il legislatore ha utilizzato due espressioni che potrebbero essere antitetiche: dovendosi procedere ad un'interpretazione ragionevole si rischia o di restringere la rilevanza dell'errore o di estenderla fino ai confini dei motivi il cui rilievo è limitato all'ipotesi di illiceità (art. 1345 c.c.). Le espressioni utilizzate dal legislatore del 1942 secondo il quale l'errore assume rilevanza quando cade su di una qualità che «secondo il comune apprezzamento» o «in relazione alle circostanze» deve ritenersi determinante il consenso, può indurre l'interprete ad aderire ad una sua concezione oggettiva¹³⁷ o ad una soggettiva¹³⁸ lasciando il consumatore in una posizione dubbiosa¹³⁹ sull'opportunità di agire per l'annullamento del contratto. Difficile potrebbe essere, in ogni caso, fornire la prova sul carattere dell'essenzialità in quanto l'acquirente dovrebbe dimostrare che l'errore è stato determinante per il consenso¹⁴⁰. A tale riguardo, è stato deciso che è irrilevante l'erronea ed incompleta descrizione del bene fatta nel contratto, qualora non risulti che la volontà del contraente sia stata realmente indirizzata all'acquisto di un bene in luogo di un altro¹⁴¹. Inoltre, la disciplina dell'errore potrebbe essere di difficile applicazione anche perché le particolari modalità di conclusione dei contratti aventi ad oggetto prodotti alimentari renderebbe difficilmente rinvenibile l'ulteriore requisito della riconoscibilità¹⁴² che postula l'esistenza di una trattativa, di un comportamento del consumatore valutabile dalla controparte che, come detto, è difficilmente presente in ipotesi caratterizzate dall'assenza di una vera contrattazione¹⁴³.

¹³¹ M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 601.

¹³² I. CANFORA, *La commercializzazione dei prodotti agricoli nel diritto italiano e comunitario*, Bari, 2008, p. 196.

¹³³ Cfr. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 603 s., il quale, rilevato come la rapida deperibilità del prodotto alimentare esponga il consumatore in caso di contestazione a particolari difficoltà, afferma che l'unica vera autotutela per l'acquirente sia quella di bandire il prodotto risultato insoddisfacente e il conseguente abbandono del fornitore che ha tradito la sua fiducia con comportamenti che esuberano quelli del normale *dolus bonus* (così p. 613).

¹³⁴ P. BORGHI, *Le azioni di classe nel settore alimentare*, in *Riv. dir. alimentare*, 1, 2012, p. 8, secondo il quale il possibile "effetto booster", consistente nella possibilità di un uso inflattivo dell'azione di classe e della partecipazione anche di soggetti che non avrebbero serie ragioni per aderirvi, rappresenta un effetto negativo per la società ampiamente compensato dalla concentrazione di più domande giudiziali in un'unica azione.

¹³⁵ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 390.

¹³⁶ P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 434.

¹³⁷ Privilegia una valutazione oggettiva del requisito dell'essenzialità dell'errore C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 648.

¹³⁸ Per analoga conclusione v. P. GALLO, *I vizi del consenso*, cit., p. 436.

¹³⁹ Si consideri che in più di un'occasione la giurisprudenza ha precisato che l'errore sul valore economico del bene non legittima l'azione di annullamento: v., per tutte, Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Giur. it.*, 2007, c. 2751 secondo la quale non è annullabile per errore essenziale sulle qualità della cosa il contratto di compravendita di azioni che si assuma stipulato ad un prezzo non corrispondente al loro effettivo valore, senza che il venditore abbia prestato alcuna garanzia in ordine alla consistenza patrimoniale della società cui le azioni si riferiscono. Né varrebbero ad incidere sulla validità del contratto il semplice mendacio o le omissioni su di esso, se non accompagnate da notizie ed astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza (*dolus malus*).

¹⁴⁰ Per tutti v. C.M. BIANCA, *o.l.u.c.*

¹⁴¹ Trib. Benevento, 4 maggio 2006, in *De jure on line*.

¹⁴² Cass., 13 marzo 2006, n. 5429, in *De jure on line*.

¹⁴³ Anche in questo caso la conclusione, presupponendo una contrattazione senza trattativa, si riferisce ai cc.dd. "contratti muti" che sono propri delle negoziazioni poste in essere dal consumatore di alimenti al dettaglio. Qualora, invece, si fosse



Al fine di evitare l'annullamento del contratto, qualora l'etichettatura contenga indicazioni non necessarie, il venditore potrebbe addirittura sostenere che l'acquirente non sarebbe caduto in errore sull'identità dell'oggetto, ma si sarebbe ritenuto insoddisfatto per l'assenza di quegli attributi ed indicazioni falsamente descritti nell'etichettatura o volutamente non menzionati. In tale ipotesi, non ricorrebbe un vero caso di errore perché, qualora l'alienante abbia rispettato l'impegno *ex lege* di fornire le informazioni dovute, risulterebbe configurabile un inadempimento dell'alienante¹⁴⁴ idoneo a giustificare la risoluzione del contratto oltre al diritto al risarcimento dei danni. Giova sin da ora anticipare che questa soluzione non pare possa essere accettata per le motivazioni che si diranno di qui a poco.

Altro possibile rimedio potrebbe essere quello dell'annullabilità del contratto per dolo che, tuttavia, non potrebbe essere efficacemente invocato nonostante rappresenti la conseguenza civile del raggirato¹⁴⁵ posto in essere da una parte a danno dell'altra. Il ricorso a tale istituto risulterebbe ragionevole visto che l'etichettatura, ove riporti informazioni volontarie mendaci, appare oggettivamente preordinata a determinare l'errore del consumatore: anche in questo caso, tuttavia, si potrebbe rilevare una possibile difficoltà probatoria che potrebbe compromettere la dovuta tutela. Infatti, il dolo, al pari dell'errore, in quanto vizio del consenso¹⁴⁶, è causa di annullamento del contratto soltanto nel caso in cui la falsa rappresentazione della realtà da esso generata sia stata essenziale¹⁴⁷ ai fini della conclusione del negozio¹⁴⁸: cioè il dolo dovrà essere stato de-

terminante avendo influenzato in maniera decisiva la scelta di concludere il contratto da parte dell'oblato.

Ma v'è di più. Questo potrebbe risultare insufficiente anche sotto un ulteriore duplice aspetto. In primo luogo il produttore e/o venditore potrebbe eccitare al consumatore, attore in una eventuale azione di annullamento, l'assenza della sua dovuta diligenza: al consumatore viene richiesta una normale diligenza o una non colpevole ignoranza¹⁴⁹. Tuttavia, una sua non responsabilità laddove avesse fatto affidamento su dichiarazioni mendaci riportate in etichetta se attestanti l'avvenuto rispetto di disciplinari come nel caso di segnalazioni volontarie o "segni" corrispondenti a prescrizioni legali del diritto comunitario quali DOP, IGP, STG e biologico: in questo caso sarebbe prospettabile un incolpevole affidamento del consumatore. In secondo luogo, l'esperimento dell'azione di annullamento potrebbe non soddisfare le pretese dell'attore poiché l'accoglimento di siffatta domanda dipende dalla presenza di astuzie volte a realizzare l'inganno voluto ed idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza (*dolus malus*)¹⁵⁰, non essendo sufficiente la semplice menzogna o mere omissioni: prova, questa, che difficilmente potrà essere fornita.

7. Segue. Dovere di informazione e possibili profili di nullità del contratto in presenza di una etichetta contenente informazioni volontarie mendaci. Il Regolamento n. 1169 del 2011 quale salvaguardia assoluta dei valori preminenti nel sistema comunitario.

Se le soluzioni sopra prospettate possono essere adeguate per i rapporti correnti tra privati ove è difficilmente configurabile una grave asimmetria informativa, esse potrebbero essere inappaganti nei rapporti correnti tra professionista e consumatore ove può pesare notevolmente la differente informa-

di fronte ad un grossista, probabilmente, vi sarà un'adeguata trattativa con conseguente informazione e, per la caratteristica propria dell'acquirente, non sarà presente l'asimmetria informativa che connota il consumatore finale.

¹⁴⁴ C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 653.

¹⁴⁵ In linea generale si ritiene che il dolo, per comportare l'annullamento del contratto, deve consistere in una condotta attiva preordinata a indurre in errore la controparte; il mero silenzio serbato da una delle parti, pertanto, non costituisce causa di annullamento del contratto, a nulla rilevando che l'altra parte si sia indotta alla stipula sulla base di una fallace convinzione: così Cass., 15 marzo 2005, n. 5549 in *De jure on line*.

¹⁴⁶ Su tale tematica v. P. GALLO, *I vizi del consenso*, cit., p. 423 ss., il quale rileva che, nonostante l'evoluzione della teoria del contratto in generale, i vizi del consenso operano soltanto se sussiste una provata divergenza tra la volontà e la dichiarazione.

¹⁴⁷ In giurisprudenza v. Cass., 25 maggio 2006, n. 12424, in *De jure on line*, secondo la quale il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da una parte abbiano determinato la volontà a contrarre del *deceptus*, avendo ingenerato in lui una rappresentazione alterata della realtà che abbia provocato nel suo meccanismo volitivo un errore essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.

¹⁴⁸ Cass., 20 marzo 2006, n. 6166, in *De jure on line*.

¹⁴⁹ Cass., 23 giugno 2009, n. 14628, in *De jure on line*.

¹⁵⁰ Cass., 19 luglio 2007, n. 16031, in *Vita not.*, 2007, 1206. V., inoltre, Cass., 19 settembre 2006, n. 20260, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 75 secondo la quale la reticenza o il silenzio possono integrare il dolo omissivo soltanto qualora il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito. Cfr., inoltre, Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *De jure on line*, secondo la quale il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto.

zione in loro possesso, nonché il differente potere contrattuale: in tal caso non è da escludere che possa soccorrere un rimedio maggiormente incisivo qual è quello della nullità del contratto piuttosto che quelli ascrivibili ai vizi del consenso o quelli previsti nel vigente codice del consumo¹⁵¹.

Occorre domandarsi se il consumatore, una volta concluso il contratto, stante la difficoltà di dimostrare l'essenzialità delle informazioni di natura facoltativa nel suo processo volitivo indirizzato all'acquisto, possa invocare il rimedio della nullità del contratto che, forse, potrebbe risultare maggiormente efficace a tutelare anche le sue ragioni. Sotto il profilo strettamente contrattuale, non è possibile distinguere tra indicazioni obbligatorie e indicazioni facoltative in ordine al loro carattere essenziale nel regolamento contrattuale: infatti, dal momento in cui il produttore ha scelto di inserirle in etichetta, descrivendo l'oggetto ed essendo idonee ad influenzare la scelta del consumatore, egli si è definitivamente obbligato in ordine alla loro veridicità¹⁵². Tale soluzione si impone ancor più qualora si tenga presente che il contenuto dell'etichetta, come già detto in precedenza, incide sul contenuto del contratto, sia che riguardi le informazioni obbligatorie, sia quelle facoltative. L'etichetta, specialmente in un mercato muto, costituisce lo strumento che veicola l'informazione dal produttore al consumatore determinando nella sua unitarietà il contenuto oggetto della dichiarazione destinata al mercato e alla generalità dei consumatori.

Pare si possa affermare che la nullità esprima una valutazione negativa resa dall'ordinamento giuridico a seguito della quale consegue la necessaria inidoneità dell'atto a produrre effetti stabili e permanenti¹⁵³. Il tema della nullità e delle sue varie forme è talmente ampio da non potere neppure essere tratteggiato in questa sede¹⁵⁴.

¹⁵¹ Giova ricordare i diritti riconosciuti al consumatore dal Codice del consumo in caso di difetto di conformità del bene: il diritto al ripristino, senza spese, della conformità attraverso la riparazione o la sostituzione; alternativamente, si ha diritto ad una adeguata riduzione del prezzo d'acquisto. Infine, il diritto alla risoluzione del contratto.

¹⁵² Cfr. M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 599, secondo il quale anche le indicazioni facoltative, una volta liberamente introdotte dal produttore in etichetta, debbono essere considerate clausole essenziali facenti parte integrante del contratto e, conseguentemente, debbono rispettare i caratteri della non decessività; dello stesso avviso C. LOSAVIO, *Il consumatore di alimenti nell'Unione europea e il suo diritto ad essere informato*, cit., p. 133.

¹⁵³ In tal senso, v. G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, p. 53.

¹⁵⁴ Si rinvia per primi riferimenti a S. POLIDORI, *Della nullità del contratto*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* a cura di G. Perlingieri, IV, I, p. 1017 ss.

Sembra, quindi, opportuno domandarsi se al contratto concluso sulla base di informazioni volontarie mendaci possa essere comminata la sanzione della nullità sotto vari profili: da un lato, ci si potrebbe riferire alla nullità virtuale dal momento che il legislatore, sia comunitario sia nazionale, detta in maniera estremamente stringente gli obblighi in ordine tanto al contenuto dell'etichetta quanto alle modalità di presentazione delle informazioni in essa contenute, norme queste alle quali sembra doversi riconoscere il carattere della imperatività; dall'altro, si potrebbe affermare che un tale negozio potrebbe risultare altresì nullo per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto qual è il consenso che, in questo caso, sarebbe privo della doverosa caratteristica della consapevolezza; da ultimo, la nullità potrebbe essere comminata per mancanza dei requisiti dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c.¹⁵⁵.

Per quanto riguarda il primo profilo, giova ricordare come il contratto debba essere considerato invalido quando sia in contrasto con norme imperative: tuttavia, come noto, non tutte le violazioni di queste importano la più incisiva sanzione della nullità dal momento che, quale ulteriore ed alternativa conseguenza alla nullità, il legislatore ha previsto la sanzione della annullabilità, nonché quella della risarcibilità del danno. Occorre quindi domandarsi se agli obblighi di informazione, sia quelli espressi in via generale dall'art. 1337 c.c. in ordine alla buona fede nelle trattative e nella conclusione del contratto, sia quelli stabiliti ad opera delle norme a tutela del consumatore e, specificatamente, per ciò che attiene alla tutela del consumatore alimentare, in ordine all'etichetta, possa essere riconosciuto valore imperativo idoneo a far comminare, in caso di loro violazione, la sanzione della nullità. Sotto un profilo squisitamente generale, non pare si possa concordare con l'assunto secondo il quale l'art. 1337 c.c. sarebbe sempre norma meramente precettiva o imperativa positiva sicché una sua violazione sarebbe fonte di responsabilità e mai di nullità del contratto di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c.¹⁵⁶. È stato os-

¹⁵⁵ Pare, comunque, si possa sottolineare come, anche in assenza di una previsione legislativa, la giurisprudenza in più di un'occasione abbia dichiarato la nullità del contratto qualora il divieto contravenuto avesse avuto riguardo in tutto o in parte alle modalità attraverso le quali il bene fosse deducibile nel contratto: Cass., 6 aprile 2009, n. 8236, in *De jure on line*; Cass., 5 maggio 2003, n. 6751, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 441; Cass., sez. un., 17 dicembre 1984, n. 6600, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1056.

¹⁵⁶ In argomento cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, passim; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, passim. Secondo la giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7033, in *De jure on line*, la nullità può essere desunta anche in via ermeneutica consentendo all'interprete di evitarla ogni qual



servato che non tutte le norme imperative importano tale sanzione e che tra queste vi sarebbero le norme di comportamento: più volte la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che, fuori dell'ipotesi di responsabilità precontrattuale (configurabile quando una parte receda dalle trattative dopo aver determinato nell'altra l'affidamento sulla conclusione del contratto), la violazione dell'obbligo generico di comportarsi secondo buona fede comporterebbe responsabilità civile ma non invalidità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica, come confermato ad esempio anche dalla disciplina dettata, in tema di dolo, dagli art. 1439 e 1440 c.c.¹⁵⁷.

La proposta distinzione delle norme imperative appare formalistica ed in contrasto con la disciplina codicistica che considera unitariamente la categoria delle norme imperative, contrapponendola a quella delle norme dispositive. Dall'unicità della categoria, non deve comunque discendere la conclusione che la violazione di norme imperative debba causare sempre la nullità della fattispecie. Sicuramente, ci sono norme imperative di contenuto meramente precettivo che, se violate, possono comportare la nullità del contratto concluso (art. 52 codice del consumo) e ve ne sono altre che, se violate, ingenerano responsabilità in capo a chi le viola. Pertanto, nel tentativo di rispondere al primo dei quesiti, specificatamente in ordine all'informazione alimentare, pare opportuno ricordare che la giurisprudenza ha individuato un criterio al fine di distinguere le vere e proprie norme imperative: tali sarebbero quelle

volta la nullità costituisca esito sovrabbondante rispetto all'attuazione degli interessi protetti dalla norma violata.

¹⁵⁷ Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *De jure on line*; di recente v. anche Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, secondo la quale "La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. Il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto d'interessi attiene anch'esso alla fase esecutiva di detto contratto, costituendo, al pari del dovere d'informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente"; conforme Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *De jure on line*.

che impongono un comando o un divieto assoluto sotteso al raggiungimento o alla protezione di un interesse generale. All'uopo, occorre richiamare una risalente giurisprudenza¹⁵⁸, resa proprio in tema di informazione in ordine a prodotti alimentari, secondo la quale, ai fini di cui all'art. 1418 c.c., le norme contenenti un divieto, anche se sanzionato penalmente, possono essere considerate imperative, in difetto di una espressa sanzione civilistica di invalidità, soltanto se dirette alla tutela di un interesse pubblico generale, la quale, salvi i casi in cui sia resa manifesta dalla lettura della norma, è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, senza possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuni dei destinatari della norma; pertanto, nel caso di specie, non fu ritenuto imperativo, agli effetti dell'art. 1418, comma 1, l'art. 4, comma 2, legge 13 maggio 1996, n. 356 che vietava alle imprese produttrici di uova da cova di "incubare, commerciare o porre altrimenti in circolazione uova da cova, prodotte in Italia, che non avessero recato stampigliate la parola 'cova', seguita dalla parola 'Italia' e dal numero di immatricolazione assegnato al centro o stabilimento di produzione": tale decisione trovava fondamento nel fatto che la disposizione, dettata dall'esigenza di carattere pubblico del razionale e controllato svolgimento della produzione e del commercio delle uova da cova, non fosse anche preordinata alla prevenzione della diffusione di malattie trasmissibili dal pollame e alla conseguente tutela mediata dell'interesse generale alla salute pubblica, dal momento che la stessa legge esonerava da tali obblighi le piccole imprese. Forse, il legislatore comunitario aveva già permeato la Direttiva n. 13 del 2000 e le sue successive modifiche ed integrazioni con il carattere della imperatività essendo essa preordinata al perseguimento del ravvicinamento delle legislazioni nazionali per contribuire al funzionamento del mercato comune, evitando disparità nelle condizioni di concorrenza e al fine di consentire al consumatore di operare scelte con cognizione di causa. La conclusione secondo la quale le norme in ordine all'informazione potrebbero rivestire carattere imperativo, in quanto indirizzate al perseguimento di valori assoluti, potrebbe trovare conferma nel nuovo Regolamento n. 1169 del 2011 che, ribadendo tali finalità, fa espresso riferimento non solo all'esigenza di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori in materia di informazione sugli alimenti (art. 1, par. 1), ma anche alla preordinazione di tali informazione all'utile raggiungimento di un elevato livello di protezione della salute umana e degli interessi dei consumatori. Ne potreb-

¹⁵⁸ Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1178.



be conseguire che l'informazione, ivi compresa quella pubblicitaria, è caratterizzata dalla natura imperativa della regola e potrebbe incidere sia sulla fase precontrattuale sia sul contratto¹⁵⁹, sottraendo all'area della tradizionale responsabilità *in contrahendo* tanto l'omissione delle informazioni che il produttore è tenuto a fornire per legge¹⁶⁰, quanto la mendacità della stesse, non soltanto vertente sulle indicazioni di natura obbligatoria ma anche su quelle di natura volontaria; tale assunto potrebbe riguardare tanto le indicazioni volontarie attestanti la qualità del prodotto quali DOP, IGP, STG o attestazioni biologiche, quanto riferirsi anche alle indicazioni volontarie volte alla c.d. *captatio benevolentiae*, a prescindere dalla loro possibile rilevanza penale.

La portata omnicomprendiva dell'art. 7 del Regolamento n. 1169 del 2011 la si potrebbe evincere anche considerando che la stessa evita un'elencazione tassativa dei comportamenti vietati e che le ipotesi espressamente contemplate vengono premesse dalla locuzione «in particolare», con ciò rifuggendo una indicazione tassativa che avrebbe irrigidito il controllo, lasciando spazi alla valutazione del caso concreto; di qui, opportunamente si afferma che il sistema risulta omnicomprendivo e probabilmente perfettamente tutorio¹⁶¹.

La protezione del consumatore è espressione di una generale esigenza di tutela che anche il contratto¹⁶² potrebbe assicurare sia con la legislazione consumeristica sia, più in generale, comminando la nullità del contratto concluso qualora l'alimento non sia stato correttamente descritto.

Sotto il secondo profilo, cioè se vi possa essere un consenso informato da parte dell'acquirente che abbia concluso il contratto con oggetto un alimento contrassegnato da una etichetta errata o comunque mendace, occorre ricordare come sia noto, sempre in ordine al dovere di informazione precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., il dibattito tra chi considera tale norma fonte di un generale dovere di informazione relativo a tutte le circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto¹⁶³ e chi limita il do-

vere di informazione alle ipotesi espressamente contemplate dal legislatore¹⁶⁴: il problema non potrebbe essere superato ritenendo che l'illecito precontrattuale che origini direttamente dalla violazione di norme specifiche escluda che per tali ipotesi si possa configurare la violazione del generale obbligo precontrattuale di informazione *ex art. 1337 c.c.*¹⁶⁵. Pare, invece, che tale norma sia una clausola generale di grande forza espansiva, capace di ricomprendere pure le ipotesi espressamente previste dal legislatore, quali sono anche quelle relative alla informazione sul prodotto alimentare, potendo rappresentare anche la loro base giuridica nel diritto interno: l'art. 1337 c.c. non è soltanto norma riassuntiva di ipotesi già legislativamente previste. Se così fosse perderebbe l'efficacia che è propria della clausola generale idonea a concretizzare doveri che, di volta in volta, evidenziano i singoli casi concreti.

La legislazione speciale, dettando una disciplina specifica rispetto a quella generale contenuta nel codice civile, rappresenta soltanto il punto di emergenza della rilevanza di particolari situazioni sensibili allo *status* dei contraenti, ma non è di ostacolo all'applicazione della norma generale ad ulteriori ipotesi. Invero, pare che le norme sul contratto in generale restino il necessario punto di riferimento per individuare l'intera disciplina della fattispecie considerata¹⁶⁶ che, tuttavia, risente delle innovazioni legislative che hanno inciso, per talune categorie, sul momento perfezionativo del contratto, sul diritto di recesso, sulle conseguenze delle invalidità, sulle regole proprie dei contratti caratterizzati da asimmetria contrattuale. Una moderna valutazione degli atti di autonomia privata non può prescindere da una valutazione della stretta e complessa dialettica fra fattispecie e rapporto¹⁶⁷ ove si (con)fonde la classica distinzione fra regole di validità dell'atto e regole di

¹⁵⁹ E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 13.

¹⁶⁰ Di tale opinione E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 14.

¹⁶¹ L. COSTATO, *Le etichette alimentari nel nuovo Regolamento n. 1169/2011*, cit., p. 664.

¹⁶² Di differente opinione E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 14 secondo la quale la tutela del singolo contraente trova in quella collettiva del consumatore nuove garanzie che il contratto non è più in grado di fornire.

¹⁶³ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 368 s.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 91 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 38 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 34 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 162 ss.

¹⁶⁴ In tal senso, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 149 ss.; A. TRABUCCHI, *Dolo* (dir. priv.), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1975, p. 150 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 171.

¹⁶⁵ Così T. FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006, p. 197.

¹⁶⁶ Si vedano le considerazioni di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 20, secondo il quale le nuove normative che riguardano i contratti dei consumatori non sono in grado di dare vita ad un'autonoma categoria contrattuale, categoria che, invece, può essere rinvenuta nel modo in cui i contratti vengono conclusi, senza essere negoziati.

¹⁶⁷ Su tale tematica v. già R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 263 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 242 ss. e, più di recente, G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 245 ss.

comportamento¹⁶⁸ la cui violazione, si pensi al fenomeno delle nullità protettive¹⁶⁹, fa sì che le regole che disciplinano il comportamento vengano incorporate entro le regole proprie della validità delle fattispecie: la staticità della fattispecie cede il passo alla dinamicità del rapporto, sensibile pure al continuo mutamento dell'ordinamento giuridico.

In proposito, è dato riscontrare un'interessante evoluzione giurisprudenziale che sembra aprire alla disciplina della nullità quale conseguenza di un contratto concluso in mancanza delle opportune informazioni nella fase precontrattuale. La giurisprudenza di legittimità sembrava avere definitivamente disapprovato talune decisioni di merito che, soprattutto nelle prime interpretazioni, si erano espresse decidendo che la violazione degli obblighi di informazione dava luogo a nullità del contratto di intermediazione mobiliare, ovvero dell'ordine di acquisto, con conseguente obbligo di restituire la somma di denaro investita¹⁷⁰.

Il dibattito, tuttavia, pare essere stato riaperto da una non più recente decisione della Suprema Corte¹⁷¹. Tale sentenza, coerente con l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato in ordine al rapporto corrente tra l'art. 1337 c.c. e l'art. 1418, comma 2, c.c., esclude che l'inosservanza degli obblighi informativi, sebbene possa impedire al cliente di esprimere un consenso "libero e consapevole", possa rendere il contratto nullo per la mancanza di uno dei requisiti essenziali di cui all'art. 1325 c.c.¹⁷²: ciò perché le informazioni che debbono essere preventivamente fornite dall'intermediario non riguardano direttamente la natura e/o l'oggetto del contratto, ma soltanto elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e come tali non idonei ad integrare l'ipotesi di mancanza del consenso.

