

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda e Michele Comenale Pinto (editori)

**Esercizi di diritto privato italiano
e comparato III**

**Übungen im italienischen und vergleichenden
Privatrecht III**

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 7

2014

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antoniolli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

Editorial

Publisher &
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, June 2014

Prefazione al primo volume

Gli stili di insegnamento del diritto privato in Italia ed in Germania sono assai diversi. Mentre in Italia prevale un approccio teorico e gli esami sono soprattutto orali, in Germania gli esami sono di regola scritti e consistono nella risoluzione, secondo il metodo socratico della cosiddetta sussunzione, di casi pratici (spesso di casi reali decisi dalle Corti) di significativa difficoltà.

Una distinzione simile è presente nel diritto comparato. I grandi manuali (si vedano le opere di Roberto Sacco, René David e Konrad Zweigert e Hein Kötz) si limitano a rintracciare le grandi linee di ogni ordinamento, comparando soprattutto gli istituti del diritto privato. Questo metodo, certamente efficace, può essere integrato con un metodo parzialmente diverso, che si fonda sulla “micro-comparazione”, secondo il quale la comparazione viene effettuata con riguardo a casi giuridici concreti. Si tratta di un metodo che è alla base del progetto del Common Core istituito quasi vent’anni fa da Ugo Mattei e Mauro Bussani all’Università di Trento, e l’esperienza di questi anni ne ha dimostrato la validità. Infatti, le differenze e le affinità tra ordinamenti continentali basati sul principio della codificazione, come sono quelli italiano e tedesco, emergono spesso solo tramite una tale “micro-comparazione”.

Per queste due considerazioni ci è sembrato opportuno arricchire gli studi comparatistici intrapresi nell’ambito della Scuola Dottorale in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi presso l’Università di Sassari con l’analisi di casi concreti provenienti dall’esame statale tedesco secondo il diritto italiano.

Brema e Sassari in Aprile 2012,

Christoph U. Schmid, Giovanni Maria Uda e Michele Comenale Pinto

CASO 1: GARANZIA BANCARIA – DISCIPLINA DELLE CLAUSOLE ABUSIVE – REQUISITO DELLA FORMA SCRITTA

La ditta “Pro Immobile SA (I)” con sede a Sassari sta progettando la costruzione di un gran edificio commerciale contenente uffici per usi vari a Cagliari. L’appalto per un prezzo complessivo di 20 Mio € viene dato alla ditta “K srl” di Cagliari come imprenditore generale. Il contratto contiene le seguenti clausole:

- (x) Questo contratto viene governato dalle condizioni generali di I (www.i-ag.com).*
- (Y) Modifiche del presente contratto richiedono la forma scritta. Ciò vale anche per eventuali stipulazioni che derogano alla stessa forma scritta.*
- (z) Sassari è il foro esclusivo per tutte le controversie nell’ambito di questo contratto.*

Le condizioni generali di I, che non sono state presentate a K né prima né al momento della conclusione del contratto d’appalto, prevedono come segue:

VIII. L’appaltatore si obbliga di pagare, nel caso di esecuzione tardiva della costruzione, una penale pari allo 0,15% del prezzo complessivo pattuito per ogni giorno feriale del periodo di ritardo; la penale complessiva non può comunque superare il 10% di codesto prezzo.

IX. L’appaltatore si obbliga di fornire all’appaltante una garanzia bancaria di 2 Mio € come garanzia per l’adempimento del contratto.

Compiti:

a) Quando nascono dei problemi intorno alla continuazione dei lavori, le parti convergono delle negoziazioni. In quest’ambito concordano che una (già allora probabile) procedura giudiziaria dovrebbe aver luogo a Cagliari come luogo dell’esecuzione delle prestazioni contrattuali. Però, nell’atmosfera tesa, dimenticano di stipulare ciò per iscritto; non pensano neanche al requisito della forma scritta previsto sul contratto. Quando I inizia una causa per danni contro K davanti alla corte di Cagliari, K si difende sollevando la clausola contrattuale che prevede il foro di Sassari. Quale corte è competente?

b) Come richiesto nella clausola IX delle condizioni generali, K aveva fornito una garanzia della sua banca di casa B. Per una fraintesa interna, B aveva messo a disposizione di I non una garanzia normale, ma una “ga-

ranzia a prima richiesta”. Quando c’è un ritardo importante nel progetto e matura, di conseguenza, una penale accumulata di 2 Mio € secondo la clausola VIII delle condizioni generali, I si rivolge a B invocando la garanzia bancaria. In una mossa di “routine”, B esegue il pagamento, ma poi ci ripensa e chiede la restituzione della somma pagata. Per ciò, B va valere le motivazioni seguenti: Prima, le condizioni generali non sarebbero state integrate nel contratto validamente. Secondo, la garanzia sarebbe stata fornita come una garanzia “a prima richiesta” solo per sbaglio; nel contratto non sarebbe stata prevista una tale garanzia ma una garanzia normale; quindi B non sarebbe stata tenuta al pagamento subito. Terzo, B sostiene (a ragione) che nella giurisprudenza della cassazione tedesca sulle clausole abusive, la responsabilità dell’appaltatore (fondata in una clausola generale) per l’esecuzione tardiva dell’opera è limitata al 5% della somma appaltata. Quindi, se non fosse estinta completamente, la responsabilità sarebbe limitata a quella cifra.

c) Ammettiamo che B è una banca con sede in Copenhagen (Danimarca). Il contratto d’appalto è stato redatto in Italiano e non dice niente sul diritto applicabile. Ciò nonostante, il contratto prevede come foro quello di Cagliari. Quale diritto si applica al contratto di garanzia?

SOLUZIONE

MARIA TERESA NURRA

Ad a)

Le parti hanno inserito nel contratto, al di fuori delle condizioni generali, la clausola y): "Modifiche del presente contratto richiedono la forma scritta. Ciò vale anche per eventuali stipulazioni che derogano alla stessa forma scritta". Si tratta di un patto di forma, cioè di un patto scritto con cui le parti decidono di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto¹. Il patto sulla forma rientra nella categoria nei negozi normativi, perché tende a regolare in maniera uniforme situazioni molteplici e successive rispetto alla stipula del contratto².

L'onere formale trova, quindi, la sua fonte non nella legge, ma nell'autonomia negoziale delle parti³, come espressione del principio di libertà delle forme⁴.

Le parti possono scegliere una determinata forma a fini probatori o come requisito di validità del contratto. Nell'ipotesi in cui non venga accertata una diversa volontà delle parti, la legge presume che la forma sia stata prevista *ad substantiam* (articolo 1352 cod. civ. "Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo")⁵. Non si tratta, però, di una presunzione nel senso tecnico del termine, ma di una regola di interpretazione oggettiva specifica, che prevale sulle regole generali⁶.

1 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 296 ss.

2 GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 143 ss.

3 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 296 ss.

4 GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 21.

5 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., p. 298.

6 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 298; già prima tra gli altri: GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., p. 52: «La norma stabilisce una presunzione interpretativa a favore dell'essenzialità della forma volontaria, quando sia stata pattuita per iscritto con un negozio preparatorio di quello definitivo oppure a mezzo di una convezione intervenuta all'inizio o durante le trattative, cioè precedente all'accordo contrattuale; *contra* SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (artt. 1321 - 1352)*, in *Comm. cod. civ., Scialoja - Branca*, Padova, 1970, p. 454: «(...) la norma controversa detta un criterio di valutazione o se si vuole integrativo, intorno al significato del patto scritto (...)»; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 238, l'Autore ritiene che non si tratti di un criterio di interpretazione oggettiva, perché altrimenti si potrebbe vincere la presunzione dimostrando

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'articolo 1352 cod. civ. si è prettamente focalizzato su due aspetti: le conseguenze della violazione del patto sulla forma (la norma parla di validità del contratto) e il connesso problema della revoca.

Sul primo argomento si sono sviluppate diverse tesi. Si è, innanzitutto, sostenuta la nullità del negozio giuridico, che non rivesta la forma stabilita nel patto. Questa posizione si basa sull'articolo 1418 cod. civ., che disciplina le cause di nullità del contratto. L'articolo 1418 cod. civ., sancendo la nullità per mancanza dei requisiti di cui all'articolo 1325 cod. civ., non distingue, infatti, a seconda che la forma sia legale oppure volontaria⁷.

Questa tesi è stata reputata eccessiva, preferendo optare verso una forma d'invalidità che non appartiene al tipo di nullità delineato dal legislatore. Infatti, può essere fatta valere solo dalla parte interessata, che può rinunziarvi e anche dare esecuzione al contratto⁸. Questo tipo di invalidità è stata definita come "nullità relativa"⁹.

Autorevole dottrina parla, invece, di inefficacia del contratto stipulato in violazione del patto di forma. Si muove dall'idea che la forma volontaria sia un requisito volontario del contratto, cioè un requisito che viene stabilito dalle parti per il loro contratto, e abbia la stessa rilevanza della condizione. Da ciò deriva che: «(...) *subordinare il contratto ad un determinato requisito volontario significa appunto subordinarlo ad un requisito di efficacia*»¹⁰. La violazione del patto di forma ha, quindi, come conseguenza l'inefficacia del contratto. Questa soluzione è conforme alla possibilità che le parti rinuncino alla forma volontaria e che il contratto originariamente inefficace recuperi la propria efficacia¹¹.

In ambito giurisprudenziale non si riscontra questa varietà di posizioni; si ritiene, infatti, che la violazione del patto di forma dia luogo a nullità del contratto rilevabile d'ufficio dal Giudice¹².

con qualsiasi mezzo, anche testimoniale una diversa intenzione delle parti.

7 MESSINEO, voce *Contratto (teoria gen. - dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 841 ss.

8 GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1968, 1002.

9 ROPPO, *Il contratto*, cit., 238.

10 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 299 ss.

11 BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 299 ss.

12 Cass., 13 gennaio 1988, n. 148, in *Impresa*, 1988, p. 1289; Cass., 9 febbraio 1980, n. 909, in *Foro it.*, 1981, I, c. 503; nel merito tra le altre: Trib. Brescia, 13 giugno 2011, sito *Il caso.it*, 2011; Trib. Pescara, 16 marzo 1995, *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 449, con nota di CUCCINIELLO; Trib. Treviso, 3 marzo 1994, in *Riv. dir. sport*, 1994, p. 683,

Per quanto riguarda, invece, la revoca del patto di forma si sono formati due diversi orientamenti giurisprudenziali. La tesi, che appare prevalente e che viene seguita anche di recente, sostiene la possibilità di revoca tacita del patto di forma mediante comportamenti incompatibili col suo mantenimento. L'argomentazione è la seguente: nel nostro ordinamento vige la libertà delle forme, per cui i contraenti sono liberi di eleggere una forma e poi di rinunciarvi. L'accertamento della configurabilità o meno di un comportamento di questo tipo è rimesso totalmente al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se sorretto da congrua e ragionevole motivazione¹³.

Un secondo orientamento ritiene, al contrario, che il patto di forma non possa essere revocato verbalmente o tacitamente dalle parti. Questa posizione si basa sull'idea che la revoca del patto sulla forma costituisce scioglimento per mutuo consenso del patto stesso. Lo scioglimento per mutuo del consenso di un contratto per il quale la legge preveda la forma scritta *ad substantiam* è soggetto alla stessa forma stabilita per la conclusione di questo¹⁴.

Sulla base di quanto detto, ai sensi dell'articolo 1352 cod. civ. qualsiasi accordo orale avente ad oggetto la modifica del contratto è invalido (o inefficace a seconda della tesi adottata); a meno che, optando per il primo indirizzo giurisprudenziale, il Giudice non ravvisi nel comportamento delle parti una revoca tacita del patto di forma.

Passiamo, quindi, ad esaminare concretamente la clausola modificata in forma orale. Si tratta della clausola z), che indica Sassari come foro esclusivo per tutte le controversie contrattuali.

La previsione contenuta nella clausola z) costituisce un accordo di deroga alla competenza territoriale, stabilita in base ai criteri di cui agli articoli 19 e 20 cod. proc. civ. L'articolo 19 stabilisce il foro generale delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute, che corrisponde al luogo dove la persona giuridica convenuta ha la sede oppure quello del luogo dove la persona giuridica convenuta ha uno stabilimento ed un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda. Si tratta di fori elettivamente competenti, nel senso che l'attore può scegliere liberamente l'uno o l'altro.

Accanto ai due fori generali vi sono due fori speciali facoltativi, previsti dal-

con nota di CARINGELLA.

13 Cass., 7 agosto 2013, n. 18757; Cass., 10 maggio 2013, n. 11124; Cass., 22 marzo 2012, n. 4541; Cass., 22 agosto 2003, n. 12344, in *Contratti*, 2004, p. 247; Cass., 5 ottobre 2000, n. 13277; Cass., 24 giugno 1997, n. 5639, in *Contratti*, 1997, p. 557; Cass., 22 gennaio 1988 n. 499; Cass., sez. Lavoro, 6 novembre 1982 n. 5839.

14 Cass., 24 giugno 2002, n. 9164, in *Contratti*, 2002, p. 991; Cass., 14 aprile 2000, n. 4861, in *Contratti*, 2000, p. 791, con nota di NATALE.

l'articolo 20 cod. proc. civ. per le cause relative a diritti di obbligazione: quello in cui l'obbligazione è sorta (*forum contractus*) e quello in cui l'obbligazione deve eseguirsi (*forum destinatae solutionis*). Poiché i due fori speciali sono facoltativi, l'attore può adire il foro generale oppure uno dei due fori speciali.