Tuttavia, non è sfuggita alla dottrina¹⁷³ l'innovatività di tale decisione che, se letta *a contrariis*, potrebbe essere così interpretata: determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1325, comma 1, c.c., la mancanza di informazioni che riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto e non quelle utili per valutare la convenienza dell'operazione¹⁷⁴. In tale prospettiva, si osserva, elemento essenziale del contratto sarebbe non già il mero accordo, bensì l'accordo "informato" che riguardi la natura e l'oggetto del contratto. Tale conclusione giurisprudenziale viene valutata come "eversiva" perché trasferisce nell'ambito della nullità (per mancanza di accordo) fattispecie che, per scelta normativa e per comune opinione, andrebbero ascritte nell'ambito dell'annullabilità del contratto per errore¹⁷⁵ o per dolo¹⁷⁶. Invero, pare che la riferita decisione della Cassazione non sia frutto di una momentanea distrazione¹⁷⁷, ma sia, invece, una dovuta conseguenza dell'accentuazione della presenza di una rilevante asimmetria informativa. Si apre una nuova finestra per riesaminare la disciplina del contratto in generale, tenendo conto delle istanze consumeristiche che da tempo sono un risultato acquisito dell'esperienza giuridica contemporanea. Si va sempre più profilando una regolamentazione dei rapporti correnti tra consumatore e professionista che si discosta dai principi presenti nel codice civile che resta, pur sempre, il necessario punto di riferimento. Opportunamente, è stato ribadito che la disciplina di settore non esprime principi generali ed è estensibile solo in base all'analogia *legis* e *non juris*. Non è consentito un passaggio diretto di regole fra diritti speciali senza una «verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale». Il diritto del consumo esige sempre un confronto con la disciplina generale del contratto nei diritti nazionali e nel mercato unico¹⁷⁸. Si è assistito, anche su spinta del legislatore comunitario, ad una proliferazione di norme di settore che rispondono ad autonome logiche e sono espressione di particolari esigenze. I requisiti contrattuali restano sempre quelli descritti all'art. 1325 c.c., ma essi vanno riletti alla luce delle istanze

¹⁶⁸ In argomento v. G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale fra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 944.

¹⁶⁹ La figura, diffusamente ammessa, delle c.dd. nullità di protezione mette in crisi la concezione unitaria della nullità contrattuale: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 29 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 263 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss. Sul punto v., tuttavia, le considerazioni di C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 623 ss.

¹⁷⁰ In tal senso, Trib. Mantova, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 3047; Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, *ibidem*, I, c. 2536; Trib. Palermo, 16 marzo 2005, *ibidem*, I, c. 2539.

¹⁷¹ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 26 ss.

¹⁷² F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, II, Padova, 2009, p. 322, nota 12, reputa che il dovere di informare la controparte contrattuale possa avere la funzione di fare del consenso di questa un "consenso informato" con la conseguenza che l'omessa informazione possa comportare nullità del contratto per mancanza del requisito del consenso richiesto dall'art. 1325, n. 1, c.c.

¹⁷³ V. le stimolanti, ma all'un tempo ironiche, considerazioni in merito a Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 29 ss.

¹⁷⁴ V. ROPPO e G. AFFERNI, *o.c.*, p. 32.

¹⁷⁵ V. ROPPO e G. AFFERNI, *o.l.u.c.*

¹⁷⁶ Richiama tale figura pure Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

¹⁷⁷ Adombrano tale possibilità, invece, V. ROPPO e G. AFFERNI, *o.l.u.c.*

¹⁷⁸ G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 86; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 152 ss.



ze che emergono e delle quali si è fatto carico il legislatore per tutelare la parte contrattualmente debole. In tale ottica, il collegamento operato dal legislatore tra professionista e consumatore consente all'interprete di tenere nel dovuto conto la posizione assunta da quest'ultimo nell'ambito di una determinata contrattazione¹⁷⁹. Opportunamente, è stato osservato che la nozione di consumatore comparsa nelle norme del codice civile è divenuta nozione giuridica in senso tecnico¹⁸⁰ e consente di superare la prospettiva legata ad un'uguaglianza formale: la categoria dei contratti dei consumatori (*rectius*, del consumatore) presuppone una diversità di situazione, una disuguaglianza sostanziale tra le parti sicché risulterebbe superato il principio dell'unificazione del soggetto nel diritto privato¹⁸¹. Come già si è avuto modo di rilevare, nonostante la nozione giuridica di consumatore faccia riferimento alla persona fisica, un'interpretazione assiologicamente orientata dovrebbe indurre a ritenere applicabile detta disciplina in presenza della debolezza contrattuale dovuta principalmente all'asimmetria informativa: verso tale esigenza ha mostrato sensibilità il legislatore comunitario con il Regolamento n. 1169 del 2011 come sopra sottolineato.

In tale contesto il ruolo della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto è profondamente mutato. Comportamenti delle parti e circostanze di fatto assumono un rilievo totalmente nuovo¹⁸². Tutto ciò richiama un nuovo ordine, ancora da costruire, sulla rilevanza dell'autodeterminazione delle parti. Le norme del codice, la legislazione di settore spesso, singolarmente considerate, non danno autonomamente risposte sufficienti e non sono più gli unici elementi di valutazione per la determinazione della regola¹⁸³.

¹⁷⁹ Lo rileva E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori* a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, I, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 2005, p. 9.

¹⁸⁰ L. GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile dei contratti del consumatore* a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, p. 128.

¹⁸¹ V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, cit., p. 72.

¹⁸² La determinazione delle parti, autonoma, libera e consapevole, assume un significato diverso dal passato tanto che è stato qualificato nullo per violazione della norma penale un contratto concluso con menomazione «del potere di critica» o con un «indebolimento della funzione volitiva o affettiva che agevolino la suggestionabilità e diminuiscano i poteri di difesa del soggetto»: così Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *De jure on line*; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corriere giur.*, 1995, p. 217 ss.

¹⁸³ In argomento v. V. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 143 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e*

La complessità del sistema giuridico e la peculiarità del fatto da regolare attribuiscono all'interprete poteri e responsabilità nuovi. È necessario rifuggire l'astrazione per impegnarsi nella definizione di nuove tecniche di attuazione e concretizzazione dei principi, utilizzando un nuovo sapere e nuove azioni consapevoli dei limiti del passato e delle potenzialità di strumenti nuovi¹⁸⁴.

Di qui l'opportuno richiamo al concetto di accordo «informato» che fa chiaramente riferimento non al mero consenso, bensì ad un consenso che segue alla dovuta informazione. Tale conclusione risulta in linea con il codice del consumo che in più di una disposizione (v. artt. 2 e 22) prevede che il consumatore ha diritto ad un'adeguata informazione, così come si richiede che lo stesso deve potere esprimere un «consenso consapevole» (artt. 5, 18 lett. e ed I, 22, 23 lett. g). Nei rapporti tra professionista e consumatore la validità dell'impegno, la conclusione del contratto, non potrebbe prescindere da un consenso qualificato, frutto di un'adeguata informazione. Se fosse stato sufficiente il mero riferimento al nudo incontro delle volontà il legislatore non si sarebbe preoccupato di sottolineare la necessità di un'adeguata informazione al fine di permettere al consumatore di esprimere un consenso consapevole. Pare, pertanto, da condividere la riferita decisione di legittimità che, sia pure con una lettura *a contrariis*, conduce a ritenere che il contratto sia nullo per difetto di accordo qualora manchino informazioni che riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto. La conclusione potrebbe apparire coerente anche con la teoria dell'oggetto del contratto atteso che, rifuggito un suo modello astratto, il processo di individuazione dell'oggetto dovrebbe avvenire concretamente attraverso un processo di individuazione sul quale l'ordinamento esprimerà la propria concreta valutazione¹⁸⁵: in questo senso, sembra che anche le indicazioni volontarie, in quanto descrittive dell'oggetto, potrebbero avere la funzione di concorrere alla determinazione di tale requisito negoziale.

Se è vero che le informazioni contenute in etichetta, siano esse di natura obbligatoria o di natura facoltativa, entrano a far parte del contenuto contrattuale, da un lato, descrivendo nella sua interezza il bene oggetto del contratto e, dall'altro, influenzando il consenso del consumatore, si potrebbe affermare che lo stesso possa essere affetto dal vizio

negozio giuridico, Padova, 1992, 200 ss.; P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1998, p. 431 ss.

¹⁸⁴ Per tale monito v. G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 86.

¹⁸⁵ Sul punto v. le considerazioni di E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 2001, p. 29.





della nullità non soltanto qualora l'etichetta risulti priva, come visto in precedenza, di informazioni richieste per legge, bensì anche ove in essa siano riportate indicazioni facoltative idonee ad indurre in errore un consumatore mediamente avveduto, salve quelle di mera *captatio benevolentiae* iperboliche.

Sembrirebbe segnarsi così il passaggio da una tutela del consumatore fondato sul regime dell'annullabilità a quella più radicale della nullità, cioè da una tutela fondata sul rimedio azionabile successivamente alla sopportazione del danno ad altra più radicale che non consente sin dall'origine al negozio di produrre effetto alcuno¹⁸⁶. Una disciplina tanto stringente, pare potrebbe fornire completa tutela all'acquirente di prodotti alimentari dal momento che impone un imprescindibile preventivo controllo pubblico che verifichi il rispetto della normativa di settore e commini le sanzioni in essa previste.

Pare infine necessario rispondere al terzo quesito sopra riportato consistente nel verificare se al contratto concluso in assenza della dovuta informazione possa applicarsi il rimedio della nullità per mancanza dei requisiti dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c. La sanzione della nullità potrebbe trovare giustificazione anche in questa ulteriore prospettiva e potrebbe risultare ancor meno dirompente di quanto potrebbe a prima vista apparire qualora si considerino le conseguenze previste dal Regolamento n. 1169 del 2011 allorché siano state violate le norme sull'etichettatura, ancorché vertenti in ambito di indicazioni volontarie.

Sebbene esistano informazioni che devono essere rese obbligatoriamente e informazioni facoltative, sembra opportuno evidenziare come il Regolamento, dopo aver sancito il principio secondo il quale tutti gli alimenti destinati al consumatore finale o alle collettività vadano accompagnati da informazioni che rispettino i dettami del medesimo Regolamento (art. 6), dedichi la successiva disposizione alla materia delle "Pratiche leali d'informazione": in tale disposizione si afferma che non devono indurre in errore: le informazioni riguardanti le caratteristiche dell'alimento e, in particolare, la natura, l'identità, le proprietà, la composizione, la quantità, la durata di conservazione, il paese d'origine o il luogo di provenienza, il metodo di fabbricazione o di produzione (lett. a); attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede (lett. b); suggerendo che l'alimento possiede caratteristiche particolari, quando in realtà tutti gli alimenti analoghi possiedono le stesse caratteristiche, in particolare evidenziando in modo esplicito la presenza

o l'assenza di determinati ingredienti e/o sostanze nutritive (lett. c); suggerendo, tramite l'aspetto, la descrizione o le illustrazioni, la presenza di un particolare alimento o di un ingrediente, mentre di fatto un componente naturalmente presente o un ingrediente normalmente utilizzato in tale alimento è stato sostituito con un diverso componente o un diverso ingrediente (lett. d).

Il regolamento all'art. 36, in ordine alle informazioni volontarie, richiama espressamente i principi di cui all'art. 7: sicché, oltre a non indurre in errore il consumatore, dovranno essere precise, chiare e facilmente comprensibili e, fatte salve le deroghe previste dalla legislazione dell'Unione in materia di acque minerali naturali e alimenti destinati ad un particolare utilizzo nutrizionale, le informazioni sugli alimenti non dovranno attribuire proprietà di prevenire, trattare o guarire una malattia umana¹⁸⁷, né fare riferimento a tali proprietà; inoltre, non dovranno essere ambigue né confusorie e dovranno essere basate su dati scientifici pertinenti. L'operatore è, sì, libero di inserire o non inserire informazioni volontarie secondo l'attuale disciplina, ma queste, ove riportate, entrano a far parte integrante dell'etichetta unitamente alle indicazioni obbligatorie: l'etichetta, pertanto, indicando, descrivendo e contraddistinguendo il bene oggetto della vendita, finisce per assumere valore assoluto: un'unità che diviene priva di qualsiasi distinzione tra indicazioni obbligatorie e facoltative. L'assunto appena riportato parrebbe essere supportato dal fatto che lo stesso Regolamento, all'art. 54, sancisce, a partire da determinate date di riferimento, l'incommerciabilità dei prodotti che non rispettino i requisiti dello stesso, senza operare alcun rinvio alla distinzione sopra riportata. In proposito, giova ri-

¹⁸⁷ Di particolare interesse, sono anche i *claims* salutistici legati al mercato dei c.d. *functional food*, oggi disciplinati dal Regolamento (CE) n. 1924/2006 del Parlamento e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, data la loro capacità di attrarre l'attenzione del consumatore: anche in questo caso, la reale mancanza di capacità e proprietà in relazione alla salute è in grado di indurre in errore il consumatore. Sul tema cfr. L. COSTATO, *Le indicazioni nutrizionali del reg. 1924/2006*, in *Riv. dir. agr.*, 2008, p. 299 ss.; A. GERMANÒ, *Prodotti di erboristeria tra integratori alimentari e medicinali*, in *Dir. giur. agr.*, 2007; S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*, in *Dir. giur. agr.*, 2007, p. 73 ss.; L. PETRELLI, *Le nuove regole comunitarie per l'utilizzo di indicazioni sulla salute fornite sui prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 50 ss.; ID., *Il regime sanzionatorio applicabile alle indicazioni sulla salute non conformi alle disposizioni del regolamento (CE) n. 1924/2006*, in *Riv. dir. agr.*, 2009; ID., *I prodotti alimentari della salute*, in *Riv. dir. alimentare*, 2011, 3, p. 5 ss.; F. ZOLLA, *Riportare sulle etichette alimentari indicazioni sulla salute false o non accertate scientificamente costituisce una forma di pubblicità ingannevole*, cit., p. 277 ss.

¹⁸⁶ E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit., p. 14.

chiamare l'opinione di chi¹⁸⁸ ha affermato che la teoria dell'oggetto del contratto rappresenterebbe la semplice constatazione che esistono «regole giuridiche, le quali stabiliscono la invalidità del contratto a seguito di un difetto o di un certo carattere della prestazione o oggetto»: in tale prospettiva, oggetto giuridicamente impossibile sarebbe «la cosa o la prestazione, in sé lecita, che la legge non consente di dedurre in contratto»¹⁸⁹. La mancanza di trasparenza rilevarebbe in sé e per sé, in quanto inadeguata ed inidonea a concorrere alla conclusione del contratto¹⁹⁰. A siffatto approccio sembrerebbe essere stato sensibile il legislatore comunitario prevedendo l'incomerciabilità del bene ove non siano stati rispettati i dettami dell'etichettatura. Ne potrebbe discendere che un'etichetta non conforme al Regolamento potrebbe rendere il bene incomerciabile e l'eventuale negozio di vendita affetto dal vizio di nullità, da un lato, per violazione delle norme imperative ex art. 1418, comma 1, dall'altro, ex art. 1418, comma 2 in mancanza del consenso informato, nonché ex artt. 1418, comma 2 e 1346 per impossibilità giuridica dell'oggetto¹⁹¹. Tali conseguenze potrebbero essere presenti, tanto in mancanza o falsità di una indicazione obbligatoria quanto in presenza di una indicazione facoltativa mendace ed idonea, da un lato, ad incidere sul convincimento del consumatore finale mediamente avveduto e, dall'altro, ad indurlo in errore.

Parrebbe che il legislatore comunitario, consapevole della necessità di fornire informazioni ai consumatori in merito agli alimenti per garantire valori fondamentali quali la persona, la salute ed il mercato, piuttosto che affidarsi a rimedi privatistici scelti dai singoli Stati membri di possibile incerta applicazione, abbia preferito predisporre una disciplina uniforme¹⁹² comminando, con l'art. 54 del Regolamento n. 1169 del 2011, l'assoluta incom-

merciabilità degli alimenti non regolarmente etichettati. Ne potrebbe essere scaturito il superamento del sistema delle nullità di protezione¹⁹³, preordinate a fornire adeguata tutela agli interessi di una parte e non ad interessi superindividuali¹⁹⁴, in favore di una nullità assoluta del contratto per impossibilità giuridica dell'oggetto commercializzato¹⁹⁵. Anche nel sistema alimentare il diritto comunitario sembra incidere sull'autonomia contrattuale non tanto per "limitarla", quanto per "modularla" o "conformarla" per il perseguimento delle finalità sue proprie quali sono la tutela del mercato, di cui la persona va intesa quale protagonista¹⁹⁶, e della concorrenza. Una corretta informazione diviene il necessario presupposto per una equilibrata attività contrattuale¹⁹⁷ che consente di prevenire le conseguenze di pratiche commerciali scorrette¹⁹⁸. Ne potrebbe discendere che, in questa prospettiva, la nullità potrebbe essere

¹⁹³ In argomento v. F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "dove-ri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1344 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 29 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 72 ss.; G. FILANTI, *Nullità (Nullità speciali)*, in *Enc. dir. Treccani*, XXI, Roma, 2004, pp. 1 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 182 ss.

¹⁹⁴ Sul punto v., altresì, V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 199 ss.

¹⁹⁵ Ritengono che la nullità del contratto possa discendere anche dalla violazione di norme imperative di matrice comunitaria pure F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, cit., p. 317; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 97 ss.

¹⁹⁶ Si giustificano pertanto i numerosi controlli ed interventi pubblici sull'economia: in argomento v. L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo, o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici* a cura di Irti, Padova, 1999, p. 171 ss.; P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, I, p. 490 ss. Tali controlli non si pongono contro la libertà dei privati ma contro gli abusi di chi ha maggiore potere economico: così F. CRISQUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003 p. 141 s.

¹⁹⁷ Ne consegue che lo scambio va valutato in una prospettiva complessa che non mortifichi il rapporto interpretato proprio del contratto e non esalti il ruolo prevalente del mercato (sulla relazione tra valutazione del singolo contratto e analisi della sua incidenza sul funzionamento del mercato v. E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, cit. p. 17). Ne discende una maggiore attenzione verso la tutela della persona, qual è il consumatore, rispetto all'esigenza del mercato in cui avviene la circolazione dei beni e dei servizi. Le opposte esigenze sono mediate dalla norma e non dalla logica del mercato che, diversamente, potrebbe apparire luogo di conflitto permanente fra gli imprenditori per acquisirne il controllo (sul punto v. L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 762 s.).

¹⁹⁸ V. in argomento M. NUZZO, *Comento agli artt. 33-38*, in G. ALPA - L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo, Commentario*, Napoli, 2005, p. 255 s.

¹⁸⁸ G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 295.

¹⁸⁹ F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1998, p. 119.

¹⁹⁰ F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 320.

¹⁹¹ Per taluno (E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 61) il discorso sulla possibilità dell'oggetto, al pari di quello relativo al requisito della liceità, risulta sostanzialmente estraneo al tema dell'oggetto del contratto dovendo, piuttosto, inerire a quello del requisito causale e, quindi, al profilo funzionale dell'atto di autonomia privata.

¹⁹² Anche a tal fine è stata vista con favore (G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, cit., p. 319) l'iniziativa della Commissione europea che ha raccolto giuristi e studiosi (*Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables in vue de la création d'un droit européen des contrats por les consommateurs et les entreprise*, Bruxelles, le COM (2010) 348/3) volta a potenziare il mercato interno utilizzando il diritto dei contratti come strumento utile per perseguire tale finalità.



idonea pure a scoraggiare determinati comportamenti.

In conclusione, ne deriverebbe che il mercato e, quale sua componente, il singolo rapporto contrattuale impongano una tutela incisiva ed assoluta che potrebbe essere perseguita con la sanzione della nullità sicché l'art. 54 del Regolamento n. 1169 del 2011, assume valore di assoluta salvaguardia dei valori preminenti nel sistema comunitario, divenendo regola di chiusura del sistema protettivo.

Tuttavia, se quelli detti potrebbero essere i rimedi civilistici, come fatto notare¹⁹⁹, un'efficace tutela del consumatore non può prescindere da un'efficiente sistema di controlli preventivi, capaci di evitare il contatto tra l'alimento ed il consumatore, evitandone l'acquisto. Se la sanzione della violazione delle norme sull'etichettatura dà vita all'incomerciabilità dell'alimento, questa dovrebbe comportare che l'alimento non dovrebbe mai essere oggetto di un contratto: la nullità del contratto dovrebbe soccorrere soltanto qualora il sistema dei controlli non sia stato efficace.

Per il conseguimento di tali finalità si giustifica il potere di controllo attribuito ai pubblici poteri non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la protezione delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse individuale venga comunque tutelato, ma, in questa prospettiva, soltanto come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma²⁰⁰. Si può passare da una tutela del consumatore possibile soltanto dopo l'avvenuto verificarsi del danno, ad altra di tipo preventivo ove le informazioni riguardo ai prodotti alimentati, oltre che rilevare per la tutela dell'affidamento grazie alle rigide regole contrattualistiche che presidiano la validità della fattispecie, interessano l'affidabilità del mercato in termini di garanzia della concorrenza e di sicurezza dei prodotti in circolazione²⁰¹. Questa informazione preventiva è dovuta indipendentemente dalla presenza di una trattativa e, perciò, si colloca fuori della dimensione contrattuale o precontrattuale²⁰²: ciò denota che, in questa prospettiva, le regole di informa-

zione non interessano i problemi connessi ai vizi del consenso. In questa ottica, le pratiche d'informazione di cui all'art. 7 del Regolamento n. 1169 del 2011 si considerano leali se, con giudizio *ex ante*, non sono in grado oggettivamente di indurre in errore il consumatore medio²⁰³, a prescindere da qualunque valutazione del difetto volitivo del consumatore nel singolo caso concreto. Occorre, tuttavia, mediare tra le esigenze del mercato, della lealtà e dell'informazione e della tutela del consumatore, per evitare che limitazioni e controlli non possano "essere spinti fino al punto da inceppare l'esercizio dell'attività economica"²⁰⁴. Ne deriva che il legislatore, così come ha fatto anche in altre disposizioni non necessariamente ed esclusivamente legate al settore agroalimentare²⁰⁵, sembra orientarsi verso una regolamentazione dell'etichetta quale strumento per realizzare un mercato trasparente e non aggressivo, in cui gli interessi dei consumatori e degli operatori della filiera alimentare siano presi in considerazione in maniera equilibrata. L'autonomia privata ne risulterebbe limitata, ma conformata al fine della realizzazione dei primari valori emergenti dal sistema giuridico comunitario e nazionale.

¹⁹⁹ M. TAMPONI, *La tutela del consumatore di alimenti nel momento contrattuale: valore delle indicazioni obbligatorie e volontarie nella formazione del contratto*, cit., p. 603 ss.

²⁰⁰ Così, quasi testualmente, Cass., Sez. Un., 13 settembre, 2005, n. 18128, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 411 ss.

²⁰¹ In proposito v. E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 14, la quale, tuttavia propende per un abbandono di una tutela individuale per privilegiarne una di carattere diffuso. Invero, pare che le due forme di tutela non siano alternative e che una prima tutela del consumatore può derivare da una preventiva valutazione dei requisiti di validità della fattispecie.

²⁰² E. ROOK BASILE, *o.c.*, p. 17.

²⁰³ Non può non mettersi in evidenza come il consumatore sia chiamato ad un ulteriore sforzo nella comprensione dell'etichetta che, sebbene debba essere il più chiara possibile, potrebbe implicitamente condurlo ad una maggiore attenzione verso gli strumenti che gli vengono concessi per effettuare scelte consapevoli.

²⁰⁴ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2008, p. 30 e, più diffusamente, ID., *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 35 ss. Chiarificatore in tal senso è anche il Considerando n. 9 secondo il quale "(...) Il presente regolamento gioverà sia agli interessi del mercato interno, semplificando la normativa, garantendo la certezza giuridica e riducendo gli oneri amministrativi, sia al cittadino, imponendo un'etichettatura dei prodotti alimentari chiara, comprensibile e leggibile".

²⁰⁵ Si pensi alla pubblicità comparativa, ora disciplinata dal D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 145, ove il confronto è assolutamente legittimo soltanto quando la presentazione dell'informazione sia fornita sulla base di dati scientifici e non in forma aggressiva: dovendo cioè essere palese, veritiera e corretta (art. 1, comma 2). Per la manualistica, sul tema, cfr. A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2009, p. 81 ss.



LA REALTÀ DEL TERZO SETTORE E L'ESIGENZA DI COORDINAMENTO DEGLI STATUTI SPECIALI CON LA NORMATIVA CODICISTICA: NUOVI SPUNTI DI RIFLESSIONE*^o

| 192

Di Serena Serravalle

La realtà del terzo settore e l'esigenza di coordinamento degli statuti speciali con la normativa codicistica: nuovi spunti di riflessione (Serena Serravalle)

La considerazione normativa delle associazioni e delle fondazioni ad opera del Codice vigente, muove nel senso della discontinuità rispetto alle scelte compiute dal *Code civil*¹ e dal codice del 1865². La

* Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

^o Lo scritto riproduce la relazione al Convegno: "Solidarietà e Fraternità nel Terzo Settore. Le realtà e le prospettive di sviluppo nell'ordinamento italiano tra enti no profit, volontariato, promozione della cultura, dello sport e dell'aggregazione sociale e religiosa, tenuto nell'Università degli studi di Cassino il 29 novembre 2010.

¹ Le ragioni storiche ed ideologiche a fondamento della mancata contemplazione degli enti non lucrativi, e in particolare della fondazione, nel *Code civil* sono rinvenibili nell'avversione del pensiero illuminista per i corpi sociali intermedi, ritenuti elementi disgreganti dell'unità statale, cfr. R. J. TURGOT, *Fondation. Article de l'Encyclopédie*, in M. POMEY, *Traité des fondations d'utilité publique*, Paris, 1980, p. 351; P. DE FONT RÉAULX, *Les fondations en droit français*, in *Les Fondations, Travaux de la Semaine internationale du droit*, 1937, III, Paris, pag. 57 ss; sulle fondazioni durante l'*Ancien Régime* v. T. SAVUEL, *Les fondation. Leurs origines, leur évolution*, in *Revue du droit publique*, 1954, p. 328 ss.

² Gli unici profili di disciplina degli enti non lucrativi, contenuti nel codice civile del 1865, erano relativi all'autorizzazione all'accettazione di eredità e legati; oggetto di regolazione, con l. 5 giugno 1850 n. 1037, era anche il sistema dell'autorizzazione agli acquisti, cfr. V. G. SAREDO, *Acquisti dei corpi morali*, in *Dig. it.*, II, Torino, 1884, p. 65 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja e Branca, libro I, *Persone e famiglia*, Bologna-Roma, 1969, p. 241 ss. L'adozione nel codice del 1865 del modello individualista del *Code civil*, ad avviso di A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, p. 29 s. - sebbene implichi sul piano strettamente normativo la considerazione non dell'attività degli enti, bensì degli atti di circolazione dei beni, in ragione della loro attitudine alla costituzione di manomorta - non è di ostacolo ad una revisione dottrinarina, che conduce alla ricostruzione delle

prospettiva «realista»³, accolta dal legislatore del '42, favorisce la regolamentazione dei corpi intermedi, così pure ne sollecita il controllo - mediante lo strumento della personalità giuridica - che funge da sovrastruttura burocratica volta ad omologare gli stessi ai superiori interessi nazionali⁴. La disciplina codicistica delle fondazioni e delle associazioni muove nella direzione del controllo delle manifestazioni del pluralismo che possono contrapporsi all'autorità dello Stato, esprimendosi nella limitazione dell'autonomia del soggetto che si esplica attraverso le comunità intermedie⁵. Le ragioni della diffidenza per gli enti del primo Libro sono rinvenibili nell'idea che l'assenza di profitto individuale

vicende dei corpi intermedi all'interno del potere dispositivo della volontà privata, determinandone la saldatura, sul piano teorico, alla teoria del negozio e degli effetti negoziali, per la quale cfr. F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, diretto da Brugi, 2^a ed., Torino, 1923, p. 659 ss.; V. M. ROMANELLI, *Il negozio di fondazione nel diritto privato e nel diritto pubblico*, Napoli, 1935, *passim*.