Secondo quanto previsto dall'articolo 29 cod. proc. civ. l'accordo di deroga per poter essere valido deve risultare da atto scritto¹⁵ e deve riferirsi ad uno o più affari determinati. Inoltre, l'accordo non attribuisce al giudice designato competenza esclusiva quando ciò non è espressamente stabilito. Bisogna, a tal proposito, evidenziare che la pattuizione di un foro come esclusivo elimina il concorso degli altri fori previsti dalla legge, che rimarranno inoperanti per tutte le controversie derivanti dal contratto¹⁶.

Ciò considerato, la clausola z) rispetta i requisiti indicati dalla legge e quindi l'accordo di deroga è valido. Successivamente, però, le parti, modificano oralmente la clausola, scegliendo come foro esclusivo Cagliari, che è il luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali. Le parti eleggono, quindi, il *forum destinatae solutionis*, escludendo gli altri fori concorrenti.

Anche se il Giudice ravvisasse nel caso in esame una revoca tacita del patto di forma, l'accordo di deroga resa in forma orale sarebbe comunque invalido in base all'articolo 29 cod. proc. civ. Di conseguenza, il foro competente in via esclusiva resta il foro di Sassari e non il foro di Cagliari.

Ad b)

Come si evince dal caso in esame, la banca garantisce l'adempimento del contratto di appalto da parte della società K. L'oggetto dell'obbligazione di garanzia non è una prestazione pecuniaria, ma una prestazione soggettivamente infungibile.

La garanzia prestata dalla banca potrebbe essere inquadrata nello schema della fideiussione d'indennità (*fideiussio indemnitatis*), che consiste per l'appunto nella fideiussione di una prestazione soggettivamente infungibile. Questa tipologia di fideiussione, che non trova un'apposita regolamentazione all'interno del codice civile, deve essere intesa come garanzia del risarcimento, nel senso che il garante assume la stessa eventuale obbligazione risarcitoria del debitore principale secondo lo schema negoziale della fideiussione¹⁷. Il pre-

15 La forma scritta è richiesta *ad substantiam* secondo la dottrina maggioritaria, v. per riferimenti: ASPRELLA, *Art. 29*, in *Comm-cod. proc. civ.*, a cura di Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, *I, Artt. 1-98 c.p.c.*, Torino, 2012, p. 415.

16 MANDRIOLI - CARRATA, *Corso di diritto processuale civile, I - Nozioni introduttive e disposizioni generali, editio minor*, 10[^] ed., Torino, 2012, p. 150 ss.

17 BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, 2[^] ed., Milano, 2012, 495.

supposto dell'obbligazione fideiussoria è l'inadempimento del debitore principale, che è oggetto di prova a carico del creditore¹⁸.

Le sue caratteristiche porterebbero a delle differenze rispetto alla fideiussione ordinaria. Innanzitutto verrebbe il rapporto di solidarietà passiva tra garante e debitore, dal momento che il garante non è tenuto all'adempimento, ma deve tenere indenne il creditore delle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'inadempimento¹⁹. Proprio per questo motivo, si è ritenuto che il garante non potrebbe sollevare nei confronti del creditore le eccezioni spettanti al debitore. Non sarebbero nemmeno applicabili, seconda questa posizione, le disposizioni di cui agli articoli 1953 (Rilievo del fideiussore) e 1955 (Liberazione del fideiussore per fatto del creditore) del codice civile²⁰.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 3947 del 2010²¹, appoggiando un orientamento recente (vedi pronunce Cass., 27 maggio 2002 n. 7712 e Cass. 30 gennaio 2008 n. 2377), hanno ravvisato nella *fideiussio indemnitis* un'ipotesi di garanzia atipica, estranea alla nozione stessa di fideiussione. Si tratta secondo la Suprema Corte di una garanzia estranea al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio, che hanno ad oggetto prestazioni infungibili e che sono caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo di solidarietà/accessorietà. Infatti, «(...) non potendo surrogare l'adempimento "specifico" di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, sic et simpliciter, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento». La *fideiussio indemnitis* non ha, quindi, la funzione di garantire in senso preventivo l'adempimento e assume di conseguenza una funzione definita "*reintegratoria*".

Questa impostazione è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina, che continua a ravvisare nella fideiussione d'indennità un negozio fideiussorio²², seppur caratterizzato da elementi di atipicità. Permane, infatti, anche nella fideiussione in esame «l'indubbio e persistente collegamento (o coordinamento) tra il rapporto principale garantito e il rapporto di garanzia»²³, ovvero

18 BIANCA, *Diritto civile*, 5, la responsabilità, cit., 496.

19 RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1992, p. 263.

20 RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, cit., p. 264.

21 In: *Foro it.*, 2010, I, p. 2799; *Contratti*, 2010, p. 440, con nota di LOBUONO; *Giur. it.*, 2010, p. 2033, con nota di ROCCHIO.

22 BIANCA, *Diritto civile*, 5, la responsabilità, cit., 496.

23 LAMORGESE, *Il Garantievertrag secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 1375; sulla stessa linea anche TARTAGLIA, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 504 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 9 maggio 1985, n. 2891, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 599.

il rapporto di accessorietà tra obbligazione di garanzia e obbligazione garantita. In particolare, la fideiussione manterrebbe il carattere accessorio, perché l'inadempimento del debitore principale è presupposto dell'obbligazione fideiussoria. Il fideiussore potrebbe sempre eccepire la mancanza dell'inadempimento o la minore entità del danno risarcibile²⁴.

Un ulteriore elemento che deve essere valutato è la clausola di pagamento "*a prima richiesta*". In base a questa clausola, il beneficiario ha il diritto di ottenere il pagamento da parte del garante per effetto della semplice richiesta, senza dover dimostrare l'inadempimento del garantito. Al contempo, la clausola implica rinuncia del fideiussore a sollevare le eccezioni relative al rapporto principale²⁵. In questo modo si intende, quindi, vincolare il garante a prescindere dalla validità ed esistenza dell'obbligazione garantita²⁶.

In giurisprudenza e in dottrina si è posto il problema se la clausola "*a prima richiesta*" caratterizzi unicamente il contratto autonomo di garanzia oppure possa essere inserita anche all'interno di un negozio fideiussorio. Il contratto autonomo di garanzia, che è un negozio atipico, si caratterizza per la mancanza del principio di accessorietà, che contraddistingue la fideiussione²⁷. Il garante autonomo si obbliga ad eseguire la prestazione del debitore a richiesta del creditore senza poter sollevare eccezioni in ordine al rapporto garantito²⁸.

Si riscontrano due diversi posizioni. Un primo orientamento (seguito anche dalle SS.UU. n. 3947 del 2010) afferma che l'inserimento della clausola all'interno di un contratto di garanzia dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso la configurazione di un contratto autonomo. Si tratta, infatti, di una previsione incompatibile con il carattere di accessorietà della fideiussione, salvo che vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto del contratto²⁹. Secondo la

24 STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 15.

25 STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 816 ss.

26 BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 526.

27 Sul principio di accessorietà che contraddistingue l'obbligazione fideiussoria v.: BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 488 ss. e FRAGALI, *Fideiussione, mandato di credito, Artt. 1936- 1959*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1968, p. 70 ss.

28 BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 524.

29 V. tra le altre: Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947, cit.; Cass., 17 giugno 2013, n. 15108, in *Urbanistica app.*, 2014, 1, con nota di NICODEMO; nel merito: Trib. Roma, 9 aprile 2009; App. Perugia, 3 aprile 2003, in *Rass. giur. umbra*, 2003, p. 14; Trib. Milano, 13 novembre 2003, in *Guida dir.*, 2004, p. 48. In dottrina per la validità di tali clausole, ma sulla loro incompatibilità rispetto alla fideiussione: BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 526.

tesi opposta (che è quella maggioritaria in dottrina³⁰) la clausola "a prima richiesta" non sarebbe sufficiente a distinguere tra garanzie autonome e garanzie accessorie; può, quindi, caratterizzare entrambe le garanzie. Ciò che deve essere valutato, ai fini della configurabilità di una garanzia autonoma oppure accessoria, è il rapporto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia, così come delineato dalle parti in sede negoziale³¹.

Si è affermato, in particolare che:

«In tema di fideiussione, la cosiddetta clausola "solve et repete" inserita nel contratto con formule del tipo "senza riserva alcuna" ovvero "dietro semplice richiesta", ove prevedente l'esclusione per il garante di poter opporre al creditore principale eccezioni che attengono alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, è pienamente valida e non è priva di efficacia ai sensi dell'art. 1462 cod. civ. in quanto costituisce manifestazione di autonomia contrattuale, non altera i connotati tipici della fideiussione e non comprende il divieto di sollevare eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia³²».

Secondo quest'ultimo orientamento, la differenza tra i due contratti di garanzia in cui sia prevista la clausola suddetta si ripercuote sull'azione di ripetizione nei confronti del beneficiario. Infatti, la giurisprudenza ha chiarito che in caso di garanzia accessoria l'esercizio dell'azione spetterà al fideiussore; nell'ipotesi di garanzia autonoma, invece, legittimato all'azione è il debitore³³.

Se si esamina il caso specifico, emerge che nel contratto di garanzia non è inserita la clausola a "a prima richiesta", ma che la banca si comporta come se tale clausola fosse esistente. Il garante, infatti, corrisponde la somma al beneficiario e poi esercita l'azione di ripetizione nei confronti del beneficiario. Secondo quanto delineato precedentemente, l'azione di ripetizione in caso di garanzia accessoria è esercitabile direttamente da parte del garante nei confronti del beneficiario. La banca si comporta, quindi, come se la garanzia stipulata a favore del committente fosse una garanzia accessoria.

Passiamo, dunque, ad analizzare le motivazioni portate dal garante in sede

30 Per tutti i riferimenti dottrinali v. STELLA, *Le garanzie del credito*, cit., p. 822.

31 Cass., 8 gennaio 2010, n. 84, in *Contratti*, 2010, p. 373; Cass., 3 marzo 2009, n. 5044; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661; Cass., 20 aprile 2004, n. 7502, in *Gius*, 2004, p. 3414; Cass., 7 gennaio 2004, n. 52, in *Contratti*, 2004, p. 915, con nota di PECORARO; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2742, in *Diritto giust.*, 2002, f. 18, p. 34, con nota di ROSSETTI; nel merito tra le altre: Trib. Savona, 12 giugno 2013, in *Contratti*, 2013, p. 795; Trib. Roma 30 marzo 2011; App. Napoli, 6 febbraio 2009.

32 Cass., 21 febbraio 2008, n. 4446; sulla stessa linea v. anche: Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1621.

33 Cass., 8 ottobre 1989, n. 4006, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 731, con nota di COSTANZA.

di ripetizione.

La prima riguarda le condizioni generali di contratto, in cui è inserita la clausola che obbliga K a fornire una garanzia per l'adempimento del contratto. Le condizioni generali, secondo la banca, non sarebbero state integrate all'interno del contratto. Vi è, infatti, un mero richiamo al sito internet della società I, in cui sono riportate tali condizioni.

In questa ipotesi, trattandosi di contratto concluso tra imprenditori, la disposizione di riferimento in materia di condizioni generali di contratto è l'articolo 1341 cod. civ. secondo il quale:

"Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria".

Posto che la conoscenza è equiparata dalla legge alla conoscibilità, si tratta di verificare se le condizioni generali, benché non integrate, ma solamente richiamate nel testo contrattuale, siano comunque efficaci. In questo caso, secondo autorevole dottrina, occorre verificare che gli strumenti di comunicazione adottati dal predisponente «*possono considerarsi idonei a raggiungere la sfera dei destinatari delle proposte contrattuali, imponendo ad essi (...) uno sforzo diligente non superiore a quello ordinario*³⁴». Gli aderenti hanno, quindi, l'onere di procurarsi la conoscenza delle condizioni generali di contratto impiegando la normale diligenza³⁵. Il mancato raggiungimento del livello di diligenza da parte dell'aderente determina l'efficacia delle condizioni generali di contratto non conosciute³⁶.

Nella fattispecie in esame, si potrebbe affermare che il committente ha posto l'appaltatore nelle condizioni di poter conoscere le condizioni generali di contratto con uno sforzo non superiore alla normale diligenza, tenendo conto che si tratta di una società e come tale avvezza alla pratica degli affari.

La banca sostiene, inoltre, di aver erogato la somma "a prima richiesta" solo

34 PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, a cura di E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, 2^a ed., Torino, 2006, p. 335 ss.

35 PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, cit., p. 336.

36 PATTI, *Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore*, cit., p. 336

per sbaglio. A mio parere "lo sbaglio" del garante non rilevarebbe come indebito oggettivo ex art. 2033 cod. civ. ("Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato"). Il garante, infatti, non contesta l'esistenza della prestazione di garanzia. Infatti, il pagamento della penale al momento della richiesta da parte del committente I era dovuto, perché si era già verificato il ritardo di K nell'esecuzione dei lavori.