³ L'influenza dalla concezione realista elaborata della dottrina tedesca - riferibile in Italia all'opera di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, *passim*) - induce all'inclusione di una disciplina organica dei corpi intermedi nel codice ad opera del legislatore del '42, più disponibile che in passato alla regolazione di essi, anche in ragione del nuovo clima instaurato con il concordato; sull'analisi e comparazione delle teorie realiste e finzioniste, cfr. A. ORESTANO, «Persona e «persone giuridiche» nell'età moderna, in *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche*, Bologna, 1978, p. 193 ss.; in ordine all'influenza del nuovo rapporto tra Stato e Chiesa sulle vicende dell'associazione e della fondazione, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 65 ss.

⁴ Cfr. A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, libro I, Torino, 1939, p. 65.

⁵ A. ZOPPINI, *o.c.*, p. 31 s.



non consenta la massimizzazione del benessere collettivo. Per la fondazione, in particolare, la considerazione quale forma giuridica economicamente non efficiente, trova conforto nei principi di politica economica ispiratori della codificazione, che esprimono il disvalore per l'istituto, in ragione della sua attitudine a determinare la sottrazione di beni alla circolazione giuridica al fine della loro destinazione ad uno scopo tendenzialmente immutabile; solamente la qualificazione di tale scopo come di utilità pubblica può giustificare la cristallizzazione del patrimonio e rimuovere la connotazione tendenzialmente negativa dell'istituto⁶.

La revisione critica della visione tradizionale degli enti non lucrativi - necessitata dall'affermazione dei principi costituzionali del pluralismo⁷ e, poi, della sussidiarietà, in particolare orizzontale⁸ - trae alimento anche dagli studi di analisi economica del diritto, che contribuiscono ad una rappresentazione nuova degli enti *non profit* in termini di efficienza allocativa⁹. Tali enti, invero, co-

stituiscono un'alternativa alle inefficienze, sia dello Stato, sia del mercato, specie quando la prestazione offerta sia insuscettibile di godimento esclusivo (ad esempio, la ricerca scientifica) o di essere valutata sul piano qualitativo (nei servizi di assistenza) o quando non sia identificabile il grado di soddisfazione del beneficiario¹⁰, essendo la stessa erogata per finalità altruistiche. Si acquisisce consapevolezza che la forma *non profit* offre, sia a coloro che finanziano l'attività sia a coloro che usufruiscono dei servizi dell'ente, la garanzia che la qualità del prodotto finale non è sacrificata al guadagno privato; il che rende tale forma giuridica strumento di allocazione ottimale delle risorse in specifici settori, nei quali il ricorso alla stessa consente di offrire prestazioni qualitativamente migliori e una tutela più intensa ai fruitori, rispetto a ciò che riserva loro sia il mercato - attraverso il suo strumento principe, ovvero il contratto¹¹ - sia l'apparato pubblico¹².

⁶ Cfr. M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. del diritto*, 1975, p. 597.

⁷ Sul tema, cfr., A. AMORTH, "il principio personalistico" e il "principio pluralistico": *fondamenti costituzionali della libertà di assistenza*, in *Persona, comunità e Stato nella prospettiva della riforma dell'assistenza - Convegno di studio 8-9 aprile 1978*, in *Quaderni di Iustitia*, Milano, 1978, p. 76 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, 3ª ed., Padova, 1999, p. 3 ss.; A. PAJNO, *Assistenza e beneficenza fra pubblico e privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 83 ss.

⁸ Per la comprensione del fenomeno fondazionale alla luce dal principio di sussidiarietà orizzontale, enunciato dall'art. 118 Cost., P. FORTE, *Le fondazioni come autonomie amministrative sociali*, in G. PALMA e P. FORTE (a cura di), *Fondazioni tra problematiche pubblicistiche e tematiche privatistiche*, Torino, 2008, p. 38 ss.; G. DI FIORE, *Le fondazioni di origine bancaria: soggetto privato nel "sistema territoriale locale"?*, *ivi*, p. 379 ss.; più in generale sul ruolo assunto dalle formazioni sociali nel perseguimento degli interessi generali alla luce dell'art. 118 Cost., V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, agg. XII, Milano, 2004; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 ult. comma della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, p. 179 ss.; E. DE MARCO (a cura di), *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, Milano, 2005, *passim*. Sull'unicità dell'ordinamento nella pluralità delle fonti, richiamata e garantita dall'art. 117 Cost., e sulla precisazione che, al fine di evitare il caos, un ordine tra le fonti esige una gerarchia determinata ora dal rango della norma o da scelte che rappresentano attribuzione di competenze esclusive, ora da un principio di sussidiarietà, con funzione correttiva, operante sia in presenza di competenze concorrenti, sia in sede di supplenza o di prossimità quando lo richiede un'esigenza prevalente, cfr., P. PERLINGIERI, *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, in *Ann. Fac. Ec. Benevento*, Napoli, 2008, n. 14, p. 19.

⁹ Il merito è ascrivibile alla dottrina nordamericana, cfr. H. B. HANSMANN, *The role of Nonprofit Enterprise*, in *The Yale Law J.*, 89, 1980, p. 835 ss.; A. BEN-NER, *Non-Profit Organizations: Why Do they Exist in Market Economics?*, in S. Rose-Ackerman (a cura di), *The Economics of Nonprofit Institutions: Studies in Structure and Policy*, New York-Oxford, 1986, p. 94

ss. Sul dibattito giuridico italiano, fortemente influenzato dal pensiero nord-americano, cfr. G. PONZANELLI, *Le «non profit organizations»*, Milano, 1985, p. 39 ss.; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, p. 75 ss. e sugli sviluppi ulteriori dello stesso - oltre all'essenziale riferimento al lavoro di P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, cit., *passim* - cfr., *ex multis*, G. PONZANELLI (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994; A. FUSARO, *Le associazioni*, *ivi*; M.V. DE GIORGI, *Fondamenti di diritto degli enti "non profit"*, Padova, 1997, p. 14 s.; G. PIEPOLI, *Gli Enti "non profit"*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. Lipari, I, Padova, 1997, p. 347; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, Napoli, 2003; P. STANZIONE, *Non profit persona mercato: un'introduzione*, in V. ZAMBRANO (a cura di), *Non profit persona mercato*, Milano, 2005, p. 1 ss; per la ricostruzione di una nuova categoria, le istituzioni della solidarietà, caratterizzata da uno specifico regime dell'autonomia privata nei rapporti interni e nei rapporti esterni con i terzi destinatari dell'attività, G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, Napoli, 1998. Sulla ricostruzione del dibattito in ambito socio-economico, si rinvia a G.P. BARBETTA, *Il settore non-profit italiano. Occupazione, welfare, finanziamento e regolazione*, Bologna, 2000. Sul mercato, inclusivo dell'attività d'impresa da parte delle formazioni a scopo ideale e, prima ancora, sull'idea di mercato, costruita sulle virtù civili, idonea a favorire un ambiente socialmente responsabile ed istituzioni economiche eque ed efficienti, S. ZAMAGNI, *L'economia civile*, Bologna, 1998; ID. (a cura di), *Il non profit italiano al bivio*, Milano, 2002; R. CARTOCCI e F. MACONI, *Libro bianco sul terzo settore*, Bologna, 2006. Sui rapporti tra economia, diritto ed etica, nella società contemporanea, v. A.SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2006; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 237 ss. e per un richiamo alle diverse visioni economiche e al superamento delle conclusioni dell'analisi economiche del diritto, cfr. P. D'ADDINO, *Prefazione*, in ID. (a cura di) *Mercato e Etica*, Napoli, 2009, p. 7.

¹⁰ A. ZOPPINI, *o.c.*, p. 35 ss. ed *ivi* i richiami alla letteratura giuridica citata alla nota 61.

¹¹ Per la tesi secondo cui lo spazio riservato agli enti senza scopo di lucro coincide con quello del *contract failure*, H.B. HANSMANN, *o.l.c.*



La mutata considerazione del ruolo rivestito dagli enti non lucrativi nella società - unitamente all'acquisita consapevolezza dell'inadeguatezza della disciplina codicistica, rispetto alle nuove funzioni di cui essi sono investiti - ha come conseguenza, sul piano normativo, la progressiva decodificazione delle discipline dell'associazione e della fondazione; così pure conduce all'emersione, nella prassi, di tipologie di enti, con connotati di specialità tali da non consentirne la riconduzione ai rigidi modelli delineati dal Codice del '42.¹³

¹² Cfr. N. LIPARI, *Il volontariato: una nuova dimensione culturale e giuridica del Welfare State*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 820 ss.; D. PREITE, *o.c.*, p. 86 ss.

¹³ L'elaborazione di una copiosa legislazione speciale in tema di associazioni e di fondazioni, nell'esperienza italiana, è strettamente correlata al fenomeno della riduzione della sfera pubblica, per il quale cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, *passim*; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, *passim*; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 447 s. I procedimenti di trasformazione, che hanno interessato le IPAB, gli enti pubblici creditizi, gli enti previdenziali di categoria, gli enti lirici, ecc., hanno condotto all'elaborazione di discipline speciali, derogatorie rispetto a quella codicistica e sostitutive dell'autonomia privata; sul tema F. MERUSI, *o.c.*, p. 448, secondo cui la persona giuridica di diritto privato diviene solamente lo stampo nel quale introdurre la nuova normativa e il codice civile solamente una fonte di integrazione della disciplina speciale che il legislatore non è riuscito ad esaurire. Sulla vicenda che ha interessato le IPAB, v. F. MIGLIARESE, *Sui limiti costituzionali alla pubblicizzazione di enti associativi privati*, in *Giur. Cost.*, 1974, p. 629 ss.; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, p. 202 s.; L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio "sostanziale" di distinzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 446 ss.; A. SANDULLI, *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. dir. amm.*, 1992, p. 756 ss. Sugli enti previdenziali privatizzati, cfr. S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1995, p. 122; G. SCARTOZZI, *Privatizzazioni (privatizzazione degli enti previdenziali)*, in *Enc. Treccani*, Roma, 1991, XXIV, p. 1 ss.; P. BOZZAO, *Gli enti previdenziali privatizzati, in La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, p. 327 ss.; M. BASILE, *Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in «fondazione»?* in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 103 ss.; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004, p. 89 ss. Sul processo di privatizzazione della banca pubblica, cfr. F. GALGANO, *Sulla riforma della banca pubblica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, p. 778 ss.; ID, *Sulle cosiddette fondazioni bancarie*, in *Contr. e impresa*, 1996, p. 811 ss. F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla società per azioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 1 ss.; P. SCHLESINGER, *La legge sulla privatizzazione degli enti pubblici economici*, in *Riv. soc.*, 1992, p. 126 ss.; ID, *Le c.d. fondazioni bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1995, I, p. 443 ss.; G. PONZANELLI, *Le fondazioni bancarie tra riforma del codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. Notar.*, 1998, 641 ss.; A. ZOPPINI, *La legge sulle c.d. fondazioni bancarie*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 407 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Fondazioni bancarie: che fare?*, in *Dir. banche e mercati fin.*, 1999; M. NUZZO (a cura di), *Le fondazioni bancarie: commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo del 17 maggio 1999 n. 153, all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro del 5 agosto 1999,*

In particolare si registra, oramai da diversi anni, il fenomeno dell'ibridazione del modello associativo con quello fondazionale¹⁴, che si realizza nelle fondazioni di partecipazione, nelle quali la pluralità dei partecipanti delinea lo statuto giuridico dell'ente e l'assetto economico dello stesso, mediante un accordo inidoneo ad incidere sulla natura del negozio di costituzione della fondazione¹⁵. L'intreccio del modello associativo con quello fondazionale si sostanzia, come emerge dalle prassi statutarie, nel riconoscimento in favore dei partecipanti del potere di concorrere ad orientare la politica culturale od economica della fondazione, cui è correlato l'impegno dei medesimi a compartecipare all'incremento dei flussi finanziari dell'ente. Tale figura, di dubbia qualificazione giuridica, pone il problema dei limiti all'autonomia statutaria e quello dell'individuazione della disciplina applicabile, specificamente in punto di responsabilità e di tutela dei partecipanti e dei terzi.¹⁶

Napoli, 2000; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino, 2000, *passim*. Sulla trasformazione in fondazioni degli enti lirico - musicali, v. E. FRENI, *La trasformazione degli Enti lirici in fondazioni di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, n. 12, p. 1115 ss.; A. DI MAJO, *Le neo -fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. Giur.*, 1997, n. 11, p. 114 ss.; G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, Padova, 1998, *passim*; G. MARASA, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, II, p. 475 ss.

¹⁴ Il fenomeno del progressivo avvicinamento, sul piano strutturale, della fondazione e dell'associazione ha interessato la dottrina anche in tempi meno recenti, cfr., F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, 2^a ed., Torino, 1958, p. 131 s.; D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova, 1989, p. 23 ss. Sui profili distintivi dell'associazione dalla fondazione, cfr. R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzione, disciplina e attività*, Napoli, 1996, p. 276 ss. Per G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 560 ss., la fondazione a partecipazione privata costituisce una specifica tipologia, nel panorama delle fondazioni di origine pubblica; essa si contraddistingue per l'attitudine alla produzione di un bene collettivo o di merito mediante il coinvolgimento di privati nella gestione e nel capitale e si proietta, nel quadro delineato dall'art. 118, comma 4, Cost., quale strumento di promozione dell'autonomia iniziativa dei cittadini nell'esercizio di attività di interesse generale e collettivo.

¹⁵ Cfr. F. GALGANO, *Fondazione*, in *Enc. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1 ss., secondo cui l'atto costitutivo di fondazione conserva la propria struttura di atto unilaterale anche se formato da più soggetti ovvero da una «moltitudine di persone».

¹⁶ Cfr., G. IUDICA, *Fondazioni di partecipazione*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC, Napoli, 2006, p. 353 ss., secondo cui la scelta di abbandonare la complessa realtà delle fondazioni di impresa e di partecipazione all'esile disciplina dettata dal codice per le fondazioni di mera erogazione, arricchita da qualche leggina fiscale, esprime una precisa scelta di politica del diritto di *laissez faire - laissez passer*.



La pluralità delle forme organizzative emergenti dalla prassi determina, in seno alla dottrina giuridica, l'abbandono di prospettive volte all'individuazione di un modello unitario, sia per l'associazione sia per la fondazione. In particolare, la disciplina codicistica di quest'ultima appare idonea a delineare, non uno schema tipico, bensì una pluralità di differenti tipologie.¹⁷ Tale prospettiva presuppone la negazione di un'identità strutturalmente definita e riconoscibile nel traffico giuridico ed una caratterizzazione funzionale dell'istituto: la fondazione si caratterizza per uno scopo che si rifrange su una struttura di per sé incolore.¹⁸

La neutralità della struttura organizzativa, che caratterizza i tradizionali «modelli deboli» - tra i quali, oltre la fondazione, l'associazione non riconosciuta e le forme societarie residuali - diviene progressivamente connotato comune di una più vasta tipologia di enti, sicché si discorre in dottrina di una progressiva *neutralizzazione* delle forme giuridiche, per designare l'inidoneità a fungere da criteri di qualificazione dell'ente, dei parametri a cui è, per tradizione, assegnato un ruolo ordinante: lo scopo lucrativo/ideale, l'attività economica e non, la struttura aperta o chiusa, la personalità giuridica o la semplice soggettività, l'autonomia patrimoniale perfetta/imperfetta.¹⁹ La tesi trova alimento nella riforma del diritto societario, che, tra l'altro, semplifica la disciplina della trasformazione, rendendo agevole il mutamento dall'una all'altra forma delle figure regolate dai Libri I e V del Codice.

Tale percorso evolutivo è segnato da interventi legislativi introduttivi di istituti nuovi, quali l'impresa sociale²⁰ e le cooperative sociali²¹, che

confermano, per un verso, la tendenza alla decodificazione delle discipline degli enti del terzo settore, per altro verso alimentano le istanze volte al coordinamento tra le discipline degli enti del Libro I e del Libro V, che hanno continuato a rappresentare, per lungo tempo, due sistemi separati, pur con l'unificazione dei codici, nella prassi interpretativa ed applicativa. Le discipline citate - cui si aggiungono quelle in tema di trasformazione eterogenea e direzione e coordinamento di società - ponendo in comunicazione i due sistemi, sollecitano la riflessione anche sugli strumenti concettuali utilizzabili al fine di individuare la normativa applicabile agli enti del Libro I.

Tradizionalmente regolati al fine di risolvere, innanzitutto, problemi di imputazione della proprietà e di responsabilità processuale, gli enti non lucrativi presentano nel codice civile una disciplina strettamente modulata sul «soggetto»; il che implica a livello ricostruttivo la piena utilizzazione del paradigma del diritto soggettivo²². Le regole codicistiche non si rivolgono ai profili relativi all'esercizio dell'attività esplicata - in particolare per le fondazioni, essenzialmente considerate di mera erogazione e non operative - e ciò sembra testimoniato anche dal sistema dei controlli, che attengono a profili di mera legalità e involgono singoli atti, mai l'attività nel suo complesso e, in particolare, la sua attitudine al perseguimento dello scopo ideale, che dell'ente costituisce il fine istituzionale²³. Nella

tive sociali e associazioni di volontariato: verso il tramonto della neutralità?, in *Notariato*, 1996, p. 559 ss.

²² R. DI RAIMO, *Postulati logici e soggettività degli enti che esercitano l'impresa*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC*, Napoli, 2006, p. 330.

²³ La dottrina tende a distinguere i controlli codicistici sugli enti del Libro I dalle forme di vigilanza previste nella legislazione speciale in tema di associazioni e fondazioni; essi riguarderebbero singoli atti, non l'attività, e sarebbero finalizzati a valutare l'opportunità dell'esistenza, piuttosto che le modalità concrete di funzionamento, dell'ente; cfr. E. FRENI, *o.c.*, p. 180 s.; in tema di vigilanza sulle fondazioni liriche, G. MANGIONE, *Articolo 19 - Vigilanza*, in G. IUDICA (a cura di), *Fondazioni ed enti lirici*, cit., p. 169. La modulazione sull'attività dei più invasivi controlli amministrativi previsti delle discipline degli enti originati da processi di privatizzazione consente di escludere che, al pari di quelli civilistici, siano semplicemente preordinati ad evitare inutili immobilizzazioni patrimoniali o a garantire la tutela dei creditori e, quindi, la circolazione giuridica. La funzione degli stessi deve essere individuata in relazione a ciascun ente, poiché muta in relazione alla tipologia e alle finalità istituzionali del medesimo, dalle quali occorre muovere ai fini dell'individuazione degli interessi tutelati dall'attività di vigilanza. Sulla correlazione tra finanziamento pubblico e poteri di vigilanza, cfr. D. GIARDINI, *Sulla regolazione dell'attività musicale*, in *Foro amm.*, 1978, p. 1899 ss.; D. VITTORIA, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, p. 330 s.

¹⁷ A. ZOPPINI, *Le fondazioni dalla tipicità alle tipologie*, cit., p. 132 ss.

¹⁸ A. ZOPPINI, *o.l.c.*

¹⁹ Per la neutralità della causa che sorregge la struttura delle associazioni e delle fondazioni, conseguente all'evoluzione normativa che ha reso impercettibile il confine tra intento lucrativo e intento altruistico, cfr., G. MARICONDA e A.A. CARRABBA, *Su alcuni profili di documentazione delle associazioni e fondazioni svolgenti attività commerciale*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, I, *La fase costitutiva dell'impresa*, Milano, 1990, p. 37 ss.

²⁰ L'istituto è stato introdotto con il d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155; per l'analisi della disciplina v. AA. VV., *Disciplina dell'impresa sociale*, Comm. a cura di M. V. DE GIORGI, in *Le nuove leggi civili comm.*, Padova, 2007. Sulla configurazione dell'istituto, cfr. i contributi di A. SANTUARI, *L'impresa sociale: un concetto giuridico?* (sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti non profit), in *Dir. fam. pers.*, 2000, p. 895 ss.; A. ZOPPINI, *Relazione introduttiva a una proposta per la disciplina dell'impresa sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 335 ss.; G.M.C. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1161 ss.; V. BUONOCORE, *Può esistere un'impresa sociale?*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 833 ss.

²¹ La disciplina delle cooperative sociali è stata introdotta con l. 8 novembre 1991, n. 381; sull'analisi della normativa e sulla comparazione con istituti affini, cfr. E. CAPOBIANCO, *Coopera-*

prassi interpretativa, anche per risolvere i problemi posti dall'esercizio dell'impresa da parte di un ente del Libro I, si conserva l'idea dello stesso come persona, separata dall'attività esercitata, ricostruendo l'associazione o la fondazione, che esercita attività di impresa, sulla falsariga dello schema dell'impresa individuale²⁴. Per le società, all'inverso, si realizza un progressivo distacco dall'idea del «soggetto giuridico» come persona e si profila una costruzione come modalità tecnica di organizzazione dei poteri dispositivi e di imputazione in funzione dell'esercizio dell'impresa.²⁵

La riflessione sugli strumenti concettuali utilizzabili, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile agli enti del terzo settore, deve, allora, avere quale fondamentale punto di riferimento l'esplicarsi in concreto di una determinata attività organizzata e specificamente finalizzata²⁶. Si ritiene, quindi, opportuno sollecitare la comprensione del fenomeno – così come è stato fatto per l'impresa²⁷ – in una prospettiva dinamica e non statica, nell'ottica del superamento delle visioni per le quali esso deve essere indagato sul piano della teoria del soggetto di diritto o su quello della teoria dei beni. Secondo autorevole insegnamento: «...quando si tratta di inserire valori ultraindividuali nella disciplina del comportamento, questo finisce per non essere dogmaticamente ricostruibile secondo gli ordini concettuali spiccatamente soggettivistici che presiedono alla costruzione delle tradizionali categorie privatisti-

che...»²⁸. Il suggerimento, quindi, è quello di adoperare lo strumento concettuale dell'attività²⁹, utilizzabile allorché l'azione non si risolva in un risultato definitivo in ordine ad un'esigenza che viene soddisfatta, bensì quando l'agire si riproponga in funzione di un'istanza che si rinnova continuamente³⁰. E' ciò che avviene per gli enti del terzo settore, rispetto ai quali gli interessi generali – che, sul piano statico, disegnano gli scopi istituzionali dell'ente – esprimono, sul piano dinamico, la finalizzazione dell'esplicazione in concreto di un'attività organizzata, che perdura nel tempo in ragione del rinnovarsi continuo delle istanze di soddisfazione degli interessi generali cui essi sono preposti.

Ricostruire la disciplina applicabile, in tale prospettiva, implica l'indagine sulle caratteristiche dell'attività in concreto esplicata, talora definite sul piano dell'autonomia statutaria, ma di frequente indicate dalla legislazione speciale che regola singole figure. Nel terzo settore vi sono enti che svolgono attività non economica ed enti che, invece, esercitano attività economiche: le organizzazioni di volontariato, nei limiti della marginalità³¹; le associazioni di promozione sociale, entro i limiti dell'ausiliarietà e della sussidiarietà all'attività istituzionale³²; ma, soprattutto, l'impresa sociale, ovvero l'organizzazione privata senza scopo di lucro, che esercita in via stabile e principale un'attività economica di produzione o scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale³³.

Così pure vi sono enti che svolgono attività definite non economiche, ma per le quali è prescritta la gestione con metodo economico; si tratta di attività, di regola, esercitate con il ricorso al finanziamento ordinario a carico dello Stato o, comunque, a fondi

²⁴ R. DI RAIMO, *o.l.c.*, secondo cui, in alternativa a tale modello, si delinea l'ipotesi dell'ente proprietario di partecipazioni in società, nuovamente alla stregua della persona fisica.

²⁵ R. DI RAIMO, *o.l.c.*

²⁶ Cfr. F. ALCARO, *L'«attività» profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1999, p. 21.

²⁷ Nella letteratura giuridica, come noto, lo studio dell'impresa muove dall'originaria riconduzione del fenomeno nell'ambito della teoria dei beni, per addivenire, in un successivo momento, al riconoscimento in capo all'imprenditore di un diritto soggettivo, diverso da quello di proprietà sui beni costituenti l'azienda, il diritto soggettivo di impresa ed approdare, infine, all'adozione della dimensione dell'attività. Cfr., per le prime due tesi, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, p. 81 ss.; R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, *passim*; R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 187 ss. Conducono l'analisi del fenomeno sul piano dell'attività, intesa tendenzialmente come serie di atti e come dimensione fattuale, G. AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 981 ss.; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, p. 32 s.; V. BUONOCORE, *Fallimento ed impresa*, Napoli, 1965, p. 123 ss.; G. MINERVINI, *L'imprenditore – Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966, p. 9 ss.; V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, p. 10; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 109 ss.; P. SPADA, *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IV, Torino, 1992, p. 41.

²⁸ Testualmente, P. FERRO – LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, ristampa 2001, p. 201, per il quale il fenomeno dell'attività si presenta come un superamento dei caratteri dell'individualismo, quale posizione ideologica, e del soggettivismo, inteso come tecnica costruttiva del sistema.

²⁹ P. FERRO – LUZZI, *o.l.c.*, secondo cui l'attività assume autonomia e rilevanza giuridica nella circostanza di porsi come obiettiva emersione di un comportamento che, in funzione di interessi o valori sociali, diviene immediato punto di riferimento di una disciplina, che concerne i diversi aspetti, senza filtrare attraverso il soggetto e, quindi, senza potersi risolvere totalmente nelle categorie dell'atto e del diritto soggettivo. La nozione di attività, accoglibile ai fini della presente indagine, si connota per il recupero dell'aspetto dinamico del fenomeno mediante la valorizzazione delle caratteristiche di continuità ed effettività, che sottolineano, l'una, che essa è una vicenda in svolgimento, rilevante in quanto dinamicamente perdurante; l'altra, che essa si manifesta nell'effettività, quale condizione esclusiva di esistenza e di apprezzamento, cfr. F. ALCARO, *o.c.*, p. 34.

³⁰ F. ALCARO, *o.l.c.*

³¹ V. art. 5, comma 1, lett. g, l. 11 agosto 1991, n. 266.

³² V. art. 4, comma 1, lett. f, l. 7 dicembre 2000, n. 383.

³³ V. art. 1 d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155.

pubblici: si pensi alle fondazioni liriche³⁴ o alle fondazioni universitarie.³⁵ L'evocazione, in alcune discipline, del principio di economicità della gestione, invero, più che designare un connotato tipico dell'attività - ovvero l'attitudine della stessa a coprire i costi con i ricavi - esprime l'indirizzo dell'azione dell'ente, che, nel perseguimento degli obiettivi istituzionali, deve caratterizzarsi per efficacia ed economicità, da attuare anche mediante la semplificazione delle procedure, la previsione di forme di controllo interno della gestione. In sintesi, ciò che il principio sembra prescrivere è che l'azione dell'ente debba rappresentare esplicazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost., posto a presidio degli interessi generali perseguiti dall'ente³⁶. L'affermazione di tale principio non si traduce sempre nell'estensione della disciplina codicistica dell'impresa e delle società in punto di scritture contabili e modalità di redazione del bilancio; ciò avviene, ad esempio, per le fondazioni liriche³⁷ - che anche se non esercitano attività commerciale, devono tenere i libri e le altre scritture contabili prescritti dall'art. 2214 c.c. e devono redigere il bilancio secondo le regole dettate dagli artt. 2423 ss. c.c. per le società per azioni - ma, non per le fondazioni universitarie³⁸.

Lo svolgimento, da parte dell'ente *non profit*, di attività economiche o da gestire con metodo economico ha delle implicazioni sul piano della disciplina applicabile in punto di gestione finanziaria e

contabile e, al di là delle ipotesi in cui vi siano esplicite indicazioni normative - alcune già richiamate, alle quali si aggiungono quelle collocate nelle discipline dell'impresa sociale e degli enti previdenziali privatizzati - occorre uno sforzo interpretativo per verificare l'applicabilità per analogia delle disposizioni in tema di tenuta delle scritture contabili, dettate per l'imprenditore dall'art. 2214 c.c., e in tema di modalità di redazione del bilancio, dettate per le società per azioni dagli artt. 2423 ss. c.c.

Altro connotato dell'attività, di sicuro rilievo sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile, è l'essere o no finanziata con fondi pubblici o con oblazioni derivanti dal pubblico; anche rispetto a tale profilo, spesso mancano esplicite indicazioni normative. E' chiaro che le fonti di finanziamento dell'attività possano, anzi, debbano avere un rilievo sul piano, sia dei sistemi di controllo, sia delle forme di tutela dei finanziatori e dei beneficiari dell'azione dell'ente. Specifica modalità di controllo - segnatamente, il controllo contabile della Corte dei Conti³⁹ - è prevista per gli enti che fanno ricorso

³⁹ In attuazione dell'art. 100 della Costituzione - secondo cui la Corte dei Conti partecipa, nei casi e nelle forme stabilite dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, con l'obbligo di riferire direttamente alle Camere sul risultato del riscontro effettuato - la l. 21 marzo 1958, n. 259 ha regolato due diversi tipi di controllo, istituendo ai fini del loro esercizio una speciale Sezione in seno alla stessa Corte: il primo tipo, riferito agli enti, indicati dalla legge senza l'aggiunta di altra qualificazione, cui la P.A. conferisce contributi con carattere di periodicità da oltre un biennio, ovvero attribuisce continuativamente un potere impositivo; il secondo, riferito agli enti espressamente qualificati dalla legge come pubblici, nei cui confronti la P.A. contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi o beni ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria. Nel primo caso il controllo presuppone l'invio da parte degli enti dei conti consuntivi, dei bilanci di esercizio e dei relativi conti dei profitti e delle perdite; la Corte dei conti può richiedere informazioni ai rappresentanti delle P.A. presenti nei collegi sindacali degli enti e ulteriori informazioni, atti e documenti agli stessi enti e ai ministeri competenti. Nel secondo caso il controllo si esercita, oltre che con l'invio dei consuntivi e dei bilanci, mediante la presenza diretta di un magistrato della Corte, legittimato ad assistere alle sedute degli organi di amministrazione o di revisione. In entrambi i casi, la Corte è tenuta a riferire alle Camere i risultati del controllo eseguito, potendo altresì, nel caso in cui accerti irregolarità nella gestione e, comunque, quando lo ritenga opportuno, formulare rilievi al Ministro del tesoro e al Ministro competente. Sulla funzione dell'attività di controllo esercitata dalla Corte dei Conti, v. Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 446, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3829 ss., secondo cui la stessa è collegata all'interesse preminente dello Stato a sottoporre a vigilanza le gestioni relative ai finanziamenti che gravano sul proprio bilancio e, in definitiva, a presentarle al giudizio del Parlamento; la considerazione di tale finalità primaria, ad avviso della Corte, giustifica la permanenza del controllo in questione anche nei confronti degli enti privatizzati, se e fino a quando la gestione di essi resti nella disponibilità dello Stato e sia suscettibile di incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio statale. Per il commento della sentenza cfr. R. PERNA, *Privatiz-*

³⁴ Per i richiami alla legislazione speciale e alla letteratura in tema di fondazioni liriche *supra*, nota 13.

³⁵ Il riferimento è alle fondazioni universitarie di cui all'art. 16, l. 6 agosto 2008, n. 133; sul tema sia consentito il rinvio a S. SERRAVALLE, *Le fondazioni universitarie tra forma privata ed interesse pubblico all'attività*, Napoli, 2010, *passim*. Sulla diversa disciplina dettata in tema di scritture contabili e di bilancio per le fondazioni universitarie di cui al d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, v. art. 13 del citato regolamento.

³⁶ S. SERRAVALLE, *o.c.*, p. 132.

³⁷ V. art. 16, d.lgs. 367 del 1996; la disciplina prevede anche la possibilità che il Ministero dell'economia e delle finanze possa stabilire schemi di bilancio che tengano conto della particolare attività della fondazione e disporre la certificazione del bilancio da parte di società di revisione.

³⁸ L'opzione legislativa emergente dall'art. 16, comma 9, l. 6 agosto 2008, n. 133 - nella considerazione unitaria dell'autonomia delle università e delle altre istituzioni di altra cultura, che è anche finanziaria e contabile - si traduce nel riconoscimento dell'autonomia dell'ente nella la regolazione dei profili della gestione economico-finanziaria, con il solo limite dell'osservanza di due prescrizioni: la gestione economico-finanziaria delle fondazioni universitarie deve assicurare l'equilibrio di bilancio; il bilancio deve essere redatto con periodicità annuale. Sull'equilibrio di bilancio dello Stato, prescritto dall'art. 81 Cost., visto nella complessità delle relazioni sottostanti, quindi come equilibrio di bilancio anche degli enti finanziati dal pubblico, C. MAZZÙ, *Compatibilità economica e società pluralista*, Milano, 2008, *passim*.

al finanziamento ordinario a carico dello Stato⁴⁰; diversamente non sono strutturate, per lo meno in maniera organica⁴¹, forme di vigilanza indirizzate alla verifica in concreto dell'effettivo perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'ente è preposto⁴², la cui introduzione appare opportuna, specie quando il patrimonio dell'ente è costituito da beni originariamente pubblici (ciò avviene per gli enti pubblici trasformati in associazioni o fondazioni) ovvero conferiti con obblazioni da soggetti terzi interessati all'attività istituzionale. Così pure appare opportuno articolare – allo stato, è possibile sul piano dell'autonomia statutaria - adeguate forme di tutela dei finanziatori e dei beneficiari, che assicurino il perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'attività è indirizzata. Pur nella consapevolezza della lacuna legislativa, si ritiene che l'apprezzamento del profilo teleologico dell'attività possa consentire l'individuazione e, conseguentemente, l'applicazione di principi e di discipline, an-

zazione formale/sostanziale e controllo della Corte dei Conti, in *Foro it.*, 1993, III, p. 285 ss.; M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei Conti sugli enti pubblici economici «privatizzati»*, in *Giur. comm.*, 1994, I, p. 556 ss.; G. MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche privatizzate*, in *Le privatizzazioni in Italia*, a cura di P. MARCHETTI, Milano, 1995, p. 165 ss.

⁴⁰ In relazione agli enti non lucrativi, in particolare, il controllo della Corte dei conti è disposto: per gli enti previdenziali privatizzati, dall'art. 3, comma 5, d.lgs. 509 del 1994; per le fondazioni liriche, dall'art. 15, comma 5, d.lgs. 367 del 1996; per la «Fondazione Centro sperimentale di cinematografia», dall'art. 9, comma 2, d.lgs. 426 del 1997; per la «Fondazione La Biennale di Venezia», dall'art. 20, comma 2, d.lgs. 19 del 1998; per l'«Istituto nazionale per il dramma antico» trasformato in fondazione, dall'art. 8, comma 2, d.lgs. 20 del 1998; per la fondazione «La Triennale di Milano», dall'art. 8, comma 2, d.lgs. 273 del 1999; per le fondazioni universitarie, dall'art. 16, comma 11, l. 133 del 2008.

⁴¹ Esempio di attività di vigilanza rivolta alla verifica dell'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico è rinvenibile nella disciplina sull'impresa sociale, nella quale è attribuita al Ministero del lavoro e della previdenza sociale - dall'art. 16, comma 4, del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 - la facoltà di disporre la perdita della qualifica, anche nell'ipotesi di mancato perseguimento delle finalità di interesse generale cui l'ente è preposto.

⁴² Il controllo contabile della Corte dei Conti, tenuto conto delle indicazioni emergenti dalla giurisprudenza costituzionale citata alla nota 39, può essere considerato strumento indiretto di vigilanza sull'effettivo perseguimento delle finalità di interesse generale affidate all'ente finanziato. Attesa la funzione del controllo contabile - che consiste nell'accertamento delle concrete modalità di impiego dei finanziamenti pubblici destinati all'ente, affinché le stesse possano essere oggetto di valutazione da parte del Parlamento - si può ritenere che tale forma di controllo sia strumentale alla verifica della concreta attuazione dell'interesse pubblico perseguito dall'ente finanziato ad opera del Parlamento, cui compete l'individuazione degli enti privati destinatari del finanziamento ordinario a carico dello Stato ed ogni decisione in ordine alla conservazione del privilegio accordato, che non può che avere giustificazione sulla base di valutazioni attinenti all'effettiva rispondenza dell'attività istituzionale all'interesse pubblico.

che di carattere «publicistico», che approntino garanzia di effettività alle istanze di soddisfacimento degli interessi generali perseguiti dall'ente.⁴³

Altro profilo meritevole di attenzione è la correlazione che si può instaurare tra più enti, in particolare tra enti lucrativi e non. Fenomeno diffuso è quello delle fondazioni costituite da imprese; in tale ipotesi il legame funzionale che si instaura tra il fondatore e la fondazione, interessata ad essere alimentata in maniera continuativa e stabile dall'impresa fondatrice, pone specifici problemi - in particolare relativi all'autonomia dell'ente e all'effettiva eterodestinazione dei risultati - che coinvolgono alcune ricadute sulla posizione dei beneficiari, ai quali occorre garantire forme di tutela adeguate in rapporto alla specificità del fenomeno.

L'opportunità di una disciplina differenziata per gli enti non lucrativi, in ragione dei diversi aspetti segnalati è condivisa in dottrina e trova riscontro anche nei recenti indirizzi di politica legislativa: essi confermano la sottoposizione delle persone private, che svolgono attività di interesse generale, ad un *corpus* di regole differenziate rispetto a quelle dettate per gli altri soggetti giuridici privati. In tema di trasformazioni eterogenee, l'art. 2500 *octies*,

⁴³ L'esistenza di una «zona grigia» tra l'area riservata al diritto privato e l'area riservata al diritto pubblico, coperta da figure soggettive ed istituti disciplinati, per alcuni profili, dal diritto privato e per altri dal diritto amministrativo è dato da tempo acquisito dalla dottrina giuridica, cfr. U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economica privata*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, p. 279 ss.; A.M. SANDULLI, *Enti pubblici ed enti privati di interesse pubblico*, in *Giust. Civ.*, 1958, p. 1943 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 866 s.; S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, *ivi*, p. 720 ss. Il progressivo rilievo assunto dal fenomeno - in ragione del crescente ampliamento del novero dei soggetti privati cui sono stati attribuiti funzioni e servizi pubblici - ha sollecitato la configurazione del diritto amministrativo quale diritto dell'attività amministrativa, esercitata indifferentemente da soggetti pubblici e privati, conducendo al riconoscimento della possibilità di applicazione di principi e regole del diritto amministrativo ad enti privati. Sul tema dell'esercizio di funzioni e servizi pubblici da parte di enti privati e per la prospettiva ricostruttiva delineata, cfr. M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 686 ss.; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici*, in *Enc. Treccani*, XIII, Roma, 1989, p. 1 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, *passim*; per la configurazione del sistema delle regole di diritto amministrativo applicabili agli enti privati come «chiuso» o di stretta interpretazione, cfr. V. CAIANIELLO, *Un proposito illegittimo e incostituzionale*, in *Prev. for.*, 1999, p. 37 ss.; M. LUCIANI, *I controlli sugli enti previdenziali privatizzati*, in *Prev. for.*, 1999, p. 58 ss., che negano la possibilità di ricorrere all'applicazione analogica, sul presupposto dell'illegittimità, in assenza di una precisa scelta normativa, della compressione dell'autonomia degli enti privati.



comma 3, c.c.⁴⁴ vieta la trasformazione in società di capitali delle associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità o oblazioni dal pubblico⁴⁵. Anche il progetto di riforma della disciplina delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute,⁴⁶ attualmente all'attenzione delle Camere, muove nella direzione di una regolamentazione differenziata per gli enti che perseguono un fine pubblico o collettivo, rispetto a quelli caratterizzati dall'autodestinazione agli associati dell'attività svolta. Ai sensi dell'art. 2 del disegno di legge, sono enti che perseguono un fine pubblico o collettivo quelli che: ricevono oblazioni o contributi dal pubblico o contributi pubblici; si avvalgono continuativamente e in misura significativa di lavoro volontario; hanno ottenuto liberalità per realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva; amministrano patrimoni lasciati o donati aventi una finalità diversa dallo scopo dell'ente; svolgono attività di impresa esercitata al fine di realizzare scopi di utilità pubblica o collettiva.⁴⁷

⁴⁴ Disposizione introdotta all'esito della sostituzione del Capo X del Titolo V del Libro V del codice civile, disposta dall'art. 6, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

⁴⁵ Non si registra concordia di opinioni sull'estensibilità della regola alle fondazioni, cfr. A. FUSARO, *Enti non lucrativi e trasformazioni eterogenee: un catalogo di questioni*, in AA. VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Atti del 1° convegno nazionale SISDiC*, cit., p. 340 s., secondo cui il mancato riferimento alle fondazioni, dunque l'inapplicabilità della disciplina, può trovare giustificazione in considerazione dell'intervento dell'autorità amministrativa, cui è rimessa la valutazione in ordine alla realizzabilità della trasformazione in presenza di contributi pubblici.

⁴⁶ A.C. 1090 - proposta di legge di iniziativa dell'on. Vietti, presentata il 20 maggio 2008. L'art. 1 contiene le disposizioni relative all'esercizio della delega al Governo, da esercitarsi entro un anno dall'entrata in vigore della legge. L'oggetto della delega, come specificato dal comma 1, concerne la riforma degli enti di cui al titolo II del libro I del codice civile. I decreti legislativi dovranno essere adottati in conformità con la normativa comunitaria e con i principi e criteri direttivi previsti dalla proposta di legge. Per quanto riguarda le modalità procedurali, il comma 3 prevede che i decreti legislativi siano adottati su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, e il comma 4 definisce le modalità di trasmissione degli schemi di decreti alle Camere ai fini dell'espressione del parere da parte delle Commissioni parlamentari. Il comma 5 conferisce al Governo la possibilità, entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi, di emanare disposizioni correttive e integrative.

⁴⁷ L'articolo 2 del disegno di legge delega, detta i principi e criteri direttivi generali che devono conformare la nuova disciplina in materia di persone giuridiche e di associazioni non riconosciute. In primo luogo viene definito il principio secondo cui il vincolo di non distribuzione degli utili e del patrimonio dell'ente deve essere disciplinato secondo principi di trasparenza e di tutela dell'affidamento dei terzi. Ulteriore principio attiene all'ampliamento degli ambiti dell'autonomia statutaria. Particolare rilevanza, nella sistematica complessiva della riforma, sembra assumere la distinzione tra enti volti alla realizza-

Dall'analisi della disciplina delle fondazioni contenuta nel disegno di legge - ma discorso analogo può farsi per le associazioni - emerge la distinzione⁴⁸: «tra le fondazioni che realizzano finalità meramente private e le fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferibile alla generalità». La disciplina dettata per le due distinte figure è fortemente differenziata, sì che la riforma è diretta a prevedere norme che assicurino: 1) la stabilità e la continuità nel perseguimento dello scopo sociale, per le fondazioni di interesse collettivo; diversamente, per le fondazioni meramente private, l'ammissibilità dell'ingerenza del fondatore o di un soggetto da lui designato nella vita della fondazione, comprensiva della possibilità di revoca della fondazione dopo che sia intervenuto il riconoscimento; 2) la consistenza del patrimonio destinato a realizzare uno scopo, fissato in un ammontare non inferiore ad un milione di euro, per le fondazioni di interesse collettivo; nessuna indicazione è, per converso, dettata per le fondazioni meramente private; 3) la possibilità di realizzare modifiche statutarie solo accessorie e strumentali, nei limiti in cui ciò sia funzionale ad una migliore e più razionale realizzazione dello scopo, per le fondazioni di interesse collettivo; alle fondazioni meramente private è, invece, accordato il riconoscimento di ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, all'amministrazione e alla rappresentanza, ai procedimenti decisionali, ai diritti dei beneficiari e agli strumenti di tutela degli interessi coinvolti; 4) un regime dell'estinzione e della trasformazione omogenea idoneo ad assicurare la destinazione del patrimonio allo scopo fondazione, per le fondazioni di interesse collettivo; la riserva, in favore della sola fondazione privata, della disciplina della trasformazione eterogenea prevista dall'articolo 2500-*octies* del codice civile.

zione di un fine pubblico o collettivo e quelli caratterizzati dall'autodestinazione agli associati dell'attività svolta. Una previsione specifica riguarda l'esercizio dell'impresa che deve essere disciplinata in maniera tale da tutelare i terzi e le finalità dell'ente senza scopo di lucro. L'articolo 3 detta i principi e criteri direttivi in relazione al procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica. I punti essenziali della riforma attingono: alla semplificazione del procedimento di costituzione nel rispetto dei principi di cui al d.P.R. 361 del 2000; alla previsione di un sistema di riconoscimento analogo a quello dettato per le società, di cui all'articolo 32 della legge 24 novembre 2000, n. 340. Nell'ottica di tutelare i diritti dei terzi, nonché di graduare l'autonomia e i controlli, in base alla natura degli interessi coinvolti, specifici principi sono dettati per le associazioni che suscitano un affidamento in ordine alla realizzazione di un fine pubblico o collettivo con riguardo ai profili dell'amministrazione, del controllo e della posizione dei terzi.

⁴⁸ La disciplina è contenuta nell'art. 5 - *bis*, introdotto nel testo originario della proposta di legge nella seduta del 20 aprile 2010 della II Commissione.

Nel quadro delineato dal progetto di riforma, la stabilità del programma fondazionale non è giustificabile, secondo la visione tradizionale, in ossequio della volontà del fondatore - che non è destinato necessariamente ad uscire di scena, tant'è che nelle fondazioni meramente private conserva un ruolo tanto determinante nella vita dell'ente da poterne provocare, mediante revoca, la liquidazione o la trasformazione, nonostante l'intervenuto riconoscimento - bensì in ragione della rilevanza degli interessi generali perseguiti e dell'affidamento che la collettività ripone nella soddisfazione degli stessi mediante l'attività della fondazione.

In relazione alle fondazioni che perseguono finalità di interesse generale, rilevanti sono le disposizioni in tema di assetto organizzativo⁴⁹, tutela dei beneficiari e sistemi di controllo. Tra le regole sull'organizzazione, si segnalano quelle secondo cui: almeno un terzo degli amministratori deve essere scelto in ragione degli interessi coinvolti dallo scopo della fondazione; è necessaria la costituzione di un comitato interno di controllo sulla gestione, ovvero di un organo autonomo incaricato del controllo contabile e sull'amministrazione; è imposto l'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli articoli 2423 ss. c.c.; in caso di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori, è possibile procedere a denuncia all'Autorità di controllo⁵⁰.

⁴⁹ Ai sensi del comma 3, per quanto concerne l'amministrazione delle fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferibile alla generalità, la riforma è diretta a: **a.** individuare quali competenze esclusive degli amministratori: **i.** la gestione dell'attività sociale; **ii.** la predisposizione del progetto di bilancio; **iii.** l'amministrazione e la destinazione dei fondi agli scopi annunciati; **iv.** la gestione dell'attività d'impresa, ove esercitata. **b.** prevedere: **i.** particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza per la nomina alla carica di amministratore; **ii.** limiti al cumulo degli incarichi e alla rieleggibilità per gli amministratori, ovvero criteri di turnazione tra gli stessi; **iii.** che almeno un terzo degli amministratori sia scelto in ragione degli interessi coinvolti dallo scopo della fondazione. **c.** la costituzione di un comitato interno di controllo sulla gestione ovvero di un organo autonomo incaricato del controllo contabile e sull'amministrazione; **d.** l'obbligo di redigere un rendiconto economico, conformemente ai criteri di redazione del bilancio previsti dagli articoli 2423 e seguenti del codice civile, da depositarsi annualmente presso il registro delle persone giuridiche, in cui sia tra l'altro evidenziato l'ammontare delle retribuzioni corrisposte agli amministratori che prestano il proprio lavoro in favore della fondazione; **e.** prevedere la denuncia di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori all'Autorità di controllo ovvero, fino a quando l'Autorità di controllo non è istituita, la denuncia al tribunale da parte dei componenti dell'organo di controllo.

⁵⁰ Altra regola di sicuro rilievo sul piano dell'organizzazione, è quella dettata dal comma 4, secondo cui la disciplina dovrà prevedere, per le fondazioni che hanno un attivo dello stato patrimoniale superiore a dieci milioni di euro, la costituzione di un

In ordine alla posizione dei beneficiari, la riforma prevede norme che assicurino: idonei e precisi obblighi di trasparenza nei confronti dei potenziali beneficiari; il potere di questi ultimi di sollecitare all'organo interno di controllo una verifica degli adempimenti della fondazione, così pure di denunciare all'Autorità di controllo la sussistenza di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori. L'Autorità, cui fa riferimento la disciplina, istituita dal Governo ai sensi dell'art. 6 - bis, è preposta al controllo delle associazioni e fondazioni di diritto privato, segnatamente di quelle che hanno un attivo dello stato patrimoniale superiore a dieci milioni di euro e sono assoggettate alla revisione contabile secondo i criteri fissati dalla medesima Autorità.

La disciplina definisce i compiti dell'Autorità: vigila sull'osservanza della legge e degli statuti sugli equilibri patrimoniali e sull'effettiva realizzazione degli interessi dei beneficiari; vigila sul perseguimento dello scopo statutario e sulla conservazione del patrimonio; esercita l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministrati; vigila sulla trasparenza e sulla correttezza dell'attività di erogazione; riceve dagli interessati le denunce di irregolarità nello svolgimento delle attività erogative delle fondazioni e decide su di esse nell'esercizio dei poteri di controllo stabiliti dalla legge. La disciplina è completata dalla disposizione secondo cui l'Autorità di vigilanza può chiedere in qualunque momento informazioni agli enti sottoposti al controllo e, del pari, può disporre ispezioni o chiedere l'esibizione di documenti e, qualora accerti gravi irregolarità, sciogliere l'amministrazione e nominare un commissario.

Tale forma di vigilanza si discosta da quella oggi prevista dal codice civile - tendenzialmente rivolta a singoli atti, non all'attività - e si caratterizza per il riconoscimento del potere di verifica dell'effettiva realizzazione degli interessi dei beneficiari, consentendo l'accostamento della stessa alle forme di controllo previste nella legislazione speciale in tema di fondazioni di origine pubblica⁵¹. Si tratta di una forma di controllo finalizzata alla verifica dell'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico,

organo di indirizzo, composto per almeno un terzo dei componenti da soggetti professionalmente competenti e rappresentativi degli interessi coinvolti nell'attività della fondazione. L'organo di indirizzo, su proposta del consiglio di amministrazione, dovrà deliberare in materia di approvazione dei rendiconti, delle modifiche statutarie e dei regolamenti, di fusione e scissione.

⁵¹ Sulla distinzione funzionale tra i controlli codicistici sugli enti del Libro I e le forme di vigilanza previste nella legislazione speciale in tema di associazioni e fondazioni di origine pubblica, *supra* nota 23.





la cui attuazione è demandata all'ente nel quadro del principio di sussidiarietà orizzontale⁵².

L'iter legislativo della riforma - sin ora lungo e tortuoso - è incerto nella sua conclusione. Si può esprimere, comunque, una valutazione positiva in ordine all'approccio e a gran parte dei contenuti del disegno di legge, che ha accolto spunti e conclusioni della dottrina giuridica in materia.

Da tempo si osserva⁵³ che una più accentuata autonomia statutaria è giustificata per gli enti senza scopo di lucro, che realizzano interessi, pur sempre collettivi, ma essenzialmente privati; diversamente, per gli enti che perseguono interessi pubblici, la riforma delle disposizioni del codice civile dovrebbe essere improntata ad una maggiore eteronomia, in ragione dell'affidamento e delle aspettative suscitate nella comunità. Per tali ultimi enti appare giustificabile un irrigidimento strutturale, che si risolva nella fissazione di regole attinenti, ad esempio, ai profili dell'articolazione delle competenze degli organi, dell'adozione del metodo democratico, dell'imposizione di obblighi contabili e di bilancio. Secondo tale orientamento⁵⁴, nell'elaborazione del progetto di riforma il legislatore dovrebbe tenere in considerazione alcuni dati, ovvero: se l'ente riceve donazioni o si procura il patrimonio con pubbliche sottoscrizioni; se si assoggetta volontariamente ad un regime fiscale di favore; se realizza forme di integrazione dell'azione privata con la tutela di interessi pubblici.