Passiamo, infine, ad esaminare la clausola penale. Nell'ambito dei rapporti tra imprenditori, a differenza dei contratti dei consumatori, non vi è una presunzione di vessatorietà della clausola penale di importo manifestamente eccessivo (vedi art. 33, comma 2, lett. f), d.lgs., n. 205/2006, cd. Codice del Consumo). L'unico strumento per prevenire l'abuso di una parte a danno dell'altra è il potere di riduzione della penale da parte del Giudice, previsto dall'articolo 1384 cod. civ.³⁷ ("La penale può essere diminuita equamente dal giudice se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente oggettivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento"). L'obiettivo è quello di evitare che con la clausola penale venga imposto al debitore «*un carico risarcitorio manifestamente superiore al carico prevedibile*³⁸».

Ad c)

Al fine di individuare il diritto applicabile al contratto di garanzia, bisogna applicare i criteri individuati nel regolamento CE n. 293 del 2008 (cd Roma I) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che ha sostituito nei paesi dell'Unione Europea, la Convenzione di Roma del 19 giugno del 1980 (tale convenzione è richiamata dall'articolo 57 della legge n. 218 del 1995 di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato).

Nel caso in cui le parti non abbiano determinato convenzionalmente il diritto applicabile, l'articolo 4 del Regolamento stabilisce alcuni criteri specifici per tipologia contrattuale e individua quale criterio residuale al comma 2, la residenza abituale della parte che deve "eseguire la prestazione caratteristica del contratto".

Applicando il criterio al contratto di garanzia, la dottrina ritiene che la prestazione caratteristica sia quella del garante, che è l'unico obbligato. Di conseguenza sarà applicabile il diritto proprio del luogo in cui si trova la sede del garante e quindi il diritto danese³⁹.

37 BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 256.

38 BIANCA, *Diritto civile, 5, la responsabilità*, cit., p. 256.

39 Sul punto: MONTICELLI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Comm. cod. civ.*, di-

retto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, V, a cura di D. Valentino, Torino, 2011,
p. 236 ss.

CASO 2: DIRITTI DELLA PERSONALITÀ E INTERNET*

Sotto l'indirizzo www.netzwerk-vz.de, la Network-VZ srl (NVZ) gestisce una piattaforma online sulla quale i soci possono creare una pagina personale col proprio profilo individuale e con delle foto e sulla quale possono comunicare tra di loro, fare amicizie, costituire gruppi di interesse, ecc. L'uso della piattaforma è gratis per i soci e viene finanziato in modo tale che i dati personali dei soci (informazioni su hobby, lavoro, preferenze, stato di vita sociale, frequentazioni di altri siti web, ecc.) vengono raccolti e condensati in un profilo individuale di personalità e di interessi di ogni socio. Questi profili vengono venduti dalla NVZ a ditte interessate che usano i dati per mandare messaggi di pubblicità personalizzati ai soci via posta elettronica. Fa inoltre parte dell'offerta della NVZ sia una "sala di cinema virtuale", dove i soci si possono registrare per guardare dei film, per 5 euro ciascuno, dal loro PC a casa insieme ad altri soci, sia una "sala virtuale di giochi" da cui i soci possono, sempre contro pagamento, scaricare giochi di computer sul loro PC.

Il 17enne Martino è socio della NVZ da alcuni mesi e utilizza la piattaforma regolarmente. Durante questo periodo la NVZ ha già potuto creare un suo profilo individuale di personalità e di interessi, che è stato venduto a un gran numero di ditte a fini pubblicitari e da cui la NVZ ha ricavato un guadagno di 45 euro. Solo nel momento in cui vari servizi televisivi parlano dello spaccio lucrativo di dati intrapreso dalla NVZ, Martino si rende conto che i suoi dati personali vengono commercializzati. Arrabbiato, si rivolge alla NVZ e chiede: la restituzione del lucro ottenuto con la "commercializzazione non autorizzata della sua personalità" e la cancellazione immediata di tutti i suoi dati, di cui vorrebbe anche vietarne la trasmissione a terzi. La NVZ, nella sua risposta, rinvia alla seguente clausola di consenso contenuta nelle condizioni generali annesse – senza particolar rilievo – al contratto di adesione alla piattaforma: "Come socio della NVZ dichiaro il mio consenso a che tutti i dati personali raccolti durante l'uso della piattaforma possono essere usati dalla NVZ e/o da terzi a fini di marketing". Chi vuole diventare socio della NVZ deve, oltre all'indicazione del nome, dell'indirizzo di posta elettronica e di una password, consentire alle condizioni generali di contratto mediante una croce elettronica da fare con un click di mouse in uno spazio vuoto a fianco della frase: "Sì, ho letto le condizioni generali facenti parte del contratto e dichiaro il mio consenso a queste". Le condizioni generali si aprono attraverso un link e si possono anche salvare e stampare a scelta del socio aderente.

M considera il suo consenso invalido perché dato in modo troppo generale e troppo poco comprensibile; addirittura, come minorenne non avrebbe potuto dare un consenso valido. Inoltre, sarebbe stato nascosto tra le condizioni ge-

nerali di contratto, in modo che non se ne sarebbe reso conto (il che vero). Infine, sarebbe stato disposto alla sua trasmissione a terzi solo dietro un pagamento di una somma adeguata di almeno 50 euro.

M chiede alla NVZ anche la restituzione della somma di 30 euro, pagata per lo scarico di un gioco per computer dalla sala giochi virtuale. Quando i genitori sono venuti a conoscenza dello scarico (download) erano furibondi, perché fin dall'inizio avrebbero messo in chiaro che la paghetta non andava usata per "cose di computer". Il giorno dopo, però, la pretesa di M diventa obsoleta, in quanto il PC di M subisce un urto che causa la cancellazione e la perdita irreversibile del gioco per computer salvato sull'hard disk. La NVZ ritiene che proprio per questo motivo non sarebbe tenuta a rimborsare nulla a M.

Un'altra controversia tra M e la NVZ nasce per il cinema virtuale. In seguito ad un errore di programmazione da parte di quest'ultima, M era riuscito varie volte a creare un login gratis della sala virtuale del cinema e a guardare dei film. Dopo essersene resa conto, la NVZ chiede la somma di 25 euro per cinque visite nel cinema virtuale. M ribatte che non avrebbe mai guardato i film contro pagamento. I genitori di M non sono d'accordo neanche con le visite al cinema virtuale e rifiutano la loro autorizzazione.

Compito: In una perizia il candidato è tenuto ad esaminare le pretese esistenti tra M e la NVZ. La normativa specialistica sulla protezione dei dati non è da esaminare obbligatoriamente, ma può essere invocata a scelta del candidato. Infine, è da assumere che la somma di 50 euro chiesta da M costituisca una compensazione adeguata per la trasmissione di profili di dati personali a terzi.

SOLUZIONE

PETRA CACCAMO

La risoluzione del caso necessita la trattazione di varie e complesse questioni giuridiche, che giova analizzare volta per volta, seguendo l'ordine delle pretese esistenti tra M e la NVZ.

La prima di queste, ossia la richiesta avanzata da M avente ad oggetto la restituzione del lucro ottenuto dalla NVZ con la “commercializzazione non autorizzata della sua personalità”, sembrerebbe trovare fondamento in quell'orientamento dottrinale che ritiene porsi un problema di arricchimento mediante fatto ingiusto¹ in tutti quei casi in cui un soggetto utilizza risorse appartenenti ad un terzo traendone profitto, senza la sua autorizzazione e senza tuttavia cagionargli un danno. Avallando questa corrente dottrinale, sembrerebbe esperibile da Martino, o meglio dai suoi legali rappresentanti – i genitori – l'azione generale di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.,² finalizzata a fargli ottenere, appunto, l'arricchimento ottenuto dal gestore utilizzando i suoi dati. M potrà quindi chiedere le 45 euro che la NVZ ha guadagnato, e non le 50 euro che egli afferma avrebbe chiesto come corrispettivo se fosse stato messo a conoscenza dell'operazione di vendita dei suoi dati. L'obbligo restitutorio, infatti, per espressa previsione dell'art. 2041 c.c., non può mai superare il limite dell'arricchimento. Occorre rilevare, però, che la dottrina maggioritaria non

* Ringraziamo il collega Benedikt Buchner, professore presso l'Università di Brema, per averci messo a disposizione questo caso ideato da lui.

- 1 CARUSI, *Le obbligazioni derivanti dalla legge*, Napoli, 2004, pp. 91 ss. e 347; SIRENA, *Restituzione dell'arricchimento e risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 65 ss. In generale, sul tema dell'arricchimento mediante fatto ingiusto: SACCO, *L'arricchimento mediante fatto ingiusto*, Torino, 1958; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; GALLO, *L'arricchimento senza causa*, Padova, 1985 e ID., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 2008, p. 31 ss.; NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998; SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999; ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2000.
- 2 Ai sensi dell'art. 2041 c.c. – Azione generale di arricchimento –: “Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona, è tenuto, nei limiti dell'arricchimento a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda”.

considera assolutamente l'esperibilità dell'azione di arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. nel caso di trattamento illegittimo di dati personali. Probabilmente, questa noncuranza è dovuta al carattere residuale di tale *actio*, proponibile solo nell'eventualità in cui il danneggiato non ne abbia a disposizione un'altra per farsi indennizzare del pregiudizio subito.³ Il riferimento è, per il caso che ci riguarda, a quanto previsto all'art. 15 del Codice sulla privacy – d.lgs. n. 196/2003,⁴ ove è stabilito che “chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del c.c.”⁵ Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'art. 11”. Il legislatore prevede, perciò, a favore di colui che abbia subito un qualche pregiudizio per effetto del trattamento dei dati (solo) il rimedio risarcitorio. Come può notarsi dal rinvio operato all'art. 2050 c.c. (norma riguardante la responsabilità aquiliana nel compimento di un'attività pericolosa), presa in considerazione dal legislatore è l'ipotesi di un illecito extracontrattuale del gestore ai danni dell'utente e, in larga misura, l'ipotesi in cui il gestore sia chiamato a rispondere in via solidale con il responsabile diretto per illeciti realizzati attraverso il social network da parte di utenti o di non utenti a danno di terzi.⁶ Tale disciplina, perciò, non può applicarsi al caso in esame, ove l'illecito è contrattuale. La dottrina, infatti, ormai unanimemente, ritiene che nel momento in cui l'utente compila il format ed accetta tutte le clausole contrattuali che sono riportate sul sito si lega al gestore della piattaforma con un vincolo dalla chiara matrice contrattuale, cioè conclude con lo stesso un vero e proprio un accordo negoziale.⁷ Si parla di “contratto di socia-

3 L'art. 2042 c.c., rubricato “carattere sussidiario dell'azione” stabilisce che “l'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito”.

4 Il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, entrato in vigore il 1° gennaio 2004, ha introdotto nel nostro ordinamento il “Codice in materia di protezione dei dati personali” (e ha così abrogato la l. 31 dicembre 1996, n. 675, la prima legge organica sulla “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali”).

5 Ai sensi dell'art. 2050 c.c.: “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento del danno, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”.

6 ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *Aida*, 2011, p. 118.

7 Si ricordi che secondo l'opinione maggioritaria in tema di conclusione di contratti telematici a distanza (quale è il contratto di socializzazione in rete), il comportamento del gestore della piattaforma sarebbe qualificabile come “offerta al pubblico”, e perciò come “proposta”, e il click con cui l'utente accetta le clausole contrattuali varrebbe, appunto, come “accettazione”.

lizzazione in rete” o “contratto di social network”,⁸ inquadrabile, sulla base dei primi tentativi di classificazione, per alcuni, nel contratto di somministrazione,⁹ per altri, nell’appalto di servizi¹⁰ – seppur, in entrambi i casi, con profili di atipicità del tutto peculiari¹¹ – e, in ogni caso, tra i contratti onerosi. Sebbene

8 In generale, sul contratto di socializzazione in rete: CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, Aida, 2011, p. 93; CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, *ivi*, p. 167; SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, *ivi*, p. 39 ; ASTONE, *cit.*, p. 102; CARTELLA, *Contratti tra social network e fornitori di contenuti che ne consentono l’uso sul social network*, *ivi*, p. 342; RICOLFI, *Le utilizzazioni libere dell’IP (anche dei marchi) nei social network*, *ivi*, p. 295; GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell’Unione europea*, *ivi*, p. 125; BELTRAMI, *Le attività dei soggetti del social network come impresa*, *ivi*, p. 57.