In conclusione, la realtà del terzo settore trova nel codice civile pochi profili di disciplina: quelli relativi ad alcuni aspetti squisitamente soggettivi dell'associazione e della fondazione. Dall'approvazione della riforma degli enti del Libro I, che tutti auspichiamo, è dato attendersi una disciplina codicistica più compiuta ed articolata, che tenga conto delle specificità degli enti del terzo settore. Una disciplina, pertanto, modulata in rapporto ad elementi quali: le finalità di interesse generale, il ricorso a finanziamenti pubblici o ad oblazioni dal pubblico, lo svolgimento di attività economica, il ricorso al lavoro volontario, ecc.

A prescindere dall'esito delle proposte di riforma - sottolineando, per altro, l'irrelevanza della collocazione topografica della regolamentazione - l'interprete dovrà sempre attingere a fonti diverse, al fine di sottoporre ciascun ente alla disciplina più

adeguata alle caratteristiche dell'attività esplicata e alle finalità di interesse generale concretamente perseguite.⁵⁵

Anche allo stato della legislazione vigente, l'acquisizione della distinzione di piani tra soggetto ed attività può consentire di individuare una disciplina composita cui sottoporre l'ente - costituita dalle regole codicistiche collocate nel Libro I del codice civile e nel Libro V, dalle normative di settore (impresa sociale, onlus, ecc.), dalle discipline pubblicistiche applicabili all'ente in ragione delle caratteristiche dell'attività svolta⁵⁶ - favorendo soluzioni interpretative caratterizzate da un giusto equilibrio tra esigenze di coerenza del sistema giuridico, nel quale la soggettività di diritto privato assume uno specifico significato di autonomia rispetto all'ingerenza dei pubblici poteri, ed esigenze di tutela degli interessi generali, che impongono l'adozione di strumenti di regolazione e di controllo delle attività di utilità pubblica.⁵⁷

⁵⁵ Per la prospettiva metodologica delineata, cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005, p. 635 ss., secondo cui la funzione pratica che il giurista è chiamato a svolgere è di individuare, mediante l'interpretazione, la normativa da applicare al caso concreto, selezionandola all'interno di un ordinamento sempre più complesso ed aperto per la pluralità di fonti, che devono essere ordinate secondo regole formali di competenza e gerarchia di valori. Sull'unità del sistema ordinamentale e sulla possibilità di salvaguardarla attraverso l'impegno sistematico degli interpreti, cfr. - sia pure in due prospettive diverse: l'una di teoria generale, l'altra attenta alla funzione pratica della giurisprudenza - A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 658; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 180. Sull'unicità sistematica dell'ordinamento e sull'esigenza della sua salvaguardia, G. OPPO, *L'unicità sistematica dell'ordine giuridico*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e "ragione giuridica"*, Padova, 2003, p. 165; ID., *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 1 ss. Sull'esigenza di superare la frantumazione dell'ordinamento, specialmente con riguardo al diritto comunitario, R. SACCO, *Il compito della dottrina tra uniformità e diversità delle norme*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 81.

⁵⁶ E' condivisibile l'assunto di una parte della dottrina, secondo cui la disciplina di diritto amministrativo applicabile ai soggetti privati incaricati della cura di interessi generali sarebbe a «geometria variabile», nel senso che spetterebbe all'interprete individuare, caso per caso, gli ambiti all'interno dei quali, sulla base di un criterio di tipo sostanziale, è possibile dare applicazione a soggetti privati di regole pubblicistiche, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 171 ss. e 241 ss.; E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, cit., p. 268.

⁵⁷ S. SERRAVALLE, *o.c.*, p. 175 ss.

⁵² *Supra*, nota 8.

⁵³ A. ZOPPINI, *o.u.c.*, p. 370 ss. Cfr., anche, AA. VV., *Fondazioni e Associazioni. Proposte per una riforma del libro primo del codice civile*, Rimini, 1995; A. FUSARO, *La riforma del diritto delle associazioni*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2426 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale*, cit.

⁵⁴ A. ZOPPINI, *o.l.c.*

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA DELLA TUTELA DEGLI UTENTI*

Di Davide De Grazia

| 202

L'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici nella prospettiva della tutela degli utenti (Davide De Grazia)

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità, tra diritto interno e ordinamento europeo.* – 3. *Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione.* – 4. *I diritti degli utenti: standard e carte dei servizi.* – 5. *Il rapporto di utenza e le forme di tutela degli utenti.* – 6. *Il ricorso per l'efficienza dei concessionari di servizi pubblici (c.d. "class action").* – 7. *Le prestazioni dei servizi sociali e il possibile rilievo diretto della costituzione al fine del riconoscimento del diritto alla loro fruizione da parte degli utenti.*

1. Premessa

Il presente saggio trae spunto dalle riflessioni sulla portata dell'art. 101 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206¹, articolo che, insieme all'art. 2, comma 1, lett. g), contiene gli unici riferimenti del Codice del consumo esplicitamente dedicati al tema dei «servizi pubblici»².

Si tratta di disposizioni che la stessa rubrica dell'articolo definisce «di rinvio» alla disciplina vigente in materia. Per tratteggiare un quadro della tutela dell'utente dei servizi pubblici sarà dunque necessario dare conto delle disposizioni, generali e di settore, costituenti tale disciplina.

*Contributo sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ Su cui possono vedersi anche D. DE BONIS, *Art. 101, Norma di rinvio*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 649 e ss.; R. MOREA, *Sub art. 101*, in E. Capobianco, G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009, p. 600 e ss.

² Ai sensi dell'art. 2, comma 1, del Codice del consumo, «sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni (...) g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

Prima di procedere in questa rassegna, pare opportuno soffermarsi su alcune notazioni preliminari, utili per comprendere a quali fenomeni ci si riferisce, nell'attuale assetto, con la generica locuzione «servizio pubblico».

2. Servizi pubblici e servizi di pubblica utilità, tra diritto interno e ordinamento europeo

Il concetto di servizio pubblico è ritenuto tra i più tormentati del diritto amministrativo³. L'assenza di una definizione normativa generale non è affatto compensata da definizioni, pur presenti nell'ordinamento, che di volta in volta utilizzano la locuzione assegnandole significato e ambito di rilevanza diversi a seconda del sistema normativo di riferimento⁴.

³ Sul punto, v. già U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 3 ss.

⁴ Si pensi ad esempio alla rilevanza che la locuzione assume «agli effetti della legge penale» al fine della definizione dell'«incaricato di pubblico servizio» (art. 358 c.p.). Ancora, si pensi alle attività costituenti «servizi pubblici essenziali» ai fini della legge n. 146/1990: tra tali servizi sono annoverate attività (come l'amministrazione della giustizia) che non sono riconducibili alle funzioni della pubblica amministrazione. Cfr. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, 5^a



Neppure l'assunzione del «servizio pubblico» come uno dei criteri di riparto della giurisdizione di cui all'art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (così come novellato dall'art. 7, legge 21 luglio 2000, n. 205) aveva consentito di pervenire ad una definizione normativa generale del concetto: la disposizione, nella sua formulazione precedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004⁵, conteneva un'elencazione meramente esemplificativa, e perciò stesso non esaustiva, di quelle attività che il legislatore definiva «servizi pubblici». Ciò ha costretto sia il giudice amministrativo che il giudice ordinario a riempire di contenuti il riferimento al «pubblico servizio», con risultati contraddittori, quando non del tutto contrastanti.

Assolutamente esemplari, per avere un'idea della difficoltà di costruire una nozione condivisa del pubblico servizio, anche soltanto al fine della definizione di un criterio univoco di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, risultano due pronunzie rese nei primi mesi del nuovo secolo dai due massimi organi giurisdizionali⁶: mentre il Consiglio di Stato è giunto ad attribuirgli il significato vastissimo di «attività connessa alla cura di interessi collettivi»⁷, la Corte di Cassazione lo ha ritenuto «caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali»⁸.

Negli ultimi decenni la complessità della materia è ulteriormente aumentata in concomitanza con il radicale ripensamento dei modi dell'azione della pubblica amministrazione e la valorizzazione, ormai recepita a chiare lettere nel testo costituzionale, della «autonoma iniziativa dei cittadini» (art. 118, u.c., Cost.), l'esercizio della quale costituisce veicolo per consentire «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.).

Una reimpostazione di tale portata delle relazioni tra l'azione dei poteri pubblici e l'iniziativa eco-

nomica privata non poteva che avere profonde ricadute nella materia in esame⁹.

Da una situazione in cui la pubblicità del servizio identificava anche la pubblicità del soggetto titolare dei poteri di organizzazione e di gestione/erogazione dello stesso, ed in cui proprio lo status pubblicistico del soggetto assuntore-erogatore costituiva garanzia per gli utenti, si è passati, attraverso la progressiva apertura dei diversi settori dei servizi pubblici economici alla libera concorrenza, ad una rideterminazione delle modalità di soddisfazione delle esigenze della collettività mediante la ridefinizione delle responsabilità dei pubblici poteri (chiamati, oggi, più che altro a regolare) e dei soggetti erogatori, con la conseguente esigenza di ridisegnare strumenti e forme di garanzia degli interessi degli utenti¹⁰.

Ciò detto, posto che una stessa attività può assumere la duplice veste di attività economica *tout court* e di servizio pubblico, la nuova caratterizzazione del servizio pubblico (in senso lato) si impone alla luce delle indicazioni provenienti dall'ordinamento europeo e, in particolare, in relazione alla necessità di definire un quadro concettuale che non si ponga in contrasto con la categoria dei «servizi di interesse economico generale» di cui all'art. 106, par. 2, TFUE (già art. 86, par. 2, TCE)¹¹.

Il carattere della economicità costituisce criterio per discriminare tra servizi per i quali si pone il problema della compatibilità con le disposizioni del diritto europeo in materia di concorrenza e libertà economiche e servizi (di «interesse generale», che nel sistema italiano vengono comunemente definiti «sociali») per i quali tale problema di compatibilità si pone in termini significativamente più limitati¹².

⁹ Per una recente analisi delle problematiche in discorso può vedersi il saggio di F. CNTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

¹⁰ A. CORPACI, *Le linee del sistema di tutela degli utenti dei servizi pubblici*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, 2003, p. 15 ss.

¹¹ Sui rapporti tra «servizio pubblico» e «servizio di interesse economico generale» si può vedere D. SORACE, *I Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, p. 1 ss.; A. MASSERA, *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa, 2004; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo IV, Milano, 2007, p. 1791 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 15 ss.

¹² Cfr. CGCE, 17.06.1997, C-70/95, *Sodemare*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, p. 683 ss., che ha riconosciuto che uno Stato membro possa legittimamente riservare agli operatori privati che non perseguono fini di lucro la partecipazione alla procedura di affidamento di un servizio di assistenza agli anziani;

ed., p. 151 ss.

⁵ Corte cost., 6.07.2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, 1, c. 1259 ss.

⁶ Curiosamente, le due pronunzie videro la luce il medesimo giorno (il 30 marzo 2000) e riguardavano esattamente la stessa materia, ovvero la riconduzione dell'attività farmaceutica nell'ambito del concetto di servizio pubblico. Ciò rende plasticamente ancora più evidente la difficoltà che incontra l'elaborazione di una nozione unica e condivisa di servizio pubblico.

⁷ Consiglio di Stato, ad. plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365 ss.

⁸ Corte di Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71, in *Foro it.*, 2000, II, c. 2211 ss.

Secondo la Commissione europea, la distinzione tra le due tipologie di servizi non può essere tracciata a priori, essendo a tal fine necessaria una analisi caso per caso¹³, con la conseguenza che a stabilire i criteri per discernere servizi economici e non economici sarà, inevitabilmente, la giurisprudenza (in particolare, quella della Corte di giustizia dell'Unione europea).

Così, premesso che per «impresa», nel diritto europeo, deve intendersi qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, consistente nell'offerta di beni e servizi dietro retribuzione su un determinato mercato¹⁴, perché si possa pervenire alla qualificazione di un'attività come oggetto di impresa non è d'ostacolo il fatto che l'entità in questione svolga anche attività non economiche¹⁵.

Peraltro, pur non essendo necessario, perché un servizio possa ritenersi fornito dietro retribuzione, che quest'ultima sia pagata dai beneficiari, il concetto di servizio economico sicuramente non può essere utilizzato per descrivere le attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario, quali i corsi assicurati dal sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale, e ciò anche quando ai destinatari dei servizi sia richiesto di pagare una tassa per contribuire in parte alle spese di funzionamento del sistema¹⁶. Ciò, d'altra parte, non significa che nessuna attività svolta da un ufficio pubblico possa considerarsi economica ai fini del regime giuridico del relativo servizio¹⁷; la riconducibilità a tale regime, però, deve certamente escludersi per quelle attività consistenti nell'esercizio di pubblici poteri¹⁸.

I «servizi di interesse economico generale», secondo la Commissione, «si differenziano dai servizi ordinari per il fatto che le autorità pubbliche ritengono che debbano essere garantiti anche quando il

mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo»¹⁹.

Dunque, secondo questa impostazione, l'interesse (economico) generale esprime la valutazione politica fatta dai poteri pubblici circa la necessità che determinati bisogni trovino adeguata soddisfazione²⁰. A questa valutazione politica si affianca la valutazione tecnica della incapacità del mercato di garantire adeguata soddisfazione a quei bisogni.

In presenza di questi due presupposti, l'ordinamento europeo consente che una determinata attività (economica) sia orientata (anche) alla soddisfazione di interessi ritenuti meritevoli dagli organi politici. A tale fine, lo svolgimento della relativa attività diviene oggetto di un compito («missione»), secondo la terminologia dell'art. 106 TFUE), per il cui assolvimento il trattato consente che quell'attività sia sottoposta ad un regime derogatorio rispetto alle regole della concorrenza²¹ e che dunque siano adottate misure capaci di condizionare più o meno intensamente le scelte imprenditoriali, potendosi giungere, in *extrema ratio*, al riconoscimento di diritti esclusivi.

Alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto europeo, possono dunque qualificarsi come servizio pubblico «quelle attività che sono conformate dall'amministrazione e sono sottoposte ad un regime di doverosità in considerazione delle prestazioni che, con il loro esercizio, l'amministrazione stessa vuole siano rese alla collettività, mediante la loro messa a disposizione del pubblico»²².

Come accennato, la valutazione della meritevolezza dei bisogni tradizionalmente conduceva alla «assunzione» del servizio da parte dell'amministrazione, che si incaricava così di provvedere alla sua prestazione, eventualmente avvalendosi dell'attività di privati concessionari²³ ov-

ma v. anche CGCE, 25.10.2001, C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 4, p. 391 ss., che ha escluso la legittimità della concessione ad alcune organizzazioni sanitarie di un monopolio di fatto sul mercato dei servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati.

¹³ Commissione europea, *Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo"*, COM (2007) 725 def., p. 5.

¹⁴ CGCE, 11.07.2006, C-205/03 P, *Fenin*, *Racc.* 2006, p. I-6295; Id., 23.03.2006, C-237/04, *Enirisorse*, *Racc.* 2006, p. I-2843.

¹⁵ CGCE, 1.07.2008, C-49/07, *Motoe*, *Racc.* 2008, p. I-4863.

¹⁶ Cfr. dir. n. 123/2006/CE, cons. n. 34.

¹⁷ Cfr. la qualificazione giuridica dei servizi di collocamento nella sentenza della CGCE, 23.04.1991, C-41/90, *Höfner e Elser*, *Racc.* 1991, p. I-1979.

¹⁸ Cfr. ad es. CGCE, 26.03.2009, C-113/07 P, *Selex*, *Racc.* 2009, p. I-2207, in materia di controllo aereo.

¹⁹ Comunicazione della Commissione europea, *I servizi di interesse generale in Europa*, 2001/C 17/04.

²⁰ Cfr. D. SORACE, *I Servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, cit., p. 4, che ricorda che l'art. 1, par. 3, c. 2, della dir. n. 2006/123/CE, relativa i servizi nel mercato interno, lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità al diritto comunitario, quali essi ritengano essere servizi di interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti.

²¹ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, p. 101 e ss.

²² A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre e la liberalizzazione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in Id. (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, 2003, p. 13.

²³ Sul modello della concessione di pubblici servizi, v. R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 459 ss.



vero di enti costituiti *ad hoc* (aziende speciali, istituzioni, società a partecipazione pubblica)²⁴.

L'affermazione, sotto la spinta europea, delle politiche di liberalizzazione dei servizi e la codificazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) hanno portato ad un radicale mutamento dell'approccio dei pubblici poteri rispetto al problema della definizione delle modalità di soddisfazione dei bisogni dei cittadini.

Questa nuova impostazione parte dall'idea che i bisogni della persona possono trovare adeguata soddisfazione (rispetto alle esigenze di continuità delle prestazioni, di accessibilità dei prezzi, di diffusione sul territorio etc.) attraverso il libero dispiegarsi delle dinamiche concorrenziali²⁵.

Ove ciò ricorra, è ragionevole, oltre che ossessivo dei principi di sussidiarietà orizzontale e proporzionalità, che l'amministrazione lasci la soddisfazione dei bisogni al libero gioco delle parti economiche, residuando semmai l'esigenza di garantire il rispetto, da parte degli operatori di mercato, delle regole della libera concorrenza, esigenza soddisfatta dalla disciplina *antitrust* e dalle autorità che sono chiamate a garantirne l'osservanza²⁶.

Ovviamente, in un situazione del genere, nulla vieta che nuovi operatori facciano il loro ingresso nel mercato per erogare le stesse prestazioni: una tale eventualità, oltre ad essere coperta dalla tutela che la Costituzione riconosce alla libertà di iniziativa economica (art. 41, comma 1, Cost.), è anche ritenuta desiderabile in considerazione dei vantaggi che ne deriverebbero per gli utenti, i quali non potrebbero beneficiare dell'allargamento del numero degli operatori in concorrenza tra loro.

Può però accadere che il mercato spontaneamente si orienti verso la erogazione di prestazioni secondo modalità (di prezzo, di continuità, di diffusione sul territorio etc.) ritenute non adeguate dall'amministrazione rispetto all'esigenza di garan-

tire piena soddisfazione ai bisogni reputati meritevoli.

In questi casi, il rispetto delle sole regole poste a garanzia della concorrenza non basta a garantire un assetto dell'attività economica in cui tutti gli interessi ritenuti rilevanti (anche costituzionalmente) trovino adeguata considerazione e tutela²⁷.

In queste ipotesi di «fallimento del mercato» («*market failure*») si rende necessaria l'adozione, da parte dei pubblici poteri, di specifiche misure di *regolazione* che, pur senza snaturare l'attività economica come attività preordinata alla remunerazione degli *input* produttivi e quindi alla realizzazione di un utile, condizionino gli operatori verso l'assunzione di comportamenti tali da consentire la salvaguardia degli interessi meritevoli di tutela di cui s'è detto.

La tipologia delle misure regolatorie variano a seconda delle finalità che si ritiene di dover perseguire e del grado di incidenza sulle situazioni giuridiche dei destinatari.

Una prima categoria di misure trova fondamento nell'art. 41, comma 2, della Costituzione e negli artt. 16 e 52 della Carta dei diritti dell'Unione europea e si contraddistingue per l'effetto conformativo dell'attività economica privata in vista del perseguimento di finalità non estranee alle logiche economiche, quali la circolazione dell'informazione, il superamento delle asimmetrie informative, la tutela dell'ambiente, della salubrità del posto di lavoro etc.²⁸.

L'ordinamento, però, prevede la possibilità di esercitare poteri regolatori capaci di incidere più profondamente la sfera giuridica dell'imprenditore, il cui fondamento normativo riposa, invece, su norme quali l'art. 41, comma 3, della Costituzione e gli artt. 14 e 106, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁹, attraverso l'equiparazione del concetto di programma di cui all'art. 41, comma

²⁴ Cfr. M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, p. 7 ss.; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili giuridici*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, p. 1 ss.; D. SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 51 ss.; A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 1999, p. 477 ss.; M. DUGATO, *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 1128 ss.; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008.

²⁵ Cfr. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371 ss.

²⁶ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole: le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, p. 43 ss.

²⁷ E ciò perché la particolare natura dell'attività svolta da certi operatori può coinvolgere interessi da tutelare in maniera particolarmente intensa (e differenziata rispetto ai modi di tutela della concorrenza) in una dimensione sia individuale che collettiva, oppure può non dare adeguata rilevanza, se regolata con le sole misure proconcorrenziali, alle esigenze di certe categorie di attori del mercato.

²⁸ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, p. 109 ss., che definisce queste misure come di «regolazione in senso debole».

²⁹ Già artt. 16 e 86 TCE. L'art. 14 TFUE, in particolare, sottolinea «l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale», e impegna «l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati» a provvedere «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti».



3, Cost. alla nozione di «obbligo di servizio pubblico» di matrice europea³⁰. Tale tipologia di poteri ha quale sua caratteristica peculiare la capacità di condizionare, pur nel rispetto del fondamentale principio di proporzionalità³¹, l'attività economica privata verso l'adozione di scelte non coerenti con le normali logiche di mercato e con il «naturale» orientamento dell'impresa alla massimizzazione del profitto, ogni volta in cui si reputi che esso condurrebbe alla «scrematura» dei profili di attività meno lucrativi, con sacrificio degli interessi delle corrispondenti fasce di utenti. Si giustifica così l'imposizione di obblighi di servizio pubblico³² e l'introduzione di quelle deroghe al principio concorrenziale che siano (strettamente) necessarie a garantire la prestazione dei servizi³³, in considerazione della loro importanza ai fini della promozione della coesione sociale e territoriale (art. 14 TFUE).

I servizi così erogati da operatori economici privati (sottoposti a misure regolatorie più o meno intense da parte della pubblica amministrazione) sono correntemente denominati, anche dal legislatore³⁴,

³⁰ L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 128 ss., che parla, in questo caso, di «regolazione in senso forte». Sul significato dell'espressione «obbligo di servizio pubblico» si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 113 ss.

³¹ Fondamento del principio di proporzionalità, che regola l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione, è l'esigenza che i diritti e le libertà dei privati non siano sacrificati più di quanto è strettamente necessario per la soddisfazione del pubblico interesse; esso impone di graduare l'intensità dei poteri dell'amministrazione in considerazione della loro diretta incisione su diritti di rilievo costituzionale, primo fra tutti, per ciò che concerne i servizi pubblici economici, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 105 ss. Sulla rilevanza del principio in relazione al regime dei servizi pubblici si veda anche A. BRANCASI, *L'autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, cit., p. 189 ss.

³² Con il conseguente assoggettamento, in tutto o in parte, dell'attività regolata al regime del servizio di pubblica utilità (L. DE LUCIA, *op. cit.*, *passim*, e in particolare p. 127 ss. e p. 170 ss.).

³³ La previsione di deroghe al regime della concorrenza è compatibile con l'ordinamento comunitario. Dispone infatti l'art. 106, par. 2, TFUE che «le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata». Per le applicazioni della disposizione appena citata da parte della giurisprudenza comunitaria, si vedano le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 10.12.1991, C-179/90, *Merci convenzionali Porto di Genova*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 225 ss. e in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2287 ss. e 19.05.1993, C-320/91, *Courbeau*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 333 ss.

³⁴ Cfr. la legge 14 novembre 1995, n. 481, *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.*

«servizi di pubblica utilità», nozione che corrisponde, quanto a disciplina, a quella di «servizi di interesse economico generale» di cui all'art. 106 TFUE.

Gli interventi regolatori possono essere finalizzati a che le prestazioni siano erogate secondo livelli minimi di prestazioni, che divengono contenuto di *obblighi di servizio universale*, definibile come «un insieme minimo di servizi di una qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni nazionali specifiche, offerti ad un prezzo accessibile»³⁵.

La liberalizzazione e la sottoposizione alla regolazione amministrativa delle attività imprenditoriali correlate alla prestazione dei servizi di pubblica utilità è passata in alcuni casi attraverso la disaggregazione di attività prima esercitate in modo unitario (in quanto costituenti un'unica «filiera» del servizio) da parte di soggetti controllati dai pubblici poteri, al fine di consentire un'apertura alla concorrenza per i segmenti di attività in cui era possibile compiere un tale passo.

Questa soluzione è stata seguita soprattutto nei settori contraddistinti dalla presenza di infrastrutture economicamente non riproducibili, nei quali, pro-

³⁵ Si veda l'art. 1, comma 1, lett. l) del D.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che a sua volta riprende la definizione dettata a livello comunitario dalla direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica. In argomento cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 115 ss.

Ai contenuti del servizio universale fanno riferimento anche altri testi normativi. Si veda ad es. l'art. 1 della legge n. 481/1995, che stabilisce che le disposizioni della stessa legge hanno «la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, (...) nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela dei consumatori (...)», e prosegue prevedendo che «il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale (...)». Si veda, ancora, l'art. 3 del D.lgs. n. 261/1999, che definisce i contenuti del servizio postale universale, in attuazione della direttiva 97/67/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, e così via. Sul servizio universale, in dottrina, si veda G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; N. RANGONE, *Continuità, trasparenza e regolazione del servizio universale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1089 ss.; F. SALVIA, *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 535 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Il servizio universale*, in *Dir. econ.*, 2000, p. 263 ss.; G. NAPOLITANO, *Il servizio universale e i diritti dei cittadini utenti*, in *Merc. concurr. regole*, 2000, p. 429 ss.

prio allo scopo di consentire la più ampia apertura possibile al mercato, si è scelto di mantenere sotto il controllo pubblico la proprietà e la gestione delle infrastrutture al fine di garantire la parità di condizioni nell'accesso alle stesse da parte dei soggetti privati che intendessero svolgere attività di prestazione dei relativi servizi³⁶.

Il risultato della prestazione dei servizi alla cittadinanza è dunque oggi tendenzialmente realizzato direttamente attraverso il mercato, che a tale fine può essere sottoposto alla regolazione amministrativa.

Possono però residuare ipotesi in cui la regolazione pubblica di una certa attività economica non risulti sufficiente a garantire la soddisfazione dei bisogni della collettività.

Tale eventualità discende dal fatto che, se l'attività imprenditoriale privata può essere regolata più o meno intensamente, rimane comunque salva, in quanto garantita dall'art. 41, comma 1, della Costituzione, la libertà di iniziativa economica, libertà che, nel suo significato «in negativo», consente all'operatore del mercato di cessare in qualsiasi momento l'attività imprenditoriale.

In ipotesi come quella appena evocata, soltanto eccezionalmente il legislatore consente all'amministrazione di imporre all'imprenditore di proseguire lo svolgimento del servizio, e comunque per il tempo strettamente necessario, in attesa del subentro di un nuovo operatore, a scongiurare il rischio che la *vacatio* comprometta la continuità nella fruizione del servizio³⁷.

Laddove non vi siano operatori disposti a subentrare, si verificano i casi più gravi di fallimento del mercato.

In questi casi l'amministrazione è costretta ad assumersi direttamente la responsabilità della erogazione delle prestazioni e a ricorrere così a schemi operativi diversi dalla mera regolazione, quali la stipula di contratti di servizio con le imprese private, in modo tale da obbligarle contrattualmente a rendere una certa prestazione per un certo periodo di tempo, ovvero la costituzione di imprese pubbli-

che che si facciano direttamente carico dell'erogazione delle prestazioni.

L'assunzione di questo diverso ruolo da parte dell'amministrazione può essere accompagnato dalla adozione di misure profondamente incidenti sulla libertà di iniziativa economica privata, potendosi giungere fino alla sua esclusione dagli ambiti nei quali è istituito il servizio pubblico, al fine di evitare fenomeni di *cream skimming*, consistenti nella erogazione, da parte di alcuni soltanto degli operatori presenti, di prestazioni altamente redditizie senza dover sopportare i costi imposti dall'esigenza di garantire l'universalità del servizio³⁸. In questi casi può giungersi alla instaurazione di un regime di riserva di attività sulla base dell'art. 43 Cost.

L'ammissibilità per il diritto europeo del regime di riserva di attività di cui all'art. 43 Cost. si fonda sullo stesso art. 106 TFUE che, come si è visto, in termini generali stabilisce la sottoposizione delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale alle regole della concorrenza «nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

In presenza di queste condizioni (la cui sussistenza deve essere vagliata alla luce del principio di proporzionalità) l'ordinamento europeo consente la instaurazione di un regime di riserva mediante l'attribuzione di «diritti esclusivi», consistenti in quei «diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un'impresa mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o di esercitare un'attività»³⁹.

Il ricorso alla riserva da parte del legislatore nazionale non è dunque escluso dal diritto europeo⁴⁰.

³⁸ In argomento si vedano F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 105 e ss.; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 160 ss.; A. BRANCASI, *Il servizio pubblico di trasporto terrestre*, cit., p. 25 ss.; A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, in *Econ. pubbl.*, 1992, 1-2, p. 3 ss.; G. ROSSI, *I servizi pubblici*, in *Riv. giur. quad. pubbl. serv.*, 1998, p. 16.

³⁹ Direttiva 25.06.1980, n. 80/723/CEE, della Commissione, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche.

⁴⁰ Si veda ad esempio quanto dispone, per quanto riguarda il servizio postale, l'art. 4 del D.lgs. n. 261/1999, secondo cui «al fornitore del servizio universale, nella misura necessaria al mantenimento dello stesso, possono essere riservati la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione di invii di corrispondenza interna e transfrontaliera, anche tramite consegna espressa».

Sul punto, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella già citata sentenza *Courbeau*, ha avuto modo di chiarire che «posto che la concessione di diritti esclusivi, correlati all'espletamento di un servizio di interesse economico generale, sottrae il titolare dei diritti alle regole comunitarie di concor-

³⁶ D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., p. 408 ss.; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Milano, 2007. Per quanto concerne, ad esempio, la liberalizzazione nel settore del trasporto ferroviario, può vedersi S. TORRICELLI, *Il trasporto ferroviario liberalizzato: organizzazione della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in A. Brancasi (a cura di), *op. cit.*, p. 39 ss.

³⁷ Per quanto riguarda il servizio di trasporto pubblico di linea, si veda A. BRANCASI, *L'autotrasporto di linea*, cit., p. 184 ss.; in relazione al servizio farmaceutico, sia consentito il rinvio a D. DE GRAZIA, E. MENICETTI, *Il «servizio farmaceutico» e le forme di gestione delle farmacie comunali tra riforma dei servizi pubblici e nuovo titolo V della Costituzione*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, p. 798 ss.



Per differenziarli dai servizi di pubblica utilità, di cui si è detto in precedenza, si parla in questi casi di servizi pubblici (in senso stretto), con tale espressione volendosi intendere quel novero più ristretto di attività caratterizzate dalla assunzione, da parte della pubblica amministrazione, di una funzione non meramente regolatoria, ma di organizzazione della gestione dei servizi.

3. Il nuovo ruolo della pubblica amministrazione

Al di fuori dei casi in cui i pubblici poteri si determinano a provvedere direttamente alla organizzazione del servizio da rendere all'utente, dunque, il modo attraverso il quale, nel nuovo assetto, la pubblica amministrazione dovrebbe ordinariamente, nel nuovo assetto, assicurare la fruizione di certe prestazioni è la regolazione delle attività economiche.

La definizione più ricorrente in letteratura assegna al termine «regolazione» il significato di «controllo continuo e focalizzato, esercitato da una «agency» pubblica, su attività cui una data comunità attribuisce rilevanza sociale»⁴¹.

renza solo nei limiti in cui l'applicazione di queste impedisca l'assolvimento della specifica missione ad esso affidata, ricorre un caso di esclusione lecita della concorrenza quando il titolare è tenuto ad assicurare i propri servizi a tutti gli utenti in condizioni di eguaglianza indipendentemente da fattori territoriali e di altra natura, e quindi con l'esigenza di compensare i minori profitti (o le perdite) di taluni settori con i guadagni tratti da quelli più redditizi (in tali condizioni, l'eventuale intervento di un concorrente, privo dei suddetti vincoli ed in grado perciò di scegliere i settori più redditizi e di praticarvi tariffe più vantaggiose, impedirebbe la detta compensazione, ostacolando l'espletamento del servizio di interesse generale)».

⁴¹ La definizione è di P. SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. Noll (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, 1985, p. 363, ed è stata ripresa da diversi autori italiani: S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, 1999, Torino, p. 95 ss.; A. LA SPINA - G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 29 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 86 ss.; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 275 ss. Il riferimento al «controllo continuo e focalizzato» è senz'altro utile per cogliere le peculiarità della funzione di regolazione svolta dalla pubblica amministrazione rispetto all'esercizio della giurisdizione, che per definizione è episodico (in quanto esercitata, di norma su impulso di parte) e generale (ovvero non delimitata per oggetti di competenza). Al contrario, la regolazione, intesa sotto il versante del controllo, è continua, dal momento che si prevedono poteri di ufficio in capo agli organismi investiti della funzione ed anzi doveri di attivazione tali da garantire una vigilanza sui mercati considerati non sottoposta a soluzioni di continuità, e settoriale, dal momento che le norme individuano gli ambiti materiali di competenza (il credito, l'intermediazione mobiliare, la produzione e distribuzione dell'energia elettrica etc.) nei quali le *agencies* sono chiamate a svolgere le loro funzioni. Si veda, per quanto riguarda in particolare l'attività di regolazione svolta dalle

Nonostante il concetto abbia richiamato l'attenzione della dottrina solo in tempi recenti, esso non sembra indicare funzioni realmente nuove della pubblica amministrazione: si tratta di una nozione meramente descrittiva, dal momento che «non offre elementi che consentano di individuare un criterio idoneo ad andare oltre l'esame separato dei singoli poteri che compongono il fenomeno giuridico»⁴².

La regolazione non si traduce dunque in una nuova categoria di poteri e di atti amministrativi: essa è nulla più che attività amministrativa, che si manifesta mediante i tipici strumenti dell'agire dell'amministrazione pubblica. Tali strumenti vengono a volte definiti mutuando la terminologia delle esperienze ordinarie anglosassoni (si parla spesso, infatti, di poteri di *rule making* e di *adjudication*), ma non sono altro che i classici poteri della pubblica amministrazione, poteri «connotati da una forte relazionalità (causale) nonostante le loro differenze funzionali»⁴³.

Semmai, la novità del fenomeno è apprezzabile sotto l'altro aspetto, su cui ci si è già soffermati in precedenza, legato al nuovo approccio dello Stato e della pubblica amministrazione nei confronti del fenomeno economico (anche nei settori connotati dall'assoggettamento delle attività d'impresa al regime dei servizi di pubblica utilità e quindi agli «obblighi di servizio pubblico»): un approccio che vede lo Stato non più imprenditore o gestore, ma «regolatore», attraverso una disciplina pubblicistica non più finalizzata alla pianificazione o alla programmazione dell'attività degli operatori economici, ma al condizionamento indiretto, alla garanzia del rispetto delle regole del gioco concorrenziale, alla circolazione delle informazioni, alla trasparenza dei mercati e, nei settori connotati dal regime del servizio di pubblica utilità, alla garanzia della soddisfazione dei bisogni ritenuti meritevoli mediante l'erogazione di prestazioni con determinate caratteristiche di continuità, diffusione sul territorio, orientamento tariffario ai costi etc.⁴⁴.

autorità indipendenti, G. AMATO, *Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 6 ss.; Id., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 662 ss.

⁴² L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 298 ss.; L. GIANI, *op. cit.*, p. 19 ss.

⁴³ L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 300.

⁴⁴ Prendendo in considerazione le diverse esigenze che possono essere assunte a fondamento e giustificazione dell'intervento regolatorio, «la régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel» (G. MARCOU, *La notion juridique de régulation*, in *AJDA*, 20.02.2006, p. 347. V. anche D. SORACE, *Il modello di regolazione dell'energia: profili generali*, in F.



Il mantenimento in mano alla pubblica amministrazione di poteri regolatori risponde all'esigenza che la liberalizzazione dei mercati non conduca alla deregolamentazione senza freni o ad un atteggiamento di irresponsabilità dello Stato nei confronti dei fenomeni economici⁴⁵: «al contrario, la ritirata dello Stato gestore postula e favorisce, per molte ragioni l'emersione di uno Stato regolatore. Ad esempio, una privatizzazione di per sé può essere un cambiamento solo apparente, se non un peggioramento della situazione. Di norma, essa rinvia pertanto ad una adeguata regolazione»⁴⁶.

L'emersione dell'«approccio regolatorio» è coincisa con la scelta consapevole della tendenziale attribuzione delle funzioni amministrative di regolazione ad una nuova tipologia di soggetti pubblici: le autorità indipendenti⁴⁷. La tendenziale associazione della funzione di regolazione economica alla forma organizzativa incarnata da queste ultime autorità costituisce un dato facilmente osservabile, il frutto della prevalenza delle ragioni della garanzia in settori «sensibles», in cui «particolarmente complesso si presentava il confronto tra diritti privati connessi alle iniziative economiche, libertà fondamentali o comunque interessi meritevoli di tutela

dall'ordinamento ed esigenze di controllo pubblico»⁴⁸.

Per quanto riguarda le attività economiche sottoposte al regime del servizio di pubblica utilità, la stretta relazione tra liberalizzazioni e istituzione di autorità di regolazione e garanzia è testimoniata dall'art. 1-*bis* del d.l. n. 332/1994, convertito in legge n. 474/1994, che disponeva la subordinazione della dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società operanti nel settore della difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico.

È così che la privatizzazione delle imprese statali e la liberalizzazione e l'apertura alla concorrenza nell'ambito di settori dell'attività economica connotati dalla presenza delle particolari esigenze del servizio pubblico sono state accompagnate, in stretta connessione, dalla istituzione di autorità indipendenti⁴⁹ competenti alla regolazione degli stessi settori affinché l'affermazione della libertà di iniziativa economica e della concorrenza non produca effetti indesiderati in ordine al pieno godimento dei

Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007.

⁴⁵ «Lo Stato che viene definito 'regolatore' non è uno Stato che indirizza, pianifica l'economia o uno Stato interventista, ma nemmeno uno Stato che opta per il *laissez faire*» (S.A. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 94). L'approccio seguito preferisce dunque condizionare le scelte dei privati mediante l'uso di tecniche (tipica la c.d. *moral suasion*, ma anche la posizione di regole condizionali in luogo di quelle finalistiche) meno «invasive» rispetto all'esercizio del diritto di iniziativa economica. «A differenza di altri interventi pubblici nell'economia, non vi è volontà di sostituirsi al mercato. Si intende piuttosto evitarne possibili distorsioni a tutela degli attori; si noti, non solo degli operatori, garantiti nella loro possibilità di competere, ma anche dei consumatori, che vanno protetti, oltre che dai rischi dei monopoli, anche dai pericoli che possono aversi in un mercato (ancorché) concorrenziale (ad esempio di carenza di informazione o 'cattivo uso' di informazioni)» (ancora S.A. FREGO LUPPI, *op. cit.*, p. 93); sul punto si veda anche F.P. CASAVOLA, *Quale «statuto» per le Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, p. 25: «lo slogan, ad esempio, "meno Stato, più mercato", non deve interpretarsi come richiesta di arretramento dello Stato dinanzi ad una espansione dei privati nel mercato, ma di mutamento del ruolo dello Stato in economia: non imprenditore privilegiato e più forte con altri imprenditori, ma garante delle regole di accesso e di correttezza per tutti sul mercato».

⁴⁶ A. LA SPINA - G. MAJONE, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁷ Ed infatti, secondo una più recente ricostruzione del fenomeno, con il termine regolazione «si tende a configurare quella azione di controllo esercitata da un soggetto pubblico, a cui, da un lato, viene attribuito un particolare grado di autonomia sul piano infrastrutturale; e che, dall'altro, cumulerebbe l'esercizio di funzioni di tipo normativo, amministrativo e paragiurisdizionale, assolvendo a compiti di *adjudication*, mediante la soluzione di conflitti di natura intersoggettiva»: così M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 13.

⁴⁸ A. MASSERA, «Autonomia» e «indipendenza» nell'amministrazione dello Stato, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. III, p. 467.

⁴⁹ Si pensi a quanto previsto dalla la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità*, con cui è stata istituita, tra le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'autorità in questione è chiamata a garantire la soddisfazione di interessi quali la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, la loro fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, la certezza e la trasparenza delle tariffe, che devono essere tali da armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, e inoltre la tutela degli interessi di utenti e consumatori (art. 1, comma 1). L'art. 2, comma 14, della legge, espressamente trasferisce all'autorità «tutte le funzioni esercitate da organi statali e da altri enti ed amministrazioni pubbliche, anche a ordinamento autonomo, relative alle sue attribuzioni», con salvezza delle funzioni di indirizzo nel settore spettanti al governo e le attribuzioni riservate alle autonomie locali. L'attuazione delle rilevanti scelte rimesse all'Autorità per l'energia elettrica e il gas passa attraverso la previsione in capo ad essa di non meno rilevanti ed incisivi poteri, analiticamente disciplinati dai commi 12 e 20 dell'art. 2 della legge n. 481/1995; disciplina che deve però trovare adeguato raccordo con il regime cui l'art. 3 della stessa legge sottopone il settore dell'energia elettrica e del gas. Sul punto si veda A. FERRARI, *Sub art. 2, commi 1°-4°*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, commentario alla legge 14 novembre 1995, n. 481, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 238 ss.

diritti dei consociati a che il servizio, costituente ormai oggetto di attività imprenditoriale privata, sia prestato a condizioni di qualità, continuità, accessibilità e capillarità tali da consentirne a tutti il godimento.

Tale scelta è motivata dalla duplice esigenza di attribuire funzioni particolarmente complesse (come quelle relative alla determinazione delle tariffe o degli standard tecnici di prestazione) ad organismi in possesso delle competenze tecniche necessarie al loro svolgimento, ma anche di risolvere in radice eventuali conflitti di interesse che potrebbero verificarsi qualora l'impresa erogatrice del servizio fosse in mano pubblica⁵⁰.

Quello dell'autorità indipendente come autorità di regolazione, come si diceva, è il modello allo stato tendenzialmente dominante. Ciò non significa, ovviamente, che esso sia l'unico modello attualmente esistente per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. In alcuni settori permane il modello ministeriale (si pensi a quanto avviene, ad es., per il trasporto ferroviario), mentre per i servizi pubblici locali gli artt. 42 e 112 e ss. del Testo unico degli enti locali continuano ad attribuire agli organi degli enti locali importanti funzioni di regolazione dei servizi (quali la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei servizi, la determinazione delle forme di gestione e così via)⁵¹.

Tutto questo pone l'interrogativo in ordine alle ragioni che hanno spinto il compilatore del Codice del consumo a limitare allo Stato e alle regioni la funzione di garantire, nell'ambito delle rispettive competenze, i diritti degli utenti dei servizi pubblici.

Si potrebbe pensare che le ragioni di tale limitazione risiedano nel fatto che il codificatore abbia inteso riferire la portata dell'art. 101 del Codice del consumo alla sola garanzia attuata tramite l'esercizio della funzione legislativa, che come noto ai sensi dell'art. 117 Cost. compete allo Stato e alle regioni (oltre che alle province autonome di Trento e di Bolzano).

La spiegazione però non convince ove si tenga presente che la garanzia cui il comma 1 dell'art. 101 fa riferimento passa attraverso «la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti dalla normativa vigente in materia», e dunque tramite l'esercizio di funzioni tipicamente amministrative

che consentano la traduzione in concreto dei principi posti dalle leggi già vigenti.

D'altra parte, non può nemmeno ritenersi che la norma intenda fondare una nuova e diversa responsabilità dello Stato e delle regioni, come «supergaranti» dell'attuazione dei principi posti dalla legislazione in materia di servizi pubblici: la disposizione è chiara nel limitare il raggio di azione dei due livelli territoriali di governo all'«ambito delle rispettive competenze».

Dal momento, dunque, che la garanzia dei diritti degli utenti dei servizi pubblici passa tramite l'esercizio di funzioni amministrative che, come si è visto, fanno capo anche (e, per taluni settori, in misura preponderante) a soggetti pubblici diversi dallo Stato e dalle regioni, pare necessario concludere che l'omissione di qualsiasi riferimento a tali amministrazioni sia frutto di una dimenticanza del legislatore.

Dunque, ove si voglia dare alla disposizione in esame valore meramente ricognitivo delle funzioni attribuite dalla legge alla pubblica amministrazione in materia di pubblici servizi, dovrà tenersi nella necessaria considerazione che oltre allo Stato e alle regioni, l'ordinamento attribuisce importanti funzioni di regolazione dei servizi pubblici ad altri organismi quali le autorità indipendenti istituite proprio a questi fini e, riguardo ai servizi pubblici locali, alle province e ai comuni.

Ove invece si voglia riconoscere all'art. 101, comma 1, un proprio valore precettivo, nel senso che si ritenga che esso valga ad affermare una precisa responsabilità delle pubbliche amministrazioni in ordine alla garanzia del diritto alla fruizione dei servizi pubblici, bisognerebbe operare un'estensione in via interpretativa della portata dell'articolo adesso in commento alle altre pubbliche amministrazioni a cui l'ordinamento attribuisca funzioni di regolazione dei servizi pubblici.

4. I diritti degli utenti: standard e carte dei servizi

I commi 2, 3 e 4 dell'art. 101 del Codice del consumo si occupano degli standard di qualità dei servizi. Si tratta di disposizioni che rinviano alla normativa vigente in materia di servizi pubblici, sia per quanto riguarda la stessa previsione degli standard qualitativi sia per ciò che concerne i soggetti erogatori dei servizi, che sono obbligati ad adottare la carta dei servizi attraverso meccanismi diversificati in relazione al settore.

La questione della definizione degli standard è ovviamente di centrale importanza in quanto chiama in causa direttamente, per ciò che concerne la mate-

⁵⁰ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 181 ss.

⁵¹ Si consideri che, rispetto ai servizi pubblici locali, l'art. 35, comma 14, della legge n. 448/2001 prevede espressamente che «nell'esercizio delle loro funzioni, gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori».



ria dei servizi pubblici, la determinazione dei contenuti della «cittadinanza sostanziale» e quindi rinvia alla questione della rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.).

Non a caso il riformatore costituzionale del 2001, nell'ambito della ridefinizione del riparto della competenza legislativa tra Stato e regioni, ha ritenuto di assegnare allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.)⁵².

I commi 2 e 3 dell'art. 101 del Codice del consumo sembrano richiamare, in forma più sintetica, quanto già disposto dall'art. 11 del d.lgs. n. 286/1999, che al primo comma stabilisce che «i servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi».

Già la legge n. 281/1998 aveva riconosciuto in capo a consumatori ed utenti il diritto «fondamentale» alla «erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza» (art. 1, comma 2, lett. g).

Ancora prima, la legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (legge n. 481/1995) aveva indicato tra i suoi obiettivi quella della garanzia di «adeguati livelli di qualità (...) in condizioni di economicità e di redditività» (art. 1).

L'art. 101 del Codice del consumo, non sembra dunque introdurre particolari novità al panorama normativo in materia.

Ordinariamente, la definizione degli standard ha a che fare tanto con la determinazione degli «obiet-

tivi di qualità che si riferiscono al complesso delle prestazioni» (standard generici) quanto con la individuazione delle caratteristiche qualitative e quantitative di ciascuna delle singole prestazioni costituenti il servizio (standard specifici)⁵³. La definizione di tali ultimi standard, dal punto di vista dell'utente, è evidentemente di cruciale importanza, dal momento che soltanto facendo riferimento ad essi il fruitore del servizio può verificare direttamente l'adempimento degli obblighi gravanti sul gestore⁵⁴.

Gli standard sono definiti con «direttive» emanate da soggetti pubblici.

Tali direttive sono emanate dalle autorità indipendenti di regolazione nei settori in cui la legge abbia attribuito a tali soggetti le relative funzioni amministrative.

L'Autorità dell'energia elettrica e del gas, ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. h), della legge n. 481/1995, «emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti (...), definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione».

Analogamente, ai sensi dell'art. 1, comma 6, della legge n. 249/1997, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, tra le altre funzioni, «emana direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività».

Per i settori in cui non operano autorità di regolazione, la già citata legge n. 286/1999, al comma 2 dell'art. 11, stabilisce che «le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità sono stabilite con direttive, aggiornabili annualmente, del Presidente del Consiglio dei Ministri»⁵⁵.

⁵³ Cfr. la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*, all. 2.

⁵⁴ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 314 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 210.

⁵⁵ Per quanto riguarda il settore postale, l'art. 2 del d.lgs. n. 261/1999 designa, quale organo di regolazione, l'Agenzia nazionale di regolamentazione del settore postale che, ai sensi dell'art. 12, «al fine di garantire un servizio postale di buona

⁵² Sui livelli essenziali si veda: E. BALBONI, *Il concetto di «livelli essenziali e uniformi» come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituz. feder.*, 2001, p. 1103 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra stato e regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della costituzione*, in *Pol. dir.*, 2002, p. 345 ss.; G. ROSSI - A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il nuovo titolo V della Costituzione. Stato/regioni e diritto del lavoro*, suppl. al fasc. n. 1 di *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 34 ss.; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali di prestazione concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 881 ss.; V. MOLASCHI, *Sulla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: riflessioni sulla vis expansiva di una «materia»*, in *San. pubbl. priv.*, 2003, p. 523 ss.; ID., *«Livelli essenziali delle prestazioni e Corte costituzionale»: prime osservazioni*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 398 ss.



Un «prototipo» di tali direttive è quella emanata con D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 e contenente i principi sull'erogazione dei servizi pubblici.

Ai sensi della direttiva, «l'erogazione dei servizi pubblici, nell'ambito delle modalità stabilite dalla normativa regolatrice di settore, deve essere continua, regolare e senza interruzioni. I casi di funzionamento irregolare o di interruzione del servizio devono essere espressamente regolati dalla normativa di settore. In tali casi, i soggetti erogatori devono adottare misure volte ad arrecare agli utenti il minor disagio possibile». E inoltre «l'erogazione del servizio pubblico deve essere ispirata al principio di eguaglianza dei diritti degli utenti»; «i soggetti erogatori hanno l'obbligo di ispirare i propri comportamenti, nei confronti degli utenti, a criteri di obiettività, giustizia ed imparzialità. In funzione di tale obbligo si interpretano le singole clausole delle condizioni generali e specifiche di erogazione del servizio e le norme regolatrici di settore»; «il servizio pubblico deve essere erogato in modo da garantire l'efficienza e l'efficacia. I soggetti erogatori adottano le misure idonee al raggiungimento di tali obiettivi».

Un numero sempre maggiore di disposizioni fa obbligo ai soggetti gestori di adottare le carte dei servizi, in cui devono trovare indicazione gli standard delle prestazioni che ciascun gestore si impegna a mantenere nell'erogazione del servizio.

Si tratta di uno strumento che negli anni '90 ha conosciuto notevole impulso anche sotto la spinta di esperienze maturate in altri contesti ordinamentali⁵⁶.

Nei più importanti settori economici soggetti alla disciplina del servizio di pubblica utilità, il Governo ha così predisposto schemi generali di riferimento per l'adozione delle carte dei servizi da parte dei gestori⁵⁷.

Gli standard stabiliti secondo le procedure e con gli strumenti a cui si è fatto fin qui riferimento con-

qualità, stabilisce, sentito il consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, gli standard qualitativi del servizio universale, adeguandoli a quelli realizzati a livello europeo, essenzialmente con riguardo ai tempi di istradamento e di recapito ed alla regolarità ed affidabilità dei servizi. Detti standard sono recepiti nella carta della qualità del servizio pubblico postale».

⁵⁶ Si pensi a quanto avvenuto nel Regno Unito con l'adozione della *Citizen's Charter* (1991), in Francia con la *Charte des services publics* (1992), in Belgio con la *Charte des utilisateurs des services publics* (1992), in Spagna con il *Plan de Modernización de la Administración del Estado* (1992).

⁵⁷ Cfr. per il servizio di assistenza sanitaria il D.P.C.M. del 19 maggio 1995, per l'istruzione scolastica il D.P.C.M. del 7 giugno 1995, per la distribuzione dell'energia elettrica il D.P.C.M. 18 settembre 1995, per la distribuzione del gas il D.P.C.M. 18 settembre 1995, per l'assistenza e la previdenza sociale il D.P.C.M. 21 dicembre 1995, per il servizio postale il D.P.C.M. 30 gennaio 1996, per i trasporti il D.P.C.M. 30 dicembre 1998, per il servizio idrico il D.P.C.M. 29 aprile 1999.

corrono alla definizione del contenuto del contratto che regola il rapporto di utenza.

L'effetto di integrazione del contenuto del contratto di utenza è esplicitamente previsto per le direttive adottate dalle autorità di regolazione: ai sensi del comma 37 della legge n. 481/1995 «le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lett. h), costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio»⁵⁸, espressione quest'ultima con cui ci si riferisce allo schema contrattuale predisposto dall' esercente, contenente le condizioni generali della fornitura del servizio⁵⁹.