9 CERRATO, *cit.*, p. 170.

10 CATERINA, *cit.*, p. 96.

11 CERRATO, *cit.*, p. 181; CATERINA, *cit.*, p. 96; ASTONE, *cit.*, p. 108. Quest’ultimo ritiene che il contratto che si instaura tra gestore ed utente è difficilmente classificabile nelle categorie tradizionali. Non sarebbe, infatti, un contratto sinallagmatico, non solo in ragione dell’assenza di un obbligo di pagamento da parte dell’utente, ma anche per l’assenza di obblighi di prestazione da parte del gestore (l’A., nel parlare di un rapporto obbligatorio privo di obbligazioni principali e caratterizzato solo da obbligazioni di protezione, sembra far riferimento alla categoria dell’obbligazione senza prestazione, formula problematica con cui si allude ai casi in cui si instaura un rapporto che può definirsi “contrattuale” nel quale, tuttavia, manca un’obbligazione principale. A favore della configurabilità della categoria, v. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 55; *contra*, DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 52 ss.). Non è, poi, un contratto liberale, nonostante il carattere della gratuità, cioè non è caratterizzato dall’intento di arricchire l’altra parte prestando gratuitamente il servizio. I gestori sono, infatti, società commerciali e, come tali, tendono alla realizzazione di un profitto. Non è poi un contratto associativo: se il modello associativo potrebbe forse riuscire di una certa suggestione nella descrizione del rapporto “orizzontale” che lega gli utenti in comunicazione tra loro, difficilmente può spiegare quello “verticale” tra utente e gestore. Si assiste, pertanto, a un contratto che non ha né causa di scambio, né causa di liberalità, né causa associativa. L’A., però, sottolinea come la finalità (e la causa) del contratto di social network sia quella di consentire il contatto e l’interazione tra la moltitudine di soggetti che stipulano il contratto bilaterale. Da questo punto di vista, l’A. lo assimila ai “contratti di rete”, configurati in tempi recenti per descrivere tutti quei contratti bilaterali idonei ad assumere un significato pratico apprezzabile, e quindi una precisa rilevanza giuridica, solo qualora si trovino inseriti nel contesto di altre relazioni bilaterali della medesima natura (es. franchising e general contracting). *Contra* CERRATO, *cit.*, p. 182, il quale sostiene che il riferimento a questa categoria non può sottendere all’obiettivo di ricondurre la fattispecie qui in esame alla figura

questa tipologia di contratti non preveda, solitamente, il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti, è assodato che i dati personali degli utenti ricavabili dai contenuti forniti dagli stessi, sia all'atto dell'iscrizione che successivamente, vengono utilizzati dal titolare della piattaforma per affinare le prestazioni pubblicitarie all'interno del network, rivelandosi così idonei a soddisfare interessi economici e commerciali.¹² Poiché dunque tra l'utente Martino ed il gestore NVZ vi è un vincolo contrattuale, è all'interno dello stesso che va analizzata la responsabilità del secondo. Ad ogni modo, l'analisi della *ratio* che ha mosso il legislatore nel decidere di applicare al responsabile del trattamento la disciplina di cui all'art. 2050 c.c. è utile al fine della risoluzione del caso in esame. I beni-interessi coinvolti nel trattamento dei dati sono quelli elencati all'art. 2 del Codice,¹³ ove è stabilito che il trattamento dei dati deve svolgersi “nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali”. Si tratta, cioè, di diritti fondamentali dell'interessato. L'attività di trattamento dei dati è, perciò, peri-

recentemente tipizzata dall'art. 3, commi 4 *ter*- 4 *quinquies*, l. 9 aprile 2009, n. 33. Invero, questa tipologia negoziale si caratterizza per essere uno strumento di regolamentazione della interdipendenza fra soggetti indipendenti (in particolare, singoli imprenditori), vale a dire un contratto che lega direttamente coloro che vogliono fare “sistema”, cioè gestire in modo coordinato determinate fasi delle rispettive attività (basti sul punto leggere l'incipit del comma 4 *ter*, che funge da nozione: “Con il contratto di rete più imprenditori...si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e ambiti predeterminati...ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni...ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività). Basta ciò a segnalare lo iato esistente tra il “contratto di rete” e quello di accesso al social network che è – e rimane – un contratto bilaterale.

- 12 SARTOR, *cit.*, p. 42; RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. informatica*, 2010, p. 862; CATERINA, *cit.*, p. 96; BELTRAMI, *ibidem*. Sottolineano il significativo ruolo dei dati personali nelle dinamiche di mercato: OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.* 2002, p. 157 ss.; ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità sulla tutela dei dati personali*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 466 ss. Anche il Garante della privacy fa riferimento al fenomeno relativo all'utilizzo da parte del gestore dei dati inseriti dall'utente nel proprio profilo nella Comunicazione del 26 novembre 2009, Social Network: attenzione agli effetti collaterali, ove si legge: “(l)e aziende che gestiscono i social network generalmente si finanziano vendendo pubblicità mirate. Il valore di queste imprese è strettamente legato anche alla loro capacità di analizzare in dettaglio il profilo, le abitudini e gli interessi degli utenti, per poi rivendere le informazioni a chi ne ha bisogno”.
- 13 SCALISI, *Il diritto alla riservatezza: il diritto all'immagine, al diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto nelle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Milano, 2002, pp. 554-555.

colosa¹⁴ *ex se*¹⁵ proprio perché coinvolge, e rischia di ledere, diritti fondamentali della persona, costituzionalmente tutelati. Il che giustifica anche la previsione di un regime di responsabilità oggettivo⁽¹⁶⁾ per il gestore (che prescinde dal criterio di imputazione tradizionale di cui all'art. 2043 c.c.,⁽¹⁷⁾ riferito all'elemento soggettivo del dolo o della colpa, ma si basa su una presunzione di responsabilità a suo carico, per cui il soggetto interessato dal trattamento non deve provare nulla, se non il trattamento).⁽¹⁸⁾ Emerso così il punto di vista del

14 I pericoli in cui può incorrere l'interessato per effetto del trattamento delle sue informazioni personali sono molteplici: dalla schedatura in archivi a fini di proliferazione commerciale, alla possibilità di registrazione di dati inesatti o non veritieri, nonché di diffusione di particolari categorie di informazioni; minacce che assumono una veste ancora più preoccupante se si considerano poi i possibili danni derivanti dalla circolazione, dalla vendita o dall'utilizzazione dolosa di tali informazioni (ACCIAI, MELCHIONNA, *Le regole generali per il trattamento dei dati personali*, in ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali: la disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Rimini, 2004, p. 83). Ad ogni modo, in dottrina ci si è da tempo interrogati sul significato del rinvio operato dall'art. 15 del Codice (così come dal previgente art. 18 della l. 675/96) all'art. 2050 c.c. e sulla natura pericolosa dell'attività di trattamento (per una panoramica dei diversi orientamenti dottrinali in materia si rinvia a BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento*, in MONDUCCI, SARTOR, *Il codice in materia di protezione dei dati personali. Commentario sistematico al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Padova, 2004, pp. 61-75). Due appaiono le alternative interpretative percorribili (così ZIVIZ, *Trattamento dei dati personali e responsabilità civile: il regime previsto dalla legge 675/96*, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, p. 1228): o considerare il rinvio alla stregua di una qualificazione in termini di pericolosità dell'attività di trattamento dei dati, in vista dell'applicazione alla stessa del relativo regime speciale di responsabilità; o interpretarlo quale semplice rinvio alla prova liberatoria prevista in materia di attività pericolose. Il che vuol dire che il trattamento dei dati non sarebbe qualificabile come attività pericolosa e il significato della norma sarebbe quello di porre a carico del soggetto che effettua tale attività ogni pregiudizio dal trattamento stesso provocato, salva la dimostrazione della prova liberatoria.

15 BRAVO, *Le condizioni di liceità del trattamento*, cit., p. 65.

16 Poiché l'art. 2050 c.c. prevede che colui che ha cagionato il danno nel compimento di un'attività pericolosa possa esimersi dalla responsabilità (extracontrattuale) posta presuntivamente a suo carico provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno stesso, più che di responsabilità oggettiva, pare corretto parlare al riguardo di responsabilità semi-oggettiva o para-soggettiva. Difatti, la colpa, pur non rilevando come criterio di imputazione della responsabilità, rileva, come non-colpa, al fine di escluderla.

17 L'art. 2043 c.c., rubricato "risarcimento per fatto illecito" afferma che "qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

18 E' il responsabile del trattamento a dover superare la presunzione di responsabilità

legislatore in materia di dati personali e di loro trattamento, di un più pregnante significato si riempiono, quando hanno a che fare con questi, i doveri di buona fede (oggettiva), correttezza e diligenza cui son tenute generalmente le parti contrattuali (*ex artt. 1175, 1375 ed ex art. 1176 c.c.*), soprattutto se poi, come nel caso in esame, il soggetto interessato dal trattamento è pure minorenne. Come avremo modo di vedere, son questi gli obblighi inadempiti dalla NVZ, il che legittimerebbe M a citarla in giudizio al fine di ottenere, avendone interesse, *ex art. 1218 c.c.*¹⁹ il risarcimento del danno, patrimoniale e non (quest'ultimo coerentemente con l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., nella considerazione che – come accennato – il trattamento dei dati, se illegittimo, lede diritti fondamentali della persona, quali la dignità, la riservatezza e l'identità personale, tutelati agli artt. 2 e 3 cost.).²⁰

posta a suo carico provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, ossia la sua non colpa. E' perciò necessario dimostrare di aver predisposto ogni accorgimento tale da escludere il nesso eziologico tra l'attività pericolosa di trattamento dei dati e l'evento, per il quale non sembrerebbe bastare la prova di aver fornito una preventiva informativa all'interessato o di aver acquistato legittimamente il suo consenso (così BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 352), ma sembrerebbe necessitare la prova del fatto lesivo come caso fortuito quanto imprevedibile (così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, pp. 704 e ss).

19 Come prevede l'art. 1218 c.c. “il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”.

20 La disposizione del c.c. italiano che si riferisce espressamente al danno non patrimoniale è l'art. 2059 c.c., che prevede che “il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge”. Questa norma, però, è collocata nel titolo relativo ai fatti illeciti e quindi la sua applicazione naturale attiene all'ambito extracontrattuale. Per questo motivo, e perché manca una disposizione di analogo contenuto che si riferisca espressamente al campo contrattuale, la maggior parte della giurisprudenza di legittimità e la dottrina propendevano per la tesi della non risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni. Per il caso in cui oltre all'inadempimento fosse configurabile la lesione del principio del *neminem laedere*, la giurisprudenza aveva elaborato l'escamotage del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale. Con la sentenza delle SS.UU. dell'11 novembre 2008, n. 26972, viene affermata la risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. Il principio generale che tale storica pronuncia esprime può essere così sintetizzato: “la risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene al livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente

Nell'esercizio del diritto di opposizione al trattamento dei dati che il Codice sulla privacy dispone a favore dell'interessato all'art. 7, comma 4, lett. a),²¹ M può chiedere alla NVZ di cancellare i suoi dati e di non trasmetterli a terzi, ai sensi, rispettivamente, dell'art. 7, comma 3, lett. b)²² e dell'art. 11, comma 2,²³ del Codice. Deve notarsi che le domande avanzate da M corrispondono alle accezioni con cui la dottrina intende oggi il c.d. diritto all'oblio:²⁴ non solo li-

presidiato dalla minima tutela riarcitoria" (Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, con le coeve nn. 26973, 26974, 26975, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 38, con note di MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; *ivi*, p. 56; NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, *ivi*, p. 63; POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, *ivi*, p. 76; ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*, *ivi*, p. 94; CHINDEMI, *Una nevicata su un campo di grano*, *ivi*, p. 219; SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite*, *ivi*, p. 261; CITARELLA, *Danno non patrimoniale e contratto*, *ivi*, p. 434.

- 21 L'art. 7, comma 4, del D.Lgs. 196/2003 afferma che l'interessato ha diritto di opporsi "per motivi legittimi al trattamento dei dati che lo riguardano". Nonostante in riferimento ai poteri di controllo dell'interessato il Codice sulla privacy preveda espressamente solo l'opposizione per motivi legittimi, una parte della dottrina (quella che ritiene che il consenso al trattamento dei dati non abbia natura negoziale, tesi che analizzeremo più avanti) ritiene esistente anche la revoca, in base: per alcuni, alla natura giuridica del consenso e alla sua riconducibilità alla disponibilità dell'avente diritto; per altri, alla funzione del consenso, che è quella di consentire al soggetto interessato di esprimere la propria personalità individuale. Il consenso avrebbe quindi non solo la funzione di prefigurare la fase dell'an, ma anche il quomodo di esso, consentendo, così, il controllo sulle modalità di circolazione, fino a determinare un nuovo intervento sull'an, che si intende come revoca dell'autorizzazione in precedenza conferita (in tal senso RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione di dati personali*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 2000, pp. 309 ss.). Contra, VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. critica del dir. priv.*, 1999, p. 166, il quale sostiene che il richiamo operato dall'art. 7, comma 4, del Codice ai "motivi legittimi" come limite all'esercizio del potere di disposizione osti al riconoscimento del rimedio della revoca, per il cui esercizio basterebbe, invece, la sola giusta causa.
- 22 L'art. 7, comma 3, lett. b) del D.Lgs. 196/2003 prevede il diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento "la cancellazione, la trasformazione in forma anonima o il blocco dei dati trattati in violazione di legge delle sue informazioni personali".
- 23 L'art. 11, comma 2, del D.Lgs. 196/2003 stabilisce che "i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati".
- 24 Sul tema del diritto all'oblio, in generale: RODOTA', *Tecnopolitica. La democrazia e le tecnologie dell'informazione*, Roma-Bari, 1997; FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990; LOSURDO, *Diritto*

bertà negativa di essere dimenticato, che si concreta, nel caso di specie, nella richiesta di cancellare i dati, ma anche libertà positiva di controllare il flusso e la circolazione dei propri dati personali e, perciò, anche vietarne la trasmissione a terzi. Sebbene la prima accezione venga considerata riconducibile all'originaria espressione del diritto alla riservatezza (o alla privacy) e la seconda alla sua evoluzione nel diritto di protezione dei dati personali,²⁵ entram-

all'oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante, in *Danno e resp.*, 1998; GABRIELLI, *Il diritto all'oblio: atti del Convegno di studi del 17 maggio 1997*, Napoli, 1999; MEZZANOTTE, *Diritto all'oblio vs. diritto alla memoria: il moderno sviluppo della privacy*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2002; PALMIERI, *Quando il volantino offende, ma fa notizia: la fonte delle informazioni quale oggetto del diritto di cronaca* (Nota a Cass. sez. pen. V 20 settembre 2001) in *Danno e resp.*, 2002; ROSSATO, *Diritto alla riservatezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1999; CASSANO, *Il diritto all'oblio esiste: è diritto alla riservatezza* (Nota a Trib. Roma 20 novembre 1996), in *Dir. d'aut.*, 1997.