Lo stesso effetto di integrazione del contratto è prodotto dalle direttive emesse dal Presidente del Consiglio sulla base del citato art. 11, comma 2, della legge n. 286/1999: il recepimento degli standard fissati da tali direttive nelle carte dei servizi costituisce in capo agli utenti diritti tutelabili con i rimedi generali previsti dal codice civile, integrando il contratto o costituendo oggetto di promesse al pubblico⁶⁰.

Per tali settori, la citata direttiva del 27 gennaio 1994 stabilisce che «l'osservanza degli standard non può essere soggetta a condizioni. Essi sono deroga-

⁵⁸ Sul punto, si veda V. COZZOLI, *Sub art. 2, comma 37°*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 460 ss.

⁵⁹ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 319; V. COZZOLI, *op. cit.*, p. 460; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 182 ss., secondo cui «i regolamenti di servizio possono essere configurati (...) come atti che indicano le condizioni generali che si applicano ai contratti con gli utenti e che hanno effetto nei limiti ed alle condizioni previste dall'art. 1341 c.c. La loro vigenza non è dunque fondata su alcun particolare potere di supremazia del soggetto che produce ed eroga il servizio nei confronti dell'utente, ma invece su un rapporto contrattuale che vincola ambedue i soggetti e comporta l'insorgere nei confronti dell'utente di diritti e di obblighi».

Ai sensi dell'art. 2, comma 12, lett. p), della legge n. 481/1995, poi, l'autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità è chiamata a controllare che ogni soggetto esercente adotti una carta dei servizi, sulla base di quanto dispone la direttiva del Presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994, con l'indicazione degli standard dei singoli servizi e a verificarne il rispetto.

⁶⁰ G. NAPOLITANO, *op. cit.*, p. 316 ss.; G. VESPERINI, *Il recepimento della carta dei servizi pubblici in atti normativi*, in G. Vesperini, S. Battini, *La carta dei servizi pubblici: erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, p. 96 ss.; D. SORACE, *op. ult. cit.*, p. 147.

L'effetto di integrazione del contratto di servizio ad opera delle indicazioni contenute nella carta dei servizi è espressamente previsto, nel settore dei trasporti pubblici, dall'art. 12 del D.lgs. n. 422/1997, secondo cui «i contratti di servizio» definiscono le condizioni di erogazione del servizio «nel rispetto anche delle disposizioni dell'articolo 14, comma 2, del regolamento n. 1191/69/CEE, così come modificato dall'articolo 1 del regolamento 1893/91/CEE, nonché nel rispetto dei principi sull'erogazione dei servizi pubblici così come fissati dalla carta dei servizi del settore trasporti».



bili solo se i risultati sono più favorevoli agli utenti».

Acquistano così consistenza e significato i «diritti degli utenti dei servizi pubblici» di cui al comma 1 dell'art. 101 del Codice del consumo, diritti che hanno ad oggetto la prestazione dei servizi secondo gli standard qualitativi e quantitativi definiti nelle direttive emanate dalle autorità di regolazione o dal Presidente del Consiglio, e quindi recepiti, ove previsto, nelle carte dei servizi.

Alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di erogazione dei servizi deve essere garantita, secondo il comma 3 dell'art. 101, la partecipazione degli utenti mediante forme rappresentative. Anche questa disposizione recepisce in forma sintetica quanto già previsto da diverse norme generali e settoriali.

Per ciò che concerne la regolazione dei servizi di pubblica utilità attuata attraverso autorità indipendenti, l'art. 2, comma 12, lett. h), della legge n. 481/1995 già prevedeva il dovere dell'Autorità di regolazione, nell'esercizio della funzione di direttiva in relazione ai livelli generali e specifici di qualità delle prestazioni, di sentire «i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settori e tipo di prestazione».

La legge n. 481/1995 istituisce dunque una forma di contraddittorio più ampia di quella prevista dall'art. 101, comma 3, del Codice del consumo, prevedendo il coinvolgimento non soltanto degli utenti/consumatori dei servizi, e per essi di loro rappresentanti, ma anche dei soggetti esercenti il servizio⁶¹.

Ovviamente, la presenza di entrambe le categorie persegue la finalità di definire in concreto standard effettivamente raggiungibili da parte dei gestori, che però rispondano il più possibile alle esigenze dell'utenza, e ciò soprattutto in settori in cui la presenza di posizioni dominanti sul lato dell'offerta potrebbe portare ad abusi a discapito, per l'appunto, della qualità del servizio.

La legge poi prevede che le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità procedano periodicamente alla consultazione delle organizzazioni rappresentative degli utenti, nonché delle organizzazioni ambientaliste, delle associazioni rappresentative delle imprese e dei lavoratori, e provvedano a svolgere rilevazioni sul grado di soddisfazione degli utenti. Le autorità sono anzi chiamate a disciplinare con appositi regolamenti le modalità di svolgimento

di tali audizioni periodiche (art. 12, comma 23, legge n. 481/1995)⁶².

Norme ancora più generali sulla partecipazione dei soggetti interessati mediante procedure di consultazione pubblica sono dettate dal Codice delle comunicazioni elettroniche⁶³.

Si potrebbe ritenere che l'effetto precettivo del comma 3 dell'art. 101 consista nella estensione della regola della partecipazione delle associazioni rappresentative degli utenti alla definizione degli standard dei servizi a tutti i settori in cui non ci siano disposizioni specifiche che già lo prevedano.

Sul punto si deve peraltro ricordare che la già ricordata direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 prevede già in via generale che «gli standard sono sottoposti a verifica con gli utenti in adunanze pubbliche».

5. Il rapporto di utenza e le forme di tutela degli utenti

Tutte le considerazioni che precedono in ordine al diverso ruolo assunto nell'attuale fisionomia dei servizi pubblici dai diversi attori coinvolti nella loro prestazione (pubblica amministrazione, soggetti gestori, utenti privati) inducono adesso a fare alcune precisazioni in ordine al «rapporto di utenza» di cui parla il comma 2 dell'art. 101 del Codice del consumo.

Di fronte allo scenario sinteticamente descritto, non c'è ormai più nessuna ragione per continuare a ritenere il fruitore del servizio pubblico in una posizione di soggezione nei confronti dei soggetti chiamati a garantire la prestazione⁶⁴.

⁶² La materia è stata disciplinata dall'Autorità dell'energia elettrica e del gas con le delibere n. 44 del 1997, n. 56 del 1999 e 33 del 2003. Sul punto sia consentito il rinvio a D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività «normativa» dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in P. Carretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, p. 100.

⁶³ Ai sensi dell'art. 11 del Codice (d.lgs. n. 259/2003), «il Ministero [delle comunicazioni] e l'Autorità [per le garanzie nelle comunicazioni], quando intendono adottare provvedimenti in applicazione del Codice che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento, consentono alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni a decorrere dalla notifica alle parti interessate della proposta di provvedimento».

⁶⁴ Sul punto cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 182 ss., che osserva come in passato si era ritenuto che i fruitori di servizi pubblici «dovevano considerarsi destinatari di un atto di "ammissione" al servizio che aveva l'effetto di porli in una situazione di speciale soggezione (...) nei confronti di chi erogava il servizio. Questo soggetto, a sua volta, si trovava, nei confronti dei fruitori, in una situazione di "supremazia speciale" che lo legittimava a dettare unilateralmente norme regolanti i loro comportamenti. Ma una tale spie-

⁶¹ Sul punto, si veda V. COZZOLI, *Sub art. 2, comma 12°, lett. h)*, in A. Bardusco, G. Caia, G. Di Gaspare (a cura di), *op. cit.*, p. 306 ss.



La natura della posizione dell'utente del servizio pubblico nei confronti del soggetto gestore era già chiara al legislatore che infatti nell'originaria versione dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 aveva espressamente escluso dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici «i rapporti individuali di utenza con soggetti privati», rapporti che, dunque erano attratti dalla giurisdizione del giudice ordinario. Tale conclusione deve essere tenuta ferma ancora oggi, nonostante l'intero comma 2 dell'art. 33 sia stato dichiarato incostituzionale dalla Consulta⁶⁵, e ciò per la stessa filosofia che anima la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, che ha inteso escludere la giustificazione della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle materie in cui non siano in discussione momenti di esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione⁶⁶.

In verità, la questione della sostanza della posizione giuridica degli utenti dei servizi pubblici nei confronti dell'amministrazione era già stata affrontata, prima dell'affermazione dell'approccio regolatorio, da chi aveva correttamente osservato che la stessa Costituzione parla, in molti casi, letteralmente di «*diritti*» dei cittadini rispetto ad alcune prestazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, pur se variamente condizionati di fronte a fattori quali la limitatezza delle risorse, le forme e i modi di organizzazione dei servizi e così via.

gazione riconduce al diritto amministrativo una vicenda che può essere meglio spiegata in termini di diritto comune».

⁶⁵ Corte cost., 6.07.2004 n. 204, cit., che ha dichiarato, tra l'altro, l'illegittimità dell'art. 33, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998, nella parte in cui prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di «tutte le controversie in materia di pubblici servizi» anziché delle «controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore».

⁶⁶ Secondo la Corte «il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo».

Già allora si riteneva che i poteri dell'amministrazione, in questo campo, dovevano essere tenuti ben distinti rispetto ai tradizionali poteri autoritativi della P.A.: mentre rispetto a questi ultimi vengono in gioco «interessi di libertà» dei destinatari degli atti amministrativi, gli utenti di servizio pubblico vantano, nei confronti dell'amministrazione titolare dei poteri di organizzazione del servizio, «interessi-diritti» alle prestazioni, ovvero «interessi di pubblico servizio», la cui soddisfazione costituisce limite invalicabile, nel senso che tali poteri possono solo «avere diversi modi di esercizio, ma solo perché in diversi modi può essere raggiunto l'obiettivo-limite»⁶⁷.

A maggior ragione oggi, nel mutato approccio di cui si è detto, non può essere messo in dubbio che il rapporto di utenza debba essere ricostruito come rapporto paritario (fatto di diritti e di obblighi, e non di potere e soggezione) tra utente e gestore⁶⁸.

La locuzione «rapporto di utenza» indica sinteticamente proprio questa realtà: un rapporto, ovvero una relazione tra pari, che si impegnano reciprocamente alla esecuzione di prestazioni, ovvero la prestazione oggetto del servizio e il pagamento della tariffa.

Si sono visti i modi e gli strumenti predisposti dall'ordinamento per la definizione delle condizioni contrattuali del rapporto di utenza: tali condizioni sono determinate dall'erogatore del servizio e, per quanto riguarda gli standard qualitativi generici e specifici e, entro certi limiti, le tariffe, dalle autorità di regolazione. Esse sono poi versate nelle carte dei servizi, i cui contenuti integrano il contratto che è alla base del rapporto di utenza.

«Il nuovo regime dei servizi di pubblica utilità dirige il diritto alla prestazione non più verso lo Stato o altro ente pubblico (...), ma nei confronti di soggetti privati (le imprese erogatrici) che agiscono secondo la logica propria del mercato, gravitando

⁶⁷ Cfr. D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 205 ss., e in partic. c. 212 ss., il quale, di fronte all'obiezione radicale fondata sulla circostanza che la piena soddisfazione dei bisogni dei cittadini sottesi ai servizi in questione richiedeva ingenti masse finanziarie non sempre disponibili per lo Stato, osservava che «non si vede come la non solvibilità del debitore possa estinguere o trasformare la natura dell'eventuale diritto di credito». Si veda anche G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 107 ss.

⁶⁸ Per una sintetica rassegna dell'evoluzione, dottrinarie e giurisprudenziale, che ha portato a tale conclusione può rinviarsi a M. MONTINI, *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi economici*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., p. 111 ss., il quale ritiene ormai possibile «ricondurre l'intero assetto delle posizioni soggettive connesse alla posizione del cittadino/utente, almeno con riferimento ai servizi pubblici economici, nell'ambito del modello delle obbligazioni negoziali».



sulla sfera pubblica unicamente la responsabilità, variamente articolata, per il servizio complessivamente considerato»⁶⁹.

L'intervento (regolatorio) della pubblica amministrazione, lungi dall'incidere autoritativamente sulle posizioni degli utenti, si pone proprio a tutela di questi ultimi, condizionando i gestori privati dei servizi verso l'adozione di comportamenti coerenti con la necessità di garantire standard di servizio adeguati⁷⁰.

Non potendo essere messo seriamente in discussione il carattere paritario, nei termini appena visti, del rapporto tra fruitore e soggetto erogatore, si può semmai ricostruire la posizione dell'utente come soggetto da cui si diramano due ordini di relazioni parallele, uno nei confronti dei soggetti (privati, o eventualmente pubblici) erogatori delle prestazioni costituenti servizio pubblico, l'altro nei confronti dell'amministrazione incaricata della regolazione dell'attività economica costituente servizio di pubblica utilità⁷¹.

Il diritto dell'utente a ricevere dal gestore prestazioni in linea con gli standard qualitativi e quantitativi definiti in sede di regolazione del servizio trova riconoscimento e garanzia da parte dell'ordinamento in una molteplicità di forme.

In primo luogo, tale tutela passa per l'obbligo fatto al gestore di rendere conoscibili gli standard del servizio, al fine di consentire agli utenti di verificarne l'osservanza⁷².

La necessità che gli standard siano resi conoscibili agli utenti è espressamente prevista, in via generale, dal comma 2 dell'art. 101 del Codice del consumo. Tale esigenza è però già alla base della disposizione di cui all'art. 2, comma 12, lett. i) e l), della legge n. 481/1995, il quale, per quanto riguarda i servizi di pubblica utilità, prevede che l'autorità di regolazione si faccia carico della più ampia pubblicità delle condizioni di svolgimento dei servizi.

La mancata osservanza degli standard di servizio da parte dei soggetti gestori potrà essere fatta vale-

re, nei confronti di questi ultimi, tramite apposite procedure di reclamo, ovvero in sede di conciliazione stragiudiziale⁷³, ovvero ancora in sede giurisdizionale⁷⁴, tramite la formulazione nei confronti del gestore di domande di risarcimento dei danni, che non precludono comunque la via della richiesta di indennizzo.

A quest'ultimo proposito, vi è da ricordare che diverse disposizioni prevedono la possibilità che l'utente possa tutelarsi avverso il mancato rispetto degli standard di servizio mediante la richiesta di forme di «rimborso nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli standard pubblicati» (direttiva del Presidente del Consiglio del 27 gennaio 1994), ovvero di indennizzi automatici e forfettari, che possono essere richiesti dagli utenti nei confronti del gestore «per mancato rispetto degli standard di qualità» (art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 286/1999) o qualora il gestore «non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti» (art. 12, comma 2, lett. g), della legge n. 481/1995). La misura degli indennizzi è stabilita con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità⁷⁵.

Oltre che individualmente, i diritti degli utenti nei confronti dei gestori dei servizi pubblici possono essere esercitati anche in una dimensione collettiva. Tale esercizio avviene in sede di definizione degli standard (ove, come si è detto, è prevista la partecipazione delle organizzazioni rappresentative degli utenti), ma anche in sede giurisdizionale, tramite l'esercizio delle azioni inibitorie già previste dall'art. 3 della legge n. 281/1998 e oggi disciplinate dagli artt. 139 e ss. del Codice del consumo⁷⁶.

L'attuale disciplina dei servizi di pubblica utilità attribuisce poi una qualche rilevanza, oltre che al rapporto di utenza che si instaura tra il fruitore del servizio ed il gestore, anche ad una parallela serie di relazioni, che riguardano l'interesse degli utenti a che le autorità pubbliche adottino i provvedimenti necessari perché i servizi siano resi a condizioni e secondo standard ritenuti accettabili ed adeguati alla soddisfazione degli «interessi-diritti» di servizio pubblico.

⁶⁹ Così L. DE LUCIA, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁰ D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit., c. 212 ss.

⁷¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 572 ss., che individua uno degli aspetti che caratterizzano la nuova disciplina dei servizi di pubblica utilità nella «duplice direzione alla quale sono rivolte le pretese degli utenti. Questa è il risultato della distinzione tra i soggetti che gestiscono i servizi e le autorità preposte alla loro regolazione». Sul punto si vedano anche M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, A. MASSERA, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, entrambi in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 3 ss. e p. 31 ss.

⁷² W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, in A. Corpaci (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, cit., p. 205 ss.

⁷³ Cfr. W. GASPARRI, *Gli istituti alternativi di composizione delle liti*, cit., p. 169 ss.

⁷⁴ Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 591 ss.

⁷⁵ Sul punto si rinvia a G. NAPOLITANO, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 15 ss.; Id., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., p. 592 ss.; M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, cit., p. 13.

⁷⁶ Sul punto si veda M. MONTINI, *Mezzi e forme di tutela giurisdizionale degli utenti dei servizi economici*, cit., p. 143 ss.



Se una tale «pretesa» possa dare luogo a situazioni giuridicamente tutelabili in capo agli utenti nei confronti delle pubbliche amministrazioni è questione a tutt'oggi aperta.

Un sicuro e significativo momento di rilevanza dell'interesse degli utenti nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di competenza dell'autorità amministrativa di regolazione dei servizi è dato dalla partecipazione, nei termini che si sono visti sopra, delle associazioni rappresentative alle procedure preordinate alla definizione degli standard di servizio pubblico.

La possibilità degli utenti di accedere ad altre forme di tutela (di annullamento o risarcitoria) nei confronti dell'amministrazione per il cattivo esercizio della funzione di regolazione delle attività economiche private connotate dal regime del servizio di pubblica utilità andrebbe vagliata, in primo luogo, alla luce della rilevanza assegnata dall'ordinamento allo specifico «interesse di servizio» portato dal singolo utente⁷⁷.

Da questo punto di vista, un utile punto di partenza è rinvenibile nel nuovo testo dell'art. 117 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che, come si è visto, attribuisce alla potestà legislativa esclusiva statale la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.).

La Costituzione assegna cioè alla legge statale il compito di stabilire, nei vari settori in cui il legislatore consideri doveroso l'intervento dei pubblici poteri a garanzia della soddisfazione di certi bisogni, i livelli essenziali delle relative prestazioni.

⁷⁷ Per qualche notazione generale, e con riguardo particolare alla «definizione di nuovi diritti» da parte delle carte dei servizi, da cui il giudice potrebbe «acquisire nuovi spazi di valutazione, in linea con la sempre più ampia sottoposizione della P.A. ai principi della responsabilità civile», si veda F. PELLIZZER - L. TRUCCHIA, *Brevi spunti sulla tutela dell'utente*, cit. *rispetto alla qualità del servizio: l'autorità di regolazione*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit., p. 57 ss. e p. 64 ss. In relazione all'estensione dell'area della discrezionalità amministrativa e all'ammissibilità del sindacato giudiziario sulle scelte dell'amministrazione, si veda C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 127 ss., e in partic. p. 156: «alle origini, la materia dell'organizzazione esprimeva il massimo della discrezionalità amministrativa. Oggi il quadro è cambiato. La funzione di organizzazione si è in qualche modo positivizzata (e forse in parte privatizzata). In particolare, specialmente nell'ambito delle attività di erogazione di pubblici servizi, è evidente il carattere strumentale della discrezionalità organizzativa, cosicché, qualora sia possibile definire la consistenza giuridica dell'interesse dei destinatari del servizio, questo stesso interesse diviene limite alla discrezionalità organizzativa, nel senso che essa comunque non ricomprende quelle scelte che possano pregiudicare l'altrui situazione soggettiva».

Si è visto come in diversi settori il legislatore abbia già provveduto a dettare il contenuto minimo delle prestazioni che devono essere erogate agli utenti nel rispetto di certi parametri attraverso il concetto di «servizio universale».

Il problema potrebbe consistere, dunque, nella definizione delle tutele da riconoscere in capo agli utenti nelle ipotesi in cui le amministrazioni di regolazione male esercitino i poteri loro attribuiti dalla legge, consentendo ai gestori l'erogazione di servizi al di sotto degli standard del servizio universale.

La diversità dei modi in cui può tradursi l'azione dei pubblici poteri finalizzata della garanzia della prestazione dei servizi (secondo il modello del servizio di pubblica utilità, che vede la regolazione amministrativa di attività economiche svolte da privati, ovvero secondo gli schemi del servizio pubblico in senso stretto), conduce ad una varietà di forme che può assumere la responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini/utenti.

La questione rimanda al complesso problema della definizione di un assetto che garantisca la coesistenza e la distinzione tra le responsabilità del potere politico e quelle dell'organismo tecnico di regolazione⁷⁸, un assetto che, nella chiara distinzione tra le due sfere di competenza, individui quali scelte di fondo debbano essere lasciate alla responsabilità di un organo a legittimazione democratica (ad esempio il contenuto e le caratteristiche del servizio universale) e, nell'ambito di queste linee direttrici di fondo, conferisca all'autorità di regolazione piena indipendenza nell'adozione delle misure più idonee in vista della soddisfazione degli interessi pubblici definiti dagli organi politici con il minor turbamento possibile del gioco concorrenziale.

In un disegno di questo tipo, una serie di scelte e di decisioni adottabili dalla amministrazione non potrebbe che collocarsi al livello della politica generale dei servizi. Si tratta delle scelte strategiche che vengono fatte per decidere se perseguire la via della regolazione o provvedere direttamente alla (organizzazione della) prestazione del servizio (pubblico in senso stretto), quindi delle decisioni relative alla definizione degli standard (per i servizi di pubblica utilità) o alle forme di gestione dei servizi (per i servizi pubblici in senso stretto), e così via.

Tali decisioni che raramente sono idonee a produrre effetti diretti nei confronti degli utenti, e dunque generano solo responsabilità politica, che può essere «fatta valere» solo mediante il processo politico-elettorale (ovvero mediante la conferma o la rimozione, in sede elettorale, dei rappresentanti che

⁷⁸ D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Merc. concurr. regole*, 2003, p. 349.



abbiano male amministrato in materia di politica dei servizi)⁷⁹.

Una volta, però, che le scelte di politica generale dei servizi siano state compiute, la traduzione degli indirizzi così formati dovrebbe essere di pertinenza delle autorità amministrative, che in tale loro attività non potrebbero sottrarsi al sindacato sulla legittimità dei propri atti.

Non è dunque escluso che si verifichino casi in cui, oltre alla responsabilità politico-istituzionale di cui si è appena detto, possa essere fatta valere una diversa forma di responsabilità.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione ometta di adottare gli atti (eventualmente anche normativi) che siano necessari a dare attuazione agli «interessi-diritti» degli utenti definiti in sede di determinazione degli indirizzi di politica dei servizi, mediante il condizionamento dei comportamenti dei gestori.

Ancora, si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione eserciti illegittimamente specifici poteri conferiti dalla legge, ad esempio in materia di nomine, di emanazione di direttive ai gestori, di trasferimenti di risorse finanziarie e via dicendo.

In questi casi, sussistendo tutti i presupposti, nulla dovrebbe impedire agli utenti di accedere ai mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento nei confronti della pubblica amministrazione.

La tutela costitutiva, ovvero l'annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della funzione di regolazione dei servizi di pubblica utilità, oltre che dai gestori destinatari degli effetti diretti degli atti di regolazione illegittimi, potrebbe essere richiesta dagli utenti solo attraverso le loro organizzazioni rappresentative, e ciò in considerazione dell'orientamento secondo cui rispetto agli atti della amministrazione regolatrice gli utenti possono vantare interessi diffusi.

Anche l'accesso al risarcimento dei danni, per quanto questo tipo di tutela possa essere considerato non pienamente appagante rispetto al particolare tipo di interessi di cui sono portatori gli utenti dei servizi pubblici⁸⁰, non potrebbe dirsi pregiudizialmente escluso.

Tale tutela, attivabile individualmente dagli utenti che ritengano di aver subito un danno «da disservizio» quale conseguenza del cattivo esercizio delle funzioni amministrative, pone semmai il problema della individuazione di criteri che consentano di determinare (e quantificare) il danno subito dal singolo utente (e consistente nel mancato godimento

di una prestazione a cui si aveva diritto) e di ricollegarlo causalmente all'illegittimo esercizio del potere da parte dell'amministrazione.

A questi fini, potrebbe utilizzarsi lo schema argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea nella nota sentenza *Franovich*, relativa agli obblighi risarcitori degli Stati membri nei confronti dei privati per la mancata attuazione di direttive⁸¹.

Per ammettere, in termini generali, la possibilità della tutela risarcitoria, appare significativo che la legge n. 239/2004, di riordino del settore energetico, preveda (all'art. 1, comma 16) che «i componenti dell'organo competente per la determinazione delle tariffe elettriche, ivi compresa la determinazione del sovrapprezzo termico, rispondono degli atti e dei comportamenti posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni, ove i fatti non abbiano rilevanza penale, ai sensi e per gli effetti degli articoli 2043 e seguenti del codice civile soltanto a titolo di responsabilità civile, in conformità con le disposizioni degli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205».

Al di là della strana formulazione della disposizione (non si vede per quale altro tipo di responsabilità, se non quella civile, i componenti dell'organo potrebbero rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., né quale sia il significato del richiamo agli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 80/1998), il fatto che non sia specificata alcuna limitazione dei soggetti nei confronti dei quali i membri dell'organo di determinazione delle tariffe siano chiamati a rispondere civilmente sembra consentire interpretazioni tali da ricomprendere tra i soggetti danneggiati assistiti dalla tutela risarcitoria tanto gli operatori eventualmente pregiudicati dalla determinazione delle tariffe, quanto gli stessi utenti dei servizi.

6. Il ricorso per l'efficienza dei concessionari di servizi pubblici (c.d. "class action")

Con il d.lgs. 20.12.2009, n. 198 è stata data attuazione alle disposizioni dell'art. 4 della legge n. 15/2009 in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. Il decreto legislativo ha così introdotto nell'ordinamento quella che è stata, forse incautamente, subito definita *class action* nei confronti dell'amministrazione⁸².

⁷⁹ M. CAMMELLI, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni per i servizi*, cit., p. 13 ss.

⁸⁰ D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico»*, cit., p. 215.

⁸¹ CGCE, 19.11.1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 138 ss.

⁸² Criticano questa definizione F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica ammini-*



Preliminarmente, vale la pena di evidenziare la discutibilità della scelta (se di scelta consapevole si è trattato) del legislatore delegato di mantenere il ricorso di cui al decreto citato estraneo all'articolato del nuovo Codice del processo amministrativo, approvato con decreto legislativo 2.07.2010, n. 104. Se l'intento perseguito con il Codice era quello di rendere più organica la disciplina del processo amministrativo, anche tramite la riconduzione sotto un unico sistema dei diversi riti speciali nel tempo via via introdotti (oggi disciplinati nel libro quarto del Codice), proprio non si capiscono le ragioni che hanno indotto a lasciare fuori dal Codice del processo la disciplina di un rito (speciale) quale quello introdotto con d.lgs. n. 198/2009.

strazione?, in *www.giustamm.it*, 8/2010; F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, Relazione al convegno *Le class actions: modelli a confronto*, Università di Roma Tre, 9 giugno 2010, in *www.federalismi.it*; U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 246 ss.