- 25 Pur non essendo espressamente conosciuto dalla Costituzione, il diritto alla riservatezza figura come diritto della personalità, elaborato dalla dottrina e giurisprudenza in base a specifici referenti costituzionali (art. 2 e 3, comma 2, Cost.) ed alla tutela della persona come principio fondamentale del sistema costituzionale. L'esigenza di tutela della sfera privata della persona si è tradotta in diverse situazioni giuridiche soggettive: il diritto al rispetto della propria vita privata, il diritto all'intimità personale, il diritto ad essere lasciati soli. Di là dalle diverse espressioni tecnico-giuridiche utilizzate, che possono sintetizzarsi nel concetto di riservatezza, il dato comune di tali diritti è che la violazione della sfera intima della persona aumenta con il progresso tecnologico degli strumenti di informazione. Il concetto di privacy, cioè, è in costante e continua evoluzione. Di tale processo evolutivo ne sono stati anche ravvisati dei paradossi: si è passati dalla privacy come diritto ad essere lasciati soli alla privacy come diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni, dato che il progresso tecnologico da un lato aumenta gli attacchi alla sfera privata e dall'altro ne amplia i contenuti a causa dell'isolamento dell'individuo, così RODOTA', *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1955, p. 101 ss. (che individua anche quattro tendenze: 1) passaggio dal diritto d'essere lasciato solo al diritto a mantenere il controllo sulle informazioni; 2) dalla privacy al diritto all'autodeterminazione informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo). Il diritto alla protezione dei dati personali (non contemplato dalla l. 675/96) è stato introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 1 del Codice sulla privacy, che dispone: "chiunque ha il diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano". Tale articolo riproduce l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto alla protezione dei dati personali distinguendolo dal tradizionale rispetto della vita privata e familiare (art. 7). Si noti, infatti, che nel primo caso la tutela della privacy è dinamica e positiva, mentre nel secondo caso è statica e negativa, in quanto si limita a escludere le interferenze altrui, così RODOTA', *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 1 ss.. Come è stato autorevolmente osservato, il diritto alla protezione dei dati personali porta ad una nuova concezione della persona, alla

be sono reputate espressione di quella che è considerata la “nuova forma di libertà personale dell’età tecnologica”: la c.d. “libertà informatica”,²⁶ vero e proprio diritto soggettivo parte integrante della libertà personale garantita dalla Costituzione, che consiste non solo nel diritto di permettere l’utilizzo di determinate informazioni personali e nel diritto di non renderle di dominio pubblico, ma anche nel diritto di controllare i dati.

Il consenso al trattamento dei dati prestato da M risulta invalido sotto diversi profili: 1) mancanza dei presupposti di validità del consenso; 2) mancanza della capacità negoziale di M; 3) mancanza della volontà negoziale di M.

Come stabilito all’art. 23, comma 3, del Codice sulla privacy “il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, se è documentato per iscritto, e se sono state rese all’interessato le informazioni di cui all’art. 13”. Affinchè il consenso possa considerarsi validamente prestato occorre, quindi, che: 1- sia espresso liberamente; 2- sia prestato in forma specifica; 3 - sia documentato per iscritto; 4 - siano state fornite le informazioni di cui all’art. 13. Nel caso di specie mancano i presupposti di cui ai punti: 1-, 2- e 4-. Abbiamo visto che il gestore della piattaforma subordina la conclusione del contratto al consenso dell’utente al trattamento dei suoi dati personali. Come ha avuto modo di precisare il Garante per la protezione dei dati personali, però, il consenso può essere ritenuto libero solo se si presenta come manifestazione del diritto all’autodeterminazione informativa,²⁷ e dunque al riparo da qualsiasi pressione

cui proiezione nel mondo corrisponde il diritto di non perdere mai il potere di mantenere il pieno controllo sul proprio corpo elettronico, distribuito in molteplici banche dati e nei luoghi più diversi. La costruzione di un *habeas data* prende le mosse proprio dal diritto di ciascuno di controllare l’uso che altri facciano delle informazioni che lo riguardano, così RODOTA’, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in BOVERO (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, p. 52.

26 FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 3, 2003, p. 487 ss.

27 La formulazione “diritto all’autodeterminazione informativa” è stata adottata per la prima volta dalla Corte Costituzionale tedesca nella celebre sentenza del 13 gennaio 1981 e poi variamente ripresa dalla dottrina e giurisprudenza. Al lato negativo di tale diritto, ossia il diritto a non condividere i propri dati o comunque a limitare l’accesso e l’uso da parte di terzi, si aggiunge il lato positivo, cioè il diritto di ciascuno a condividere i propri dati con le persone di propria scelta, nelle forme e con la diffusione che egli desidera (così, SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, cit., p. 43). Il diritto all’autodeterminazione informativa dell’interessato si basa proprio sulla concezione del consenso al trattamento dei dati personali. Il consenso si pone come un potere di controllo e di regolamentazione dei circuiti informativi e si esplica soprattutto mediante operazioni di carattere transattivo. Ciò significa che tra il

che comporterebbe una modificazione del processo decisionale del soggetto nella scelta relativa all'abbandono della propria identità riservata.²⁸ E' evidente che la minacciata mancata conclusione del contratto, in assenza del consenso al trattamento, rientra tra le varie pressioni che, derivanti da una posizione di debolezza, anche informativa, dell'interessato, lo costringono a cedere il dato pur di ottenere in cambio un bene o un servizio.²⁹ Il consenso al trattamento prestato da M non è, perciò, libero. Inoltre, sia dalla formulazione della clausola di assenso sia dalla collocazione ad essa data tra le condizioni generali di contratto, si evince che non è neppure specifico. L'autorizzazione risulterebbe solo dalla croce elettronica posta da M a fianco della frase: "Sì, ho letto le condizioni generali di contratto e dichiaro il mio consenso a queste",³⁰ in quanto è tra queste che è posta la clausola "Come socio di NVZ dichiaro il mio consenso a che tutti i dati personali raccolti durante l'uso della piattaforma possono essere usati dalla NVZ e/o da terzi a fini di marketing". E' evidente che un'autorizzazione di tal fatta non può considerarsi assolutamente un assenso specifico in riferimento al trattamento dei dati personali, ma solo un generico assenso alle condizioni generali di contratto. Uno spazio bianco dove apporre la croce elettronica sarebbe dovuto essere, in sostanza, previsto anche accanto alla clausola di consenso al trattamento, in modo da consentire all'utente di esprimere la sua volontà proprio su quello specifico aspetto del rapporto; il che vuol dire, tra l'altro, che ad M sarebbe dovuta essere data anche la possibilità di non apporre quella croce, cioè di non dare il consenso al trattamento. La clausola già composta nella sua accezione positiva: "Sì, ho letto ... ed accetto", infatti, proprio perchè preformulata, non permette la sua non accettazione. La NVZ, poi, avrebbe dovuto mettere M nelle condizioni di poter accettare le

soggetto che consente la raccolta e la diffusione dei dati e il soggetto che li tratta si instaura "un rapporto in base al quale la prestazione del consenso rappresenta, da una parte, l'unica condizione per l'accesso all'utilizzazione dei dati personali e, dall'altra, ottiene come risultato il potere di conformare e quindi controllare la circolazione degli stessi, in modo da determinare l'ammissibilità ed i limiti dell'intervento" (così VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 161).

28 Provvedimento del 28 maggio 1997.

29 PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 460-461.

30 Il fatto che le condizioni generali predisposte dalla NVZ non siano riportate nel testo del contratto ma siano leggibili solo attraverso un link, non comporta problemi in merito alla loro efficacia nei confronti di M. Al momento della stipulazione del negozio, infatti, le clausole risultano comunque conoscibili da M con l'uso dell'ordinaria diligenza (cioè aprendo il link) e questo requisito è considerato dall'art. 1341 c.c. sufficiente ai fini dell'efficacia delle clausole contrattuali predisposte da uno solo dei contraenti.

condizioni generali di contratto senza dovere necessariamente e conseguenzialmente accettare il trattamento, perché solo così l'eventuale autorizzazione al trattamento sarebbe stata specifica (oltre che libera). Va infine rilevata l'assenza dell'informativa così come prevista all'art. 13 del Codice sulla privacy: ossia sulle finalità e modalità del trattamento, sulla natura obbligatoria o facoltativa del conferimento dei dati, sulle conseguenze di un eventuale rifiuto di rispondere e (soprattutto) sui diritti stabiliti a favore dell'interessato dall'art. 7 del Codice stesso. Chiaramente, non essendo informato, il consenso di M non è effettivo, in quanto dipende dall'informazione che si è previamente ottenuta la scelta relativa all'*an* della circolazione di dati.³¹

Più complicata è l'analisi della *quaestio* della capacità del soggetto che presta il consenso al trattamento dei suoi dati, sia perché la legislazione italiana specialistica non dice nulla al riguardo,³² per cui occorre far riferimento ai generali principi civilistici in materia di capacità dei soggetti, sia perché è strettamente connessa ad altra questione, altrettanto dibattuta, avente ad oggetto la natura giuridica del consenso stesso. Partendo da quest'ultima, parte della dottrina ritiene che il procedimento centrato sul consenso dell'interessato risponde ad una strategia di distribuzione dei beni, per cui alla manifestazione del consenso segue una vicenda traslativa, costitutiva di una posizione giuridica soggettiva in favore del percettore dei dati.³³ Il consenso avrebbe perciò natura di atto negoziale.³⁴ Se così fosse, il consenso non potrebbe essere validamente

31 FICI-PELLECCHIA, *Il consenso al trattamento*, in PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, Milano, 2003, pp. 511 e ss.

32 L'art. 23 del Codice sulla privacy non fa alcun riferimento alla capacità del soggetto che presta il consenso.

33 SPOTO, *I diritti dei consumatori*, in Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, p. 408; CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in Cuffaro, Ricciuto, *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, p. 216; ZENO ZENCOVICH, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" prima della decisione del Garante*, in *Corr. Giur.*, 1997, pp. 917-919.

34 Inevitabilmente legato al tema della natura giuridica del consenso è anche il problema della natura giuridica dei dati personali e, in particolare, della possibilità di qualificare tali informazioni come "beni" in senso giuridico. "I dati personali – in quanto suscettibili, come tali, di formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.) – sono cedibili, trasferibili, scambiabili, e, normalmente, danno vita a rapporti che al livello più generale possono qualificarsi come negoziali (in quanto vi è un atto di volontaria disposizione da parte del soggetto), ad un livello medio si qualificano come obbligatori (in quanto fanno sorgere in capo ad un soggetto pbblighi giuridici di contenuto patrimoniale) e al livello più alto si qualificano come contrattuali (in quanto la cessione del dato fa sorgere obblighi giuridici in capo a tutte le parti del rapporto)", così ZENO ZENCOVICH, in Cuffaro, Ricciuto, Zeno Zencovich, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, p. 167, 1998.

prestato dal minore, o meglio se da questo posto in essere potrebbe essere annullato *ex art.* 1425.1 c.c.³⁵ Ciò in quanto nel nostro ordinamento, in virtù della previsione di cui all'art. 2 c.c.,³⁶ il minore d'età è considerato soggetto (legalmente) incapace di agire,³⁷ cioè inidoneo al compimento e alla ricezione di attività giuridica riguardante la propria sfera di interessi,³⁸ e quindi anche inidoneo al diretto compimento di atti negoziali³⁹ (che potranno essere compiuti dai rappresentanti legali, normalmente i genitori). Va poi considerato che l'autorizzazione al trattamento non può trovare collocazione nemmeno in quello spazio di autonomia negoziale che la dottrina da sempre riconosce al minore,⁴⁰ in riferimento ai cc.dd. "atti minuti della vita quotidiana".⁴¹ Mancherebbe

35 Ai sensi dell'art. 1425.1 c.c. "Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare". L'atto posto in essere dal minore non è, perciò, invalido, ma semplicemente annullabile, cioè valido a meno che e fin tanto che il giudice non provveda ad annullarlo (con sentenza costitutiva) a seguito della sua impugnazione da parte di uno dei soggetti dotati di legittimazione attiva *ex art.* 322 c.c. (ossia il minore stesso, divenuto maggiorenne, i genitori esercenti la potestà, i suoi eredi o aventi causa). Chiaramente, il giudice lo annullerà solo se lo riterrà pregiudizievole per la sfera personale o patrimoniale del minore stesso. L'annullabilità si mostra così essere lo strumento con cui il legislatore riesce a raggiungere due obiettivi in apparenza contrastanti: proteggere il minore e riconoscergli uno spazio di autonomia negoziale.