Le suggestioni alimentate dalle esperienze nordamericane avevano spinto più volte il legislatore italiano a tentare di introdurre strumenti processuali ispirati alle *class actions* di matrice anglosassone, che traggono origine dalla medievale *representative suite* inglese.

Attualmente, l'ordinamento in cui l'istituto in parola trova la sua più compiuta e funzionale disciplina è senz'altro quello statunitense (*Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* nella formulazione scaturente dall'emendamento del 1° luglio 1966), preso usualmente a modello da qualsiasi sistema giuridico che si cimenti con il tentativo di adottare al proprio interno analoghi strumenti processuali. Per i riferimenti sulle *class actions* di matrice statunitense possono vedersi, tra i molti contributi, P. FAVA, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 166 ss.; C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss., e in partic. p. 622 ss.; A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, 1996; N. TROCKER, *Class action negli USA - e in Europa?*, in *Contr. impr. - Europa*, 2009, p. 178 ss.; A. FRIGNANI, P. VIRANO, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assicur.*, 2009, p. 5 ss.; L. FERRARESE, *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa italiana e spunti di riflessione*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 746 ss.; F. MACARIO - C. STAZI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 65 ss.; L. RENZI, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1213 ss.

Le *class actions* non sono altro, nella definizione minima che può essere data all'istituto, che lo strumento processuale preordinato a consentire l'accesso alla tutela giurisdizionale a pretese seriali, provenienti da una platea più o meno vasta di attori (ma la *class action* è configurabile anche dal lato passivo, ovvero nel caso di pluralità di potenziali convenuti) caratterizzate dalla comunanza di questioni di fatto o di diritto rilevanti ai fini della decisione finale. Secondo la disciplina contenuta nella *rule* sopra richiamata, al ricorrere di particolari condizioni, uno o più membri di una classe possono agire (*class* di attori) o essere convenuti (*class* di convenuti) in giudizio come parti rappresentative di tutti gli altri appartenenti stessa classe.

Per quanto qui di più prossimo interesse, lo strumento processuale offerto dal d.lgs. n. 198/2009, disponibile a partire dal 15 gennaio 2010, consente ai «titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori» di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi «(...) dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150»⁸³.

L'azione, volta a «ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio», costituisce strumento finalizzato a consentire l'intervento giudiziale su eventuali disfunzioni di carattere organizzativo della pubblica amministrazione e degli esercenti dei pubblici servizi⁸⁴. Piuttosto che un'azione funzionale alla protezione immediata e diretta di posizioni giuridiche individuali, l'istituto sembra orientato a introdurre una forma di tutela oggettiva e correttiva, funzionale alla attuazione del principio del buon andamento, rispetto alla quale la tutela dell'interesse individuale si configura come occasionale⁸⁵, con una «paradosale proiezione all'indietro di circa un secolo, quando era predominante la teoria dell'interesse solo occasionalmente protetto che offuscava e sviliva la si-

⁸³ Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198/2009.

⁸⁴ In argomento, G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

⁸⁵ In questo senso possono leggersi le considerazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato, sez. cons. atti norm., ad. 9.06.2009, n. 1943. In termini, con accenti critici, anche U.G. ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della P.A.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 246 ss.; A. BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2010, p. 15; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in *www.giustamm.it*, 2010. Contro l'impostazione in termini di giurisdizione oggettiva, v. F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, p. 4; S. DORE, G. LECCISI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo recante "Attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi"*, in *www.giustamm.it*, 2009.





tuazione giuridica soggettiva di cui era chiesta protezione davanti al giudice»⁸⁶.

Presupposto per l'attivazione dello strumento di tutela in esame, come si è accennato, è che vi sia una «lesione diretta, concreta ed attuale» di «interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori». La lesione di tali interessi rilevanti ed omogenei deve essere conseguenza della «violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento», ovvero della «violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi» o, infine, della «violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di *performance* contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150».

Siffatta individuazione, da parte del legislatore delegato, dell'oggetto del giudizio è stata criticata per la vaghezza dei presupposti dell'azione, la cui concreta determinazione sarà inevitabilmente demandata alla giurisprudenza del giudice amministrativo⁸⁷.

Il ricorso, come si è visto, può essere proposto dal titolare di «interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori»⁸⁸. La formulazione del decreto legislativo appare, sul punto adesso in esame, significativamente più restrittiva rispetto alle indicazioni contenute nella legge delega, ai sensi della quale l'accesso alla particolare forma di tutela in esame avrebbe dovuto essere consentito «a ogni interessato», qualora dalla disfunzione amministrativa fosse derivata «la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori». Perché vi sia *legittimatio ad causam*, in altri termini, non basta essere titolari di un interesse giuridicamente rilevante, ma è anche necessario che tale interesse sia omogeneo a quello di una pluralità di utenti, con la conseguenza, in caso contrario, della inammissibilità dell'azione⁸⁹.

Il ricorso è proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le

omissioni lamentate⁹⁰, ma sono comunque esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonché la Presidenza del Consiglio dei Ministri⁹¹.

A conoscere del ricorso è il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva⁹².

Venendo alla tutela ottenibile attraverso l'esperimento del ricorso, ci si imbatte nel primo vistoso limite dell'istituto in esame, concepito «al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio»⁹³: si tratta dunque di una azione collettiva «correttiva»⁹⁴ e non risarcitoria, come invece quella di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo.

A quest'ultimo proposito, vale la pena di sottolineare il rapporto che il d.lgs. n. 198/2009 istituisce tra il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici e le azioni collettive previste e disciplinate dal Codice del consumo.

Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 198/2009, la proposizione del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni è preclusa in due ipotesi: in primo luogo, se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto del ricorso; in secondo luogo, se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli artt. 139, 140 e 140-*bis* del Codice del consumo⁹⁵. Qualora uno di tali ultimi rimedi sia proposto successivamente al ricorso per l'efficienza delle amministrazioni, «il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei predetti procedimenti o giudizi». Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 2 del decreto, «a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso [per l'efficienza delle amministrazioni] diviene improcedibile. In ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi (...) dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento».

⁸⁶ Così U.G. ZINGALES, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁷ In argomento, L. OLIVIERI, *Tutti i rischi della class action nella P.A.*, in *www.lavoce.info*, 15.05.2009.

⁸⁸ Di strumento a tutela di interessi diffusi si parla nelle sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. I, 13.02.2012, n. 1416 e 13.06.2011, n. 5220.

⁸⁹ Sul punto, v. C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, p. 502.

⁹⁰ Art. 1, comma 5.

⁹¹ Art. 1, comma 1-*ter*.

⁹² Art. 1, comma 7.

⁹³ Art. 1, comma 1.

⁹⁴ F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, cit.

⁹⁵ Sul punto si veda P.M. ZERMAN, *Partenza in salita per la class action*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Da tali disposizioni si desume la natura sussidiaria del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni⁹⁶, destinato ad interrompersi ed estinguersi quando della questione dedotta in giudizio sia investita un'autorità di regolazione e controllo ovvero quando la medesima divenga oggetto di un giudizio tra quelli disciplinati dalla summenzionate norme del Codice del consumo. La ragione si coglie nella opportunità di evitare la duplicazione dei procedimenti di verifica della legittimità delle omissioni della pubblica amministrazione laddove sulla valutazione degli stessi episodi di inefficienza sia già stato investito un potere dotato delle competenze necessarie a stimolare l'attivazione di processi correttivi da parte dei pubblici uffici interessati⁹⁷.

Se questa è la spiegazione del regime di preclusioni appena tratteggiato, si deve riconoscere che essa appare ragionevole con riguardo all'eventualità dell'esperimento dell'azione inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del consumo, che ha un oggetto analogo a quello dell'azione correttiva esperibile ai sensi del d.lgs. n. 198/2009. Altrettanto non può dirsi, però, in relazione all'altra *class action* consumeristica, ovvero quella disciplinata dall'art. 140-bis del Codice del consumo, e ciò perché la tutela conseguibile con quest'ultima (il risarcimento del danno), secondo quanto espressamente disposto dall'art. 1, c. 6, del d.lgs. n. 198/2009, non può costituire oggetto del ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni⁹⁸. Ne discende una significativa riduzione degli strumenti di tutela a disposizione degli utenti dei servizi pubblici.

Condizione di procedibilità del ricorso è che la parte resistente sia stata previamente diffidata ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati. Decorso inutilmente tale termine, l'azione può essere proposta entro un anno⁹⁹.

⁹⁶ F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, cit., p. 4; P.M. ZERMAN, *Partenza in salta per class action*, cit.; I. LUCATI, *Class action anche nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 398 ss.

⁹⁷ C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 505.

⁹⁸ F. MARTINES, *op. cit.*; G. VELTRI, *Class action pubblica: prime riflessioni*, in *www.lexitalia.it*, 2010, 2; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*

⁹⁹ Art. 3 del d.lgs. n. 198/2009. La condizione di procedibilità può essere soddisfatta anche mediante la promozione del tentativo di risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge n. 69/2009: il ricorso può essere proposto entro l'anno dall'esito negativo del tentativo di risoluzione.

Sul contenuto del ricorso può vedersi TAR Lazio, Roma, sez. I, 3.09.2012, n. 7483, secondo cui l'azione non è sottratta ai comuni principi in materia di domanda giudiziale, e, dunque, alla regola che essa debba essere sufficientemente determinata nel suo *petitum*, in relazione al contenuto dell'azione ed alla sua finalità, con la conseguenza che parte ricorrente non può limitarsi genericamente a chiedere l'emaneazione di atti amministra-

Della proposizione del ricorso è data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati. Nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso (che è fissata d'ufficio dal giudice in una data compresa tra il novantesimo ed il centoventesimo giorno dal deposito del ricorso), i soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire¹⁰⁰.

Se il giudice, avendo accertato la violazione, l'omissione o l'inadempimento degli obblighi di cui all'articolo 1, comma 1, accoglie la domanda, con la sentenza ordina alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio alle violazioni entro un congruo termine. La sentenza (di cui è anche data notizia con le stesse modalità previste per il ricorso) è tra gli altri comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla procura regionale della Corte dei conti (per i casi in cui emergano profili di responsabilità erariale), agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coin-

tivi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo, ma, trattandosi di atti "obbligatori", deve dimostrare, quale elemento costitutivo essenziale della sua domanda, che tali essi sono, e ne dovrà pertanto definire il contenuto, indicando la fonte normativa di tale obbligo, in riferimento alla situazione di pregiudizio lamentata, o quantomeno, tutto ciò dovrà essere *de plano* desumibile dal ricorso, per consentire al giudice di pronunciare l'accertamento richiesto e le statuizioni consequenziali.

¹⁰⁰ Come è intuibile, uno dei profili più delicati della disciplina delle azioni di classe è costituito dalle regole relative alla determinazione dell'ambito soggettivo di efficacia del giudicato. In astratto, il diritto degli appartenenti alla classe di decidere se dare fiducia all'attore rappresentativo, e quindi assoggettarsi alla decisione resa dal giudice davanti al quale sia proposta la *class action*, ovvero chiedere di essere estromessi dal giudizio (al fine, eventualmente, di proporre l'azione autonomamente) può trovare diversa disciplina a seconda se si scelga la regola dell'*opt-out* (per cui gli appartenenti alla classe hanno un certo periodo di tempo che chiedere la propria estromissione dal giudizio, trascorso il quale tale potere non è più esercitabile, salvo che non intervengano particolari evenienze) o dell'*opt-in* (per cui chi intende aderire alla *class action* esercitata ha l'onere di attivarsi ad es. iscrivendosi in appositi registri tenuti presso il giudice). La scelta dell'una o dell'altra soluzione ovviamente ha forti ricadute sulla funzionalità dell'istituto processuale, dal momento che una disciplina basata sulla seconda soluzione darà il massimo delle garanzie contro il rischio della formazione di giudicati contro la volontà di coloro su cui tali decisioni produrranno effetti, al prezzo, però, di una significativa perdita di convenienza dell'uso dell'istituto processuale. Per contro, la preferenza per la regola dell'*opt-out* (cui è ispirata, dopo la riforma del 1966, anche la *rule 23* delle *FRCP* sopra citata), consentendo la massima estensione possibile degli effetti del giudicato (favorevole o sfavorevole alla classe), anche a soggetti che, in ipotesi, potrebbero non aver mai avuto notizia del procedimento in corso, richiede un'accorta e analitica disciplina delle *notices*, ovvero delle comunicazioni con cui gli appartenenti alla classe sono messi a conoscenza della pendenza del giudizio. Sul punto, P. FAVA, *op. cit.*, p. 219 ss.





volti e, in caso di accoglimento della domanda nei confronti di un concessionario di pubblici servizi, all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina¹⁰¹. Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 198/2009, in caso di «inottemperanza», che deve essere «perdurante», alle statuizioni della sentenza, l'interessato può esperire agire attraverso il giudizio di ottemperanza, oggi disciplinato dalle disposizioni del titolo quarto del Codice del processo amministrativo.

La tutela effettivamente concedibile dal giudice è peraltro condizionata da una serie di limiti disseminati dal legislatore delegato tra le disposizioni del decreto legislativo che ha introdotto il ricorso collettivo.

E' infatti previsto, in via transitoria, che a determinare, anche progressivamente, la concreta applicazione delle norme sul ricorso collettivo alle amministrazioni ed ai concessionari di servizi pubblici debbano intervenire uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁰² «in ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori»¹⁰³.

Inoltre, i poteri di cognizione e di tutela del giudice incontrano significativi condizionamenti nelle norme che vincolano il giudicante, in sede di valutazione circa la sussistenza della lesione di cui al comma 1 dell'art. 1 del decreto, a tenere conto «delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intime»¹⁰⁴ e, in sede di emissione della sentenza, a ordinare alla pubblica amministrazione o al concessionario di porre rimedio all'inadempimento «nei limiti delle

risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica»¹⁰⁵.

Dalle previsioni da ultimo citate discende un duplice ordine di limiti alla disponibilità di un'effettiva tutela attraverso l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Per un verso, infatti, la disposizione che stabilisce che il giudice amministrativo, già in sede di «giudizio di sussistenza della lesione», debba tenere conto «delle risorse strumentali, finanziarie e umane concretamente a disposizione delle parti intime», sembra anticipare la rilevanza della disponibilità di adeguate risorse da parte dell'amministrazione fin dal momento della valutazione dei presupposti per l'affermazione della responsabilità della parte resistente, rendendola condizione per la stessa configurabilità del fatto generatore di danno ed offrendo così all'amministrazione un comodo espediente per bloccare il ricorso fin dalle fasi iniziali del giudizio¹⁰⁶.

Per altro verso, la previsione che limita la tutela concedibile dal giudice alle iniziative assumibili nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» costituisce un rilevantissimo condizionamento rispetto alla utilità concreta dell'azione, giacché assai difficilmente l'amministrazione potrebbe porre rimedio ad una propria inerzia senza affrontare costi e spese¹⁰⁷. Infatti, si può immaginare che un limite del genere possa non comportare significativi condizionamenti nell'accesso alla tutela laddove oggetto del ricorso sia l'emanazione di atti amministrativi generali obbligatori, che non sempre costituiscono fonte diretta di oneri finanziari. Non altrettanto si può dire allorché oggetto della domanda sia il rispetto di obblighi contenuti in Carte dei servizi o di standard qualitativi ed economici, rispetto ai quali l'unico modo per concedere una tutela adeguata nel rispetto della clausola di invarianza finanziaria consisterebbe, con tutta probabilità, nell'imposizione di una riorganizzazione complessiva dell'attività degli uffici dell'ente interessato finalizzata alla rimozione le cause dell'inefficiente uso delle risorse¹⁰⁸, con tutte le difficoltà che si possono immaginare rispetto alla possibilità che il giudice si avventuri in valutazioni di questo genere.

¹⁰¹ Art. 4 del d.lgs. n. 198/2009.

¹⁰² Da adottarsi su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto, per quanto di competenza, con gli altri Ministri interessati ovvero, rispetto applicazione del decreto alle regioni ed agli enti locali, su conforme parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

¹⁰³ Art. 7 del d.lgs. n. 198/2009. Deve, peraltro, sottolinearsi che la prima giurisprudenza che si è misurata con la portata della disposizione appena citata ha escluso che essa possa applicazione a fronte di «obblighi di emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento», essendo in questi casi compiutamente determinati tutti i profili giuridicamente rilevanti ai fini della concessione del rimedio giurisdizionale: cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 20.01.2011, n. 552 (in materia di adozione del piano di riqualificazione dell'edilizia scolastica). Sulla stessa vicenda cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 9.06.2011, n. 3512.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 1-bis.

¹⁰⁵ Art. 4, comma 1.

¹⁰⁶ Sul punto si vedano U.G. ZINGALES, *op. cit.*, p. 251; F. PATRONI GRIFFI, *op. cit.*; D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse legittimo?*, in *Giur. merito*, 2010, p. 2362 ss.

¹⁰⁷ C.E. GALLO, *op. cit.*, p. 506.

¹⁰⁸ F. MANGANARO, *op. cit.*

7. Le prestazioni dei servizi sociali e il possibile rilievo diretto della costituzione al fine del riconoscimento del diritto alla loro fruizione da parte degli utenti

| 222

Come si è accennato in precedenza, la categoria europea dei «servizi di interesse generale» corrisponde, nell'ordinamento nazionale, a quella di servizi sociali, ovvero a quella categoria di «servizi alla persona» (comprendenti l'istruzione, l'assistenza sanitaria e alle persone disabili e l'assistenza sociale) alla cui prestazione corrispondono diritti sanciti dalla Costituzione (rispettivamente, all'art. 34, c. 3, all'art. 32, c. 1, e all'art. 38, c. 1) appartenenti alla categoria dei «diritti sociali».

Tale ultimo richiamo radica in capo ai pubblici poteri il dovere di soddisfare gli interessi delle persone connessi ai servizi sociali assicurando livelli essenziali di prestazioni su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.)

La circostanza che si tratti, come si è detto, di «servizi alla persona», non significa necessariamente che le relative prestazioni non possano essere oggetto di un'attività svolta per finalità economiche, ma costituisce la ragione di fondo che giustifica il peculiare regime costituzionale cui tali servizi sono sottoposti. Infatti, la particolarissima relazione con l'utente che l'erogazione di tali servizi consente di instaurare, ne fa, per i privati, un formidabile veicolo per la realizzazione di altre istanze (di natura etica, religiosa o comunque ideale) tutelate dalla Costituzione che, in alcuni casi, ne fa oggetto di libertà (si veda, ad es., l'art. 19 Cost.). In effetti, non mancano privati che sono spinti a erogare prestazioni costituenti oggetto dei servizi sociali non da motivazioni economiche ma etiche, religiose, filosofiche e così via.

Ciò spiega, da un lato, le ragioni per cui a questi servizi non possano applicarsi disposizioni quali quelle contenute negli artt. 41, c. 3, e 43 Cost. e le misure in essi previste, pena, altrimenti, la compromissione di diritti e libertà che altre disposizioni costituzionali espressamente riconoscono e tutelano; dall'altro lato, le stesse considerazioni costituiscono il fondamento costituzionale che giustifica l'imposizione a carico delle pubbliche amministrazioni del dovere di provvedere direttamente alla erogazione dei servizi sociali: infatti, le iniziative private spinte da motivazioni non economiche ma ideali potrebbero risolversi in modalità delle prestazioni non accettabili da una parte dei potenziali fruitori (si pensi, per esempio, ad attività di istruzione o

di assistenza svolte con obiettivi confessionali o di propaganda politica)¹⁰⁹.

Da queste considerazioni discende la necessità che i servizi pubblici sociali siano organizzati ed erogati non seguendo il modello offerto dal principio di sussidiarietà orizzontale, ma secondo la formula del servizio pubblico in senso stretto (o soggettivo) e trovano dunque ragione le disposizioni costituzionali che, se da un lato sanciscono che «l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento», che «enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione» (art. 33, cc. 1 e 3) e che «l'assistenza privata è libera» (art. 38, c. 5), dall'altro lato stabiliscono che la Repubblica «tutela la salute» e «garantisce cure gratuite agli indigenti» (art. 32, c. 1), «istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi» (art. 33, c. 2), «rende effettivo» il diritto dei «capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi (...) di raggiungere i gradi più alti degli studi» mediante «borse di studio, assegni alle famiglie e altre provvidenze» (art. 34, cc. 2 e 3) e che ai compiti di assistenza agli inabili, ai minorati, agli indigenti «provvedono organi ed istituti preposti o integrati dallo Stato» (art. 38, c. 4).

Il diretto e necessario coinvolgimento delle pubbliche amministrazioni nella erogazione dei servizi sociali, unito alla prescrizione costituzionale che vuole che debbano esservi livelli essenziali delle relative prestazioni garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost., indurrebbe a ritenere che gli utenti possano vantare un diritto pieno ed incondizionato a ricevere quelle prestazioni.

La questione impinge nel problema della natura prescrittiva o meramente programmatica delle disposizioni costituzionali, problema come noto affrontato dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 1/1956.

Con specifico riferimento alla questione della fruizione dei servizi sociali, la Consulta, con sentenza n. 455/1990, richiamando numerosi precedenti, ha ritenuto che «al pari di ogni diritto a prestazioni positive, il diritto a ottenere trattamenti sanitari, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione

¹⁰⁹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 166 e ss.



alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento».

Da quanto ritenuto dalla Consulta dovrebbe desumersi la qualificazione dei diritti sociali, ovvero del diritto a fruire delle prestazioni dei servizi sociali, come “diritti finanziariamente condizionati”, l’effettiva disponibilità di risorse finanziarie costituendo fattore condizionante di ogni intervento positivo da parte dei pubblici poteri¹¹⁰.

Tale conclusione, però, non può essere assolutizzata, se non altro perché la giurisprudenza costituzionale, quella amministrativa e quella ordinaria hanno, nel corso del tempo, rinvenuto nell’ordito costituzionale la previsione di diritti la cui doverosa soddisfazione discende direttamente ed automaticamente dalle disposizioni costituzionali, per i quali non si rende necessaria l’interposizione del legislatore ordinario e che da quest’ultimo non possono dunque essere condizionati¹¹¹.

Un esempio recente è dato dalla sentenza della Corte costituzionale 26.02.2010, n. 80, con cui è stata dichiarata l’incostituzionalità delle disposizioni della legge finanziaria per il 2008 che ponevano un tetto alle assunzioni di insegnanti di sostegno per contrasto con le norme costituzionali in materia di diritto all’istruzione, e ciò sulla scorta della considerazione che se è vero che «il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità», è altrettanto vero che detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati».

Le considerazioni svolte dalla Consulta nel pronunciamento appena citato sono state riprese dalla giurisprudenza amministrativa in materia di diritto degli alunni disabili all’insegnamento di sostegno¹¹².

Indicazioni nel senso del rinvenimento di un nucleo di disposizioni costituzionali direttamente rilevanti ai fini del riconoscimento del diritto alle prestazioni dello stato sociale, immediatamente precettiva e prevalenti sulla disciplina legislativa o su atti amministrativi generali, si rinvergono anche nella giurisprudenza del giudice ordinario, ed in partico-

lare in quella relativa al diritto all’insegnamento di sostegno nelle scuole pubbliche¹¹³ e quella relativa al diritto all’assistenza sanitaria in caso di terapie mediche urgenti non previamente autorizzate dalla regione di residenza¹¹⁴, o fruite all’estero¹¹⁵, o mediante somministrazione di farmaci non inclusi nel prontuario terapeutico o nei protocolli adottati dal Servizio sanitario nazionale¹¹⁶, ovvero in caso di fruizione di prestazioni terapeutiche da parte dello straniero extracomunitario irregolare¹¹⁷.

¹¹³ Cfr. Trib. Milano, 10.01.2011, in *www.dirittoscolastico.it*, secondo cui «la scelta discrezionale dell’amministrazione scolastica di ridurre le ore di "sostegno" agli studenti disabili può costituire discriminazione indiretta ogni qual volta essa non si accompagni ad una corrispondente identica contrazione della fruizione del diritto allo studio anche per tutti gli altri studenti normodotati e risulti in concreto inadeguata al rispetto del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (nel caso di specie, il giudice ha ordinato alle amministrazioni convenute il ripristino del numero di ore sostegno fornito ai figli dei ricorrenti nell’anno scolastico 2009/2010); Trib. Roma, sez. II, 19.01.2009, in *www.ilcaso.it*, secondo cui «il diritto fondamentale alla istruzione e alla integrazione scolastica di persona portatrice di handicap (v. artt. 34, 38, 32, 2 Cost.), non può ritenersi condizionato all’esercizio del potere attribuito alla pubblica amministrazione di provvedere all’organizzazione dell’attività scolastica pubblica nell’ambito delle risorse disponibili sicché la controversia insorta al riguardo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario che, data la natura del diritto di cui viene chiesta tutela, può condannare la P.A. ad un *facere* specifico».

¹¹⁴ Cass. civ., sez. lav., 20.02.2001, n. 2444; Id., 26.08.1999, n. 8939; Cass. civ., Sez. un., 10.03.1999, n. 117.

¹¹⁵ Cass. civ., Sez. un., 8.08.2001, n. 10963; Id., 29.11.1999, n. 837; Id., 19.02.1999, n. 85; Cass. civ., sez. lav., 14.06.1999, n. 5890.

¹¹⁶ Trib. Avezzano, 2.02.2010, in *www.altalex.com*; Cass. civ., Sez. un. (ord.), 24.06.2005, n. 13548; Id., 29.03.2001, n. 4659; Id., 3.10.1996, n. 8661.

¹¹⁷ Cass. civ., sez. I, 27.01.2005, n. 1690.

¹¹⁰ Sui diritti finanziariamente condizionati v. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, 1985, 1, p. 54 e ss.

¹¹¹ In argomento possono vedersi M. MIDIRI, *Giurisprudenza, tutela dei diritti, vincoli di bilancio*, in *Contr. impr.*, 2011, 3, p. 596 e ss.; C. COLAPIETRO, *Garanzia e promozione dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1995, p. 4 e ss.

¹¹² TAR Sardegna, sez. I, 17.06.2011, n. 616; Id., 17.11.2011, n. 1104; Id. 30.10.2010, n. 2456; Id., 11.11.2010, n. 2571; TAR Campania, Salerno, sez. I, 11.10.2011, n. 1640; TAR Toscana, 19.05.2010, n. 1508.