36 Ai sensi dell'art. 2 c.c. "La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa".

37 RESCIGNO, voce "Capacità di agire", in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 861 e ID., voce "Capacità di agire", in *Dig. civ.*, II, Torino 1988, p. 209; BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica. I soggetti*. Milano, 2002, p. 231 e ss.

38 Nel nostro ordinamento l'incapacità di agire non rileva per gli atti che incidono esclusivamente sulla sfera giuridica di terzi.

39 La capacità d'agire si specifica: nella capacità negoziale, ossia l'idoneità del soggetto alla diretta esplicazione della sua autonomia privata, e cioè al compimento e alla ricezione degli atti giuridici; nella capacità extraneoziale, ossia l'idoneità del soggetto al compimento e alla ricezione degli atti giuridici in senso stretto; nella capacità di stare in giudizio.

40 La capacità del minore viene generalmente letta alla luce di una *fictionis iuris*: il minore agisce come rappresentante dei propri rappresentanti legali, normalmente i genitori. Come si comprende da poche precisazioni: il minore ben può essere rappresentante volontario, perché, *ex art.* 1389 c.c., è sufficiente che il rappresentante abbia una capacità di fatto adeguata alla natura ed al contenuto del contratto, mentre è il rappresentato che deve possedere la capacità legale d'agire; la procura può essere conferita tacitamente; da un comportamento concludente può risultare anche la *contemplatio domini*.

41 Nel concetto di "atti minuti della vita quotidiana" si ricomprendono tutti quei contrat-

in essa proprio la minutezza, cioè l'assenza del rischio di un rilevante pregiudizio per l'incapace. La scelta relativa al trattamento dei dati coinvolge non solo aspetti economici ma soprattutto riflessi non patrimoniali della personalità del minore, in particolare i diritti alla riservatezza e all'identità personale (come si evince dall'art. 2 del Codice della privacy).⁴² Ecco perchè, nel caso di specie, non può trovare fondamento nemmeno quella teoria che considera i fanciulli, soprattutto i cc.dd. *grands enfants*,⁴³ dotati di una limitata capacità negoziale – nota come capacità di discernimento⁴⁴ – e perciò capaci di una va-

ti (come l'acquisto di un biglietto dell'autobus, di un giornale, di generi alimentari, ecc.), caratterizzati da una (oggettiva) modesta entità. Va notato, comunque, che questa dizione alcune volte si trova privata dell'attributo "minuti", in altri casi addirittura sostituita con quella "atti non pregiudizievoli" e ciò, per lo più, senza che il fondamento di queste scelte sia esplicito. Si comprende come, rimanendo ai due esempi posti, i confini della misura mutano in modo rilevante: nel primo caso, risultano più ampi perché privati del requisito della minutezza e, nel secondo caso, ristretti perché non comprensivi degli atti che, sia pure minuti e quotidiani, potrebbero risultare in qualche modo pregiudizievoli.

42 THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, in *Studium Iuris*, 5/2012, p. 533.

43 La dottrina minorile ricorre spesso all'espressione "grande minore" o "giovane adulto" per indicare l'infrescicenne dotato di capacità di discernimento. In nessuna norma civilistica, va ravvisato, vengono usate tali espressioni. Ad ogni modo, GIARDINA, ne *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim.*, 1977, p. 1388, faceva risalire addirittura alla riforma del diritto di famiglia del 1975 (l.n.151/75) la scelta del legislatore di distinguere i *grand enfants* dagli altri minori, in considerazione "della loro maturità di sviluppo e della raggiunta autonomia dei figli, prescindendo dalla capacità legale di agire per seguire invece il criterio della effettiva evoluzione della personalità dell'individuo".

44 L'orientamento dottrinale favorevole ad una partecipazione diretta del minore alle vicende personali che lo riguardano, senza l'interposizione soggettiva dei genitori, tiene conto della concezione del minore a livello internazionale, espressa in diverse convenzioni, tra le quali le più significative sono quelle di New York del 1989 sui diritti dei fanciulli e quella di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, entrambe ratificate in Italia. Tra l'altro, la direttiva 95/46/CE, specificamente dedicata "alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati" non fa riferimento ad un'età determinata, sì che sarebbe più corretto ritenere che il consenso per il trattamento dei dati personali venga manifestato direttamente da quei minori capaci di discernimento. Diverse norme presenti nel tessuto codicistico (artt. 145, 244, 250, 252, 264, 273, 284, 348, 363, 774, 1389, 2580 c.c.) e in alcune leggi speciali, fra le quali quella sul divorzio, si riferiscono in maniera implicita alla capacità di discernimento, senza tuttavia individuare un'età precisa (che generalmente è 16 anni, ma a volte è inferiore), né i criteri o i parametri di valutazione tramite i quali si possa stabilire tale capacità, in modo da garantire al minore tutti i diritti sanciti a livello internazionale.

lida manifestazione di volontà del consenso al trattamento.⁴⁵ Qui non si tratta di capire se dare rilievo alle istanze esistenziali del minore, evitando di escluderlo dal traffico giuridico quando venga meno la necessità di proteggerlo, o perché l'atto da porre non è pregiudizievole o perché è il minore che ha la capacità di discernere dallo stesso richiesta; si tratta piuttosto di capire come il diritto all'autodeterminazione di un minore si concili con i suoi diritti della personalità. Analogamente, non può trovare applicazione nel caso di specie neanche quella tesi che arriva a configurare una capacità di agire piena del minore per la conclusione di contratti che risultano fondamentali per l'esercizio di diritti e libertà fondamentali,⁴⁶ se poi (come qui accade) si rivelano lesivi di altrettanti diritti fondamentali. Le libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e di partecipazione, che certamente trovano espressione nell'atto di adesione ad una piattaforma online, devono necessariamente cedere il passo ai diritti alla riservatezza, dignità e identità personale del minore, soprattutto in considerazione della *ratio* delle previsioni in materia di incapacità d'agire (legale, così come naturale), che è proprio quella di garantire protezione ad un

45 A sostegno della capacità del minore alla prestazione del consenso parte della dottrina richiama ben due articoli del Codice sulla privacy. Ai sensi dell'art. 24, lett. e, di esso, solo qualora sia necessaria la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dell'interessato e questi non possa prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere e volere, il consenso è manifestato da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, ecc. Se ne deduce, che al di fuori di queste ipotesi eccezionali, ossia di trattamento di dati necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dell'interessato, il minore capace di discernimento, e quindi capace di intendere e volere, può esprimere direttamente il suo consenso (così, CORRIERO, *Privacy del minore e potestà dei genitori*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, *Saggi*, 2004, p. 1016). Va notato, però, che la stessa disposizione è stabilita pure al fine di regolare la prestazione del consenso nell'ambito sanitario all'art. 82, comma 2°, lett.a) del Codice sulla privacy. Da questa norma, però (o meglio dall'art. 12, lett. g, della previgente l. 675/1996), si è tratta la conclusione (opposta alla precedente) che esclude rilevanza alla decisione del minore, per cui quando si chiede il consenso dell'interessato si richiederebbe quello di chi sull'interessato ha la potestà e la rappresentanza (così VERCELLONE, *Limiti esterni alla potestà: l'autonomia dell'adolescente*, in *Filiazione*, II (a cura di Collura-Lenti-Mantovani), in PATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2002, pp. 979-980). L'altra disposizione richiamata per sostenere la capacità del minore alla prestazione del consenso è l'art. 82, comma 4, del Codice sulla privacy che prevede, sempre in ambito sanitario, l'acquisizione di una "nuova" manifestazione del consenso, quando è necessario, dopo il raggiungimento della maggiore età, il che vuol dire che la "vecchia" è comunque data dal minore (così, CORRIERO, *ibidem*).

46 BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *D. fam.*, 1982, p. 54 ss.; STANZIONE, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. d. civ.*, 1980, p. 446 ss.; BIANCA, *cit.*, p. 89 ss.

soggetto che, per la propria situazione psico-fisica, rischia di danneggiarsi o si è danneggiato compiendo un atto giuridico.⁴⁷ Come detto precedentemente, però, un'altra parte della dottrina nega il carattere negoziale del consenso. Tramite questo si esprimerebbe soltanto la libertà di autodeterminazione informativa, cioè l'interessato permetterebbe ad altri l'accesso ai propri dati personali, in una connotazione "autorizzativo-procedimentale".⁴⁸ Così opinando, dovremmo considerare M capace di prestare validamente il consenso poiché, come è noto, per il compimento degli atti giuridici in senso stretto non necessita la capacità d'agire di chi li pone in essere. Questa soluzione, però, si mostra accoglibile solo in *prima facie*, perché guardando la questione da un'ottica più ampia, quella dell'accordo negoziale venutosi ad instaurare tra M e la NVZ (di cui, tra l'altro, il consenso al trattamento dei dati personali ne costituirebbe, per alcuni, addirittura il corrispettivo),⁴⁹ possono essere ribadite le considerazioni fatte precedentemente, atte ad escludere la validità del consenso prestato da M, in virtù del combinato disposto degli artt. 2 e 1425 c.c.

La conclusione del contratto tra Martino e la Network-VZ srl non sembra, infine, supportata dalla volontà negoziale di M. Com'è noto, la volontà è quell'elemento che consente di qualificare l'atto giuridico posto in essere come negozio, in quanto non solo l'atto è voluto, ma sono anche voluti gli effetti che questo atto è diretto a produrre.⁵⁰ Martino lamenta di non essersi reso conto di

47 La dottrina tende a parlare, per entrambe le ipotesi di incapacità di agire, di "incapacità di protezione".

48 MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 1998; pp. 350-351; VICIANI, *Strategie contrattuali del consenso al trattamento dei dati personali*, *cit.*, p. 161-162.

49 Intravedono, con riferimento ai contratti per l'accesso ad internet, nell'autorizzazione a trattare i dati personali un vero e proprio prezzo: BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, *Diritto dell'informazione ed informatica*, 2002, p. 1093 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, *Autonomia privata e prestazioni senza corrispettivo*, Torino 2004, p. 95-96; THIENE, *L'inconsistente tutela dei minori nel mondo digitale*, *cit.*, p. 532.

50 Accogliendo la tesi volontaristica del negozio giuridico, quest'ultimo è definibile come la dichiarazione di volontà (privata), o un complesso di dichiarazioni di volontà (private), diretta/e alla produzione di effetti giuridici (anche se non chiaramente ed interamente previsti da colui che emette la dichiarazione e da costui concepiti come effetti meramente economici e pratici) che l'ordinamento riconosce e garantisce – di regola – nei limiti della corrispondenza, o congruità, fra essi e la volontà che li persegue (così, MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 453. Sulla nozione di negozio giuridico si veda anche: GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, III, 1, Milano, 1988, pp. 15 e ss. e ID., *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, pp. 45 e ss.). Da tale de-

aver dato un consenso al trattamento dei dati personali e del fatto che quei dati sarebbero stati utilizzati a fini commerciali dalla NVZ, il che è assolutamente verosimile sia per la formulazione che per la collocazione date alla clausola di consenso. Esso, quindi, né sapeva di concludere l'atto negoziale né di produrre determinati effetti, che quindi non poteva volere. Il contratto, perciò, è: o è nullo *ex art.* 1418 c.c. per assenza di accordo (in quanto se non c'è volontà, non c'è chiaramente accordo); o addirittura inesistente per la mancanza di volontà di uno dei contraenti.

Per quanto riguarda le ultime due pretese esistenti tra M e la NVZ, si ritiene che M possa chiedere alla NVZ, ai sensi dell'art. 2033 c.c.,⁵¹ la restituzione delle 30 euro pagate per aver scaricato, dalla sala giochi virtuale, un gioco di computer. Poiché sulla base delle argomentazioni fin qui fatte il contratto concluso tra i due è: o inesistente per mancanza della volontà negoziale di M, o nullo per assenza di accordo, o annullabile per assenza della capacità negoziale di M il pagamento dallo stesso effettuato si rivela, comunque, un indebito e dovrà perciò essere restituito dalla NVZ. Sulla base delle stesse argomentazioni può risolversi anche la richiesta della NVZ della somma di 25 euro per le cinque visite nel cinema virtuale effettuate da M. Il contratto o non è mai venuto ad esistenza o non ha mai avuto effetti o non produce più effetti dalla sentenza costitutiva del giudice che lo annulla con efficacia *ex tunc*, e quindi nessuna richiesta può trovare origine in esso.

finizione emergono notidamente gli elementi costitutivi essenziali del negozio, senza i quali esso non potrebbe sussistere: la volontà produttiva degli effetti, la dichiarazione (o, più correttamente, l'atto o la forma), con la quale la volontà viene esteriorizzata dall'autore del negozio e la causa, in fusione della quale l'ordinamento autorizza la volontà a produrre effetti giuridici (così CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Trento, 2012, p. 199).

51 L'art. 2033 c.c., rubricato "Indebito oggettivo", recita: "Chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha eseguito. Ha inoltre diritto ai frutti e agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda".

CASO 3: TUTELA DEL POSSESSO E RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

F è proprietario di un terreno che viene usato come parcheggio di un centro commerciale. Su un cartello davanti all'ingresso del parcheggio c'è l'indicazione seguente:

“Parcheggio consentito dal lunedì al sabato, dalle ore 6 alle ore 21 solo per clienti e impiegati del centro commerciale. È obbligatorio l'uso del disco; il tempo di sosta è limitato a 90 minuti; macchine parcheggiate in violazione di queste regole verranno rimosse a spese dei loro proprietari”.

Il 6 marzo 2013 F conclude un contratto col rimorchiatore A e con l'ufficio incasso I contenente inter alia le clausole seguenti:

- 1. A viene incaricato da F di rimuovere le macchine parcheggiate sul suo parcheggio in violazione delle regole del parcheggio.*
- 2. Prima di rimuovere una macchina, A deve constatare la violazione delle regole del parcheggio. addirittura, deve controllare se il conducente si trova vicino alla macchina e/o non obbedisce all'istruzione di rimuoverla da solo.*
- 3. I viene incaricato da A per l'incasso delle spese di rimozione che vengono fatturate dalla stessa A ai conducenti delle macchine rimosse.*

Il 20.4.2012, P parcheggia la sua auto verso le ore 18 nel parcheggio di F perché vuole visitare un bar fuori dal centro commerciale per guardare una partita di calcio. In quel momento, moltissimi altri posti sono liberi sul parcheggio di F. Dopo che A ha annunciato il rimorchio imminente della macchina di P con altoparlante in tutto il centro commerciale, procede al rimorchio verso le ore 20h e porta l'auto al garage della sua ditta. Lì P, a fronte del pagamento di 250€ per il rimorchio e di 15€ per l'incasso del pagamento, la recupera verso le ore 24.

F si rivolge a Lei come avvocato per sapere se può richiedere la restituzione del pagamento da A, I o F.

Cosa gli risponderà?

SOLUZIONE

GIOVANNI BRIANDA

Bibliografia: ALPA G., *Legittima difesa e stato di necessità*, artt. 2044-2045 c.c., artt. 52 e 54 c.p., *La responsabilità civile diretta da Alpa e Bessone*, Torino, 1987; AMODIO G., *Utilizzazione abusiva dei marchi d'identificazione dei metalli preziosi e legittima difesa dalla concorrenza sleale*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 2, 2000, p. 114 e ss.; BETTI E., *Autotutela*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Milano, 1959; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1997; CENDON P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976; FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010; FLORIT M., *Il risarcimento del danno e la legittima difesa tra diritto civile e diritto penale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 7-8, 2011, p. 1635 e ss.; FRANZONI M., *Fatti illeciti. Art. 2043 – 2059*, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1993; GIACOBBE G., *Artt. 2044-2045, Illecito e responsabilità civile*, *Trattato di diritto privato diretto da Bessone*, Torino, 2005; INTINI, *Legittima difesa, rischi di sproporzione. Quel generico «pericolo di aggressione»*, in *Diritto e giustizia*, 34, 2005, p. 111 e ss.; MARINUCCI G. DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2013; MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 8, Torino, 1982; ONDEI E., *La responsabilità per il danno arrecato per eccesso di difesa e per provocazione*, in *Foro Padano*, 1955, I, p. 591 e ss.; RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, 2000, Milano; TENELLA SILLANI C., *Possesso e detenzione*, *Novissimo Digesto*, XIV, Torino, 1996; VENCHIARUTTI A., *Artt. 2044 – 2048*, *Commentario al codice civile diretto da Cendon*, Torino, 1991;

SOMMARIO: Premessa – 1. Inquadramento del problema e questioni preliminari – 2. Sull'applicabilità del codice della strada nelle ipotesi di parcheggio abusivo in aree private – 3. L'autotutela del possesso in ambito civilistico. L'art. 2044 c.c. – 4. L'autotutela del possesso tra diritto civile e diritto penale. Il "nuovo" art. 52 c.p. – 5. Presupposti e requisiti della legittima difesa nel caso della rimozione di un veicolo – 6. Legittima difesa del possesso e tutela risarcitoria – 7. Breve riepilogo e riflessioni finali

Premessa

Il presente studio, che prende le mosse dalla soluzione di un caso concreto, ha lo scopo di rappresentare un'occasione di riflessione su aspetti particolarmente interessanti in materia tutela possessoria e responsabilità aquiliana. In particolare, il tema della c.d. "legittima difesa nel possesso" sottopone all'interprete uno stimolante intreccio di problematiche tra loro collegate, presupponendo la considerazione di aspetti marcatamente interdisciplinari ed afferenti, in misura considerevole, anche al diritto penale. L'ottica adottata è quella di sfruttare i problemi concretamente sottoposti come spunto per vagliare, analizzare ed approfondire le fattispecie astratte sottese al caso, fino a giungere, conclusivamente, a soluzioni giuridicamente accettabili. Per perseguire tale risultato si è voluto fare ricorso ad uno stile volutamente "ibrido", a mezza via tra lo scritto scientifico ed il parere legale.

1. Inquadramento del problema e questioni preliminari.

Il problema relativo alla tutela del possesso di aree private di parcheggio, quando queste vengano occupate abusivamente da soggetti non legittimati, è assai vivo e dibattuto, tanto da trovare ampio riscontro nella casistica giurisprudenziale di molte corti (anche di rango superiore). Prescindendo dall'analisi dei motivi, più che altro para-giuridici¹, che lo rendono tanto ricorrente, è interessante occuparsi della questione poiché, sorprendentemente, essa assume notevoli risvolti interdisciplinari. Si profila, così, un'ottima occasione per stabilire se l'ordinamento assume, nelle sue diverse branche e relativamente ad uno stesso fatto, posizioni reciprocamente coerenti, e ciò indipendentemente dalla natura prevalentemente bagattellare delle conseguenze derivanti dalle condotte accennate.

Da un punto di vista civilistico, il problema si innesta in quello più generale del rapporto intercorrente tra tutela del possesso e responsabilità extracontrattuale, soprattutto quando la prima venga posta in essere in via di autotutela, perché non si può, o non si vuole, ricorrere all'intervento dell'autorità pubblica (giudiziaria o di polizia). Infatti, ed in linea di primissima approssimazione, solo ammettendo la legittimità di siffatto comportamento può, come conse-

1 Tali motivi sono diversi e vanno dallo scarso senso civico dei tanti cittadini che ritengono di poter usurpare impunemente il diritto di proprietà altrui, alla cronica assenza in molte città italiane di aree di sosta per veicoli privati. Si pensi poi all'annoso problema della gestione efficiente dei servizi pubblici di trasporto, evidentemente non abbastanza rispondenti alle esigenze di mobilità della popolazione urbana.

guenza, delinearsi una responsabilità risarcitoria in capo all'usurpatore del parcheggio per le spese che il titolare del possesso abbia sopportato al fine di ripristinarne il pacifico godimento. Nel caso in cui tali condotte, definite in termini di autotutela del possesso, dovessero invece essere ritenute illegittime, nulla sarebbe dovuto a titolo di risarcimento del danno in favore di chi le avesse poste in essere. Anzi, semmai, potrebbero profilarsi obblighi risarcitori proprio in capo agli "aggrediti". Tuttavia, prima di chiarire cosa possa intendersi per autotutela possessoria e stabilire quale delle due posizioni ora delineate sia più plausibile, è necessario occuparsi di alcune questioni preliminari.

Com'è noto il diritto di proprietà è sancito e descritto dall'art. 832 c.c., secondo il quale "il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico". Il diritto reale dominicale informa una situazione giuridica soggettiva che non necessariamente corrisponde ad un effettivo potere materiale e fattuale sulla cosa, e ciò rappresenta uno dei tratti che distingue il sistema italiano da altri sistemi pur culturalmente vicini, quali, ad esempio, quelli di common law². Rispetto al diritto di proprietà, infatti, si configura un altro tipo di relazione con la res, non giuridica ma di fatto, che viene definita in termini di possesso: secondo l'art. 1140 c.c. "il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. Si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona, che ha la detenzione della cosa". Il possesso, pur consistendo come detto in una situazione di fatto, è comunque origine di conseguenze giuridiche rilevanti, non ultima la circostanza che l'ordinamento riconosce forme di tutela giurisdizionale al suo titolare.

Un punto preliminare da chiarire, attinente più che altro alle questioni di fatto del caso sottoposto, è allora se conservi il possesso il proprietario che concede a terzi (un centro commerciale) il godimento di un'area adibita a parcheggio, soprattutto quando egli si attivi personalmente per la rimozione di eventuali veicoli sostanti abusivamente. Infatti, soltanto in virtù di una risposta affermativa al quesito potrebbe porsi il problema della legittimità delle azioni da lui intraprese contro i proprietari dei suddetti veicoli. Se, invece, possesso o la detenzione venissero riferiti ad altri (magari, appunto, al centro commerciale) dovrebbe convenirsi sul fatto che al nudo proprietario sarebbe consentito agire esclusivamente in via petitoria, e non certamente possessoria (tantomeno con modalità definibili in termini autotutela).

2 In tali sistemi non è dato riscontrare una distinzione tra proprietà intesa in senso astratto, cioè priva di relazioni materiali con la *res*, e possesso. Quest'ultimo rappresenta un diritto assoluto che può essere fatto valere, rispetto ad altri diritti concorrenti, sulla base di un criterio di priorità temporale.

Tanto premesso, quando l'art. 1140 c.c. parla di possesso come di potere che si manifesta con “*un’attività corrispondente all’esercizio della proprietà*” (il c.d. *corpus* del possesso) utilizza un’espressione assai ampia ed elastica, che necessita di essere riempita di contenuto. Di tale incombenza si è ampiamente occupata la dottrina, secondo la quale «*se una situazione di fatto in tanto configura un possesso in quanto risulti essere simmetrica all’esercizio di un diritto reale, è necessario che in concreto vi siano gli stessi elementi che valgono a qualificare il rapporto giuridico corrispondente e che quindi il possesso si manifesti con le modalità e nei limiti di quello*»³. Con specifico riferimento al problema del possesso a titolo di proprietà di un fondo, la giurisprudenza si è espressa nel senso che «*perché si riconosca l’esercizio del possesso su un fondo, non è necessario che il titolare compia atti di potere su ogni singola zona del terreno, essendo sufficiente che mantenga come proprio il bene nella sua individualità*»⁴.

La vicenda di cui ci si occupa riguarda un soggetto che, tra l’altro, appone un cartello con cui viene limitato l’accesso all’area secondo criteri soggettivi e temporali. Nel fare ciò egli compie una delle azioni tipicamente connesse al diritto proprietario, ossia esercita una facoltà (far accedere all’area soltanto alcuni soggetti e non altri) pienamente rientrante tra le prerogative del *dominus*.

Quanto all’*animus* del possesso⁵, tale requisito deve ritenersi integrato in forza della circostanza in base alla quale ad occuparsi del servizio per la rimozione dei veicoli è il proprietario in persona. Pertanto, egli mostra chiaramente l’intenzione di comportarsi e di farsi considerare come il titolare del diritto di proprietà su quell’area.

Un primo punto, allora, è chiarito: conserva il possesso il proprietario che conceda a terzi il godimento di un’area adibita a parcheggio e che si adoperi, personalmente, per la rimozione di eventuali veicoli sostanti abusivamente.

3 TENELLA SILLANI C., *Possesso e detenzione, Novissimo Digesto*, XIV, Torino, 1996. p. 14. Secondo l’Autrice non potrà, ad esempio, configurarsi un possesso a titolo di proprietà sugli alberi o sui frutti di un fondo tutte le volte in cui essi non posano, in astratto, costituire oggetto di proprietà separata.

4 Corte di cassazione sent. n 97/6260.

5 Secondo una certa posizione dottrinale, assunta tra gli altri da MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto, Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 8, Torino, 1982, p. 434, il requisito dell’*animus*, la cui rilevanza è messa in dubbio dai sostenitori del sistema possessorio oggettivo puro, non può restare circoscritto agli intendimenti intimi e personali dell’individuo ma «*deve essere desumibile da un comportamento esteriore ed incompatibile con un titolo di detenzione*».

2. *Sull'applicabilità del Codice della strada nelle ipotesi di parcheggio abusivo in aree private.*

Il vero problema, tuttavia, risiede non già, e non tanto, nella legittimità o meno delle azioni che il possessore in via preventiva può compiere per tutelare la propria situazione soggettiva (ad esempio, l'apposizione di recinti o, appunto, di cartelli regolanti l'accesso all'area), bensì nel comprendere quali tutele gli siano concesse al una volta che le sue prerogative siano state lese e, dunque, si sia entrati in una fase patologica del rapporto con i terzi.

A prescindere dalle azioni possessorie, la cui astratta esperibilità deve essere data in casi simili per scontata, si deve determinare quali ulteriori risorse abbia, eventualmente, il possessore che veda messo in pericolo il rapporto con la *res*. È innegabile, infatti, che i rimedi processuali tradizionali, per quanto in alcuni casi prevedano strumenti d'urgenza piuttosto snelli ed efficaci, non si adattino compiutamente alle esigenze di chi abbia necessità di tutela immediata. Per venire alla fattispecie sotto esame, è necessario misurare la liceità della condotta del proprietario dell'area che, proprio per tali esigenze, abbia agito autonomamente attraverso la rimozione forzata dei veicoli illegittimamente sostanti, senza coinvolgere l'autorità di pubblica sicurezza.

Secondo l'art. 159 del codice della strada gli organi di polizia devono disporre la rimozione dei veicoli tutte le volte in cui essi costituiscano grave intralcio o pericolo per la circolazione stradale⁶. La norma deve essere letta in combinato con il precedente art. 2, comma 1, secondo il quale *“ai fini dell'applicazione delle norme del presente codice si definisce “strada” l'area ad uso pubblico destinata alla circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali”*. Cosa debba intendersi per area ad uso pubblico è stato chiarito dalla giurisprudenza, secondo la quale *«l'accertamento in ordine alla natura pubblica di una strada presuppone necessariamente l'esistenza di un atto o di un fatto in base al quale la proprietà del suolo su cui essa sorge sia di proprietà di un ente pubblico territoriale ovvero che a favore del medesimo ente sia stata costituita una servitù di uso pubblico e che la stessa sia destinata all'uso pubbli-*

6 Il primo comma della norma così recita *«gli organi di polizia, di cui all'art. 12, dispongono la rimozione dei veicoli: a) nelle strade e nei tratti di esse in cui con ordinanza dell'ente proprietario della strada sia stabilito che la sosta dei veicoli costituisce grave intralcio o pericolo per la circolazione stradale e il segnale di divieto di sosta sia integrato dall'apposito pannello aggiuntivo; b) nei casi di cui agli articoli 157, comma 4 e 158, commi 1, 2 e 3; c) in tutti gli altri casi in cui la sosta sia vietata e costituisca pericolo o grave intralcio alla circolazione; d) quando il veicolo sia lasciato in sosta in violazione alle disposizioni emanate dall'ente proprietario della strada per motivi di manutenzione o pulizia delle strade e del relativo arredo»*.

co con una manifestazione di volontà espressa o tacita dell'ente medesimo»⁷.

Sulla base di una posizione ampiamente condivisa, qualora un veicolo venga abusivamente parcheggiato in un'area privata, e tale area non sia comunque adibita ad uso pubblico, le autorità non hanno titolo per procedere a rimozione forzata.

L'art. 159 c.d.s. dedicato alla rimozione forzata dei veicoli, quindi, non può essere invocato dal titolare del parcheggio per ottenerne l'immediata liberazione dalle auto sostanti in violazione di regolamenti d'utilizzo preventivamente affissi, trattandosi di area di rimessa privata come tale non rientrante nell'ambito oggettivo di applicazione della suddetta norma.

3. *L'autotutela del possesso in ambito civilistico. L'art. 2044 c.c.*

In ogni caso, appurato che il proprietario di un parcheggio privato non può ottenere dall'autorità di pubblica sicurezza la rimozione forzata dei veicoli sostanti non autorizzati, devono essere esaminate le altre possibilità concesse dall'ordinamento per la tutela di una situazione soggettiva di tipo dominicale-possessorio.

Se si mette da parte l'azione possessoria di manutenzione, il cui esercizio abbiamo detto sarebbe perfettamente congruo rispetto alla posizione soggettiva del titolare del parcheggio (sebbene, come sarà evidenziato, non rispondente ai suoi reali interessi), deve escludersi che questi possa giudizialmente agire anche a difesa del diritto di proprietà, giacché non vengono integrati i presupposti per alcuna delle c.d. azioni petitorie⁸. Resta allora da chiedersi se il possessore, impossibilitato o non intenzionato a ricorrere ex art. 1170 c.c., possa servirsi di forme di autotutela che gli consentano di agire, nell'immediatezza dell'offesa subita, per il ripristino dello *status quo ante*.

Secondo certa giurisprudenza dovrebbe in casi simili essere fatta applicazione del «principio dell'autotutela o difesa privata del possesso e del principio stabilito nell'art. 2043 c.c., per il quale colui che col proprio fatto doloso o colposo cagiona ad altri un danno ingiusto è obbligato al risarcimento». Si dovrebbe cioè ritenere che «il possessore, molestato nel possesso, possa, personalmente o a mezzo di un terzo cui abbia all'uopo affidato il relativo incarico, far cessare la molestia in atto rimuovendo la cosa con la quale l'offesa viene

7 Corte di cassazione sent. n. 2006/8204.

8 Infatti, mentre l'azione di rivendicazione presuppone che il proprietario non si trovi nel possesso della cosa, quella di restituzione si giustifica in virtù di un preesistente rapporto contrattuale. L'azione di mero accertamento della proprietà, da parte sua, non fornirebbe alcuna concreta utilità al proprietario del parcheggio.

esercitata ed abbia altresì diritto al rimborso delle spese dovute al terzo per la rimozione, in quanto causate dal fatto illecito del molestatore»⁹.

L'impostazione, che ha riscosso anche in ambito dottrinale un certo successo, afferma in altre parole l'esistenza di un principio secondo il quale chi è turbato nel proprio possesso può reagire, senza incorrere nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni ex art. 392 c.p., in via immediata e senza adire l'autorità giudiziaria. Da un punto di vista civilistico, tale potere sarebbe riconosciuto al possessore anche in virtù del principio del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c., in base al quale chi compie un atto ingiusto deve sopportare le conseguenze pregiudizievoli della propria condotta (ivi compreso il rimborso delle spese sostenute dal danneggiato per ripristinare il pacifico godimento della cosa).

La tesi ora richiamata, dotata di apprezzabile realismo perché prende atto della scarsa (se non nulla) tutela offerta in situazioni simili dalle azioni di tipo giurisdizionale, consentirebbe di affermare la legittimità della condotta ascrivibile al possessore dell'area di parcheggio nonché la sussistenza dell'obbligo per i proprietari dei veicoli di risarcire, ex art. 2043 c.c., i danni causati. Nello specifico, sarebbero dovute dai secondi le somme spese dal primo per la rimozione delle autovetture, rappresentando tali esborsi il prezzo pagato per ripristinare lo *status* oggettivo anteriore all'illecito.

Pur condivisibile nelle sue conseguenze applicative, la posizione merita un approfondimento su alcune questioni di fondo che, a ben vedere, meritano una maggiore considerazione.

Effettivamente, l'affermazione in base alla quale sarebbe consentito al privato agire in autotutela di una situazione possessoria senza fare ricorso agli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento (le azioni possessorie) non trova addentellati nell'ambito della disciplina civilistica, giacché non è dato riscontrare nelle norme di cui agli artt. 1168 e 1170 c.c., né altrove, alcun riferimento a fattori come la "attualità" o la "immediatezza" della risposta che, secondo la gettonata teoria in parola, rappresenterebbero elementi idonei a fondare la reazione privata¹⁰. Se si affermasse il contrario, cioè che effettiva-

9 Corte di cassazione sent. n. 2007/196.

10 Secondo l'art. 1168 c.c., disciplinante l'azione di spoglio, «chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo. L'azione è concessa altresì a chi ha la detenzione della cosa, tranne il caso che l'abbia per ragioni di servizio o di ospitalità. Se lo spoglio è clandestino, il termine per chiedere la reintegrazione decorre dal giorno della scoperta dello spoglio. La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione». Il successivo art. 1170 c.c., dettato in materia di azione di manutenzione, afferma che

mente è sufficiente al privato rispondere con immediatezza ed attualità per ovviare agli oneri processuali di cui alle suddette disposizioni, queste ultime perderebbero la propria funzione pratica, e si incentiverebbero i consociati ad agire d'impeto e senza ponderazione¹¹.

Invece, gli articoli ora richiamati hanno la funzione proprio di evitare che i conflitti tra possessori sfocino in scontri violenti ed incontrollabili. Le ipotesi in cui è concesso ai privati farsi giustizia da sé sono tutte puntualmente determinate dal legislatore, senza che la loro esistenza possa essere ricavata in via indiretta da altre disposizioni. Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, al diritto di ritenzione ex art. 1152 c.c., alla clausola penale ex art. 1382 c.c. o alla caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c.

L'autotutela nel possesso, invece, non è prevista da alcuna norma civile, pertanto non può aprioristicamente e acriticamente esserne ritenuto legittimo l'esercizio. Secondo un illustre Autore, la tutela del proprio interesse operata direttamente dall'interessato, se è riconosciuta alla pubblica amministrazione, è nello Stato moderno, in linea di principio, vietata al privato. A questi «è permesso, in varie circostanze previste e tassativamente determinate, di provvedere a conservare e ad attuare quello stato di fatto che sia conforme al loro diritto o minacciato»¹².

«chi è stato molestato nel possesso di un immobile, di un diritto reale sopra un immobile o di un'universalità di mobili può, entro l'anno dalla turbativa, chiedere la manutenzione del possesso medesimo. L'azione è data se il possesso dura da oltre un anno, continuo e non interrotto, e non è stato acquistato violentemente o clandestinamente. Qualora il possesso sia stato acquistato in modo violento o clandestino, l'azione può nondimeno esercitarsi, decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. Anche colui che ha subito uno spoglio non violento o clandestino può chiedere di essere rimesso nel possesso, se ricorrono le condizioni indicate dal comma precedente». Come emerge dalla *ratio* e dal tenore letterale delle norme ora riportate, non è riscontrabile alcun interessamento del legislatore per le circostanze di tempo caratterizzanti la reazione del possessore leso, che dunque non assumono rilevanza ai fini dell'esperimento delle azioni in parola, ritenute in ogni caso necessarie per far cessare la turbativa altrui.

11 In Germania, proprio per rendere possibile una risposta privata nell'immediatezza dell'offesa subita, è stata prevista già in ambito civilistico una norma apposita, il par. 859 BGB, che autorizza il possessore a reagire anche con la forza contro il tentativo di spoglio o turbativa, purché tale reazione avvenga nell'immediatezza e nella flagranza del fatto lesivo. La previsione espressa di tale facoltà, non presente come detto nel nostro ordinamento, depone evidentemente nel senso che non esiste un principio generale che autorizzi l'esercizio dell'autotutela al di fuori dei casi previsti dalla legge, altrimenti la previsione medesima non si sarebbe resa necessaria. Tale controprincipio sembra potersi rinvenire anche nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

12 BETTI E., *Autotutela*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 529; la

Da un punto di vista puramente civilistico, dunque, non esiste un principio o una regola che consentano al possessore di reagire in via di difesa privata al fatto lesivo altrui, e ciò dipende essenzialmente da una valutazione di tipo politico del legislatore. Infatti, essendo in gioco interessi sostanzialmente privati, sarebbe controproducente consentire reazioni più gravi e pericolose della offesa medesima.

Di questo avviso è anche certa giurisprudenza di merito¹³ secondo la quale «se la sosta del veicolo non sembrerebbe costituire violazione al codice stradale (in area condominiale il vigile, interpellato dal proprietario, non potrebbe attivarsi), la stessa rimozione del veicolo, disposta dal proprietario (committente) ed eseguita dalla società (incaricata), costituisce atto arbitrario, nella misura in cui, invece di agire giudizialmente per lo spoglio, il privato e l'incaricato provvedono a farsi giustizia privata» Inoltre, costituirebbe ipotesi di reato (ad esempio di estorsione) «l'esplicito condizionamento della restituzione al pagamento del denaro».

Invero, tale posizione muove dall'erroneo presupposto che, in casi del genere, l'agire al di fuori delle azioni giudiziali civili dia origine sempre e comunque al compimento di atti arbitrari; non considera, infatti, che esistono norme, situate in altri rami dell'ordinamento ma dotate di efficacia trasversale, le quali legittimano i medesimi atti qualora vengano compiuti in presenza di determinati presupposti. Inoltre, vengono inspiegabilmente tralasciati i profili penali della condotta di chi, noncurante dell'illiceità del proprio comportamento, decida di servirsi comunque di uno spazio altrui. Ed è a questo punto che emerge l'interdisciplinarietà dell'argomento di cui si parlava in apertura.

Andando con ordine, esiste una disposizione, l'art. 2044 c.c., secondo la quale «*non è responsabile chi cagiona il danno per legittima difesa di sé o di altri*». La previsione, che stabilisce un'ipotesi di esclusione della responsabilità per fatti che, astrattamente, sarebbero motivo di risarcimento, richiama chiaramente l'art. 52 c.p. sulla scriminante della legittima difesa, la quale, costi-

stessa posizione è assunta da RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, 2000, Milano, p. 210.

13 Nello specifico si trattava di G.I.P. investito della questione su richiesta del pubblico ministero, in un caso del tutto analogo a quello qui in esame. Il pubblico ministero aveva disposto il sequestro di circa cinquecento cartelli e due carri attrezzi che erano stati utilizzati da condomini privati, centri commerciali e stazioni di servizio per combattere il problema del parcheggio privato abusivamente impiegato da soggetti estranei e non autorizzati. Le contestazioni sollevate nei confronti di chi aveva disposto e organizzato la rimozione dei veicoli comprendevano l'usurpazione di poteri pubblici, l'associazione a delinquere finalizzata all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e persino l'estorsione, almeno quando fosse stato richiesto il pagamento di una somma di denaro per la restituzione del veicolo al legittimo proprietario.

tuendo ipotesi di causa di giustificazione, rende scusata la condotta in tutti i rami dell'ordinamento¹⁴.

È stato giustamente osservato, proprio in relazione all'art. 2044 c.c., che la norma, che «prevede un'ipotesi di esclusione della responsabilità in presenza di un fatto, astrattamente fonte di risarcimento, si fonda su un principio, comune a tutti gli ordinamenti, in base al quale è consentita la autodifesa in relazione ad un'aggressione, ove l'ordinamento non sia in grado di offrire, nella specifica circostanza, un'idonea tutela»¹⁵.

Pertanto, il principio per il quale in ambito civilistico non è possibile farsi giustizia da sé se non nei casi espressamente previsti dalla legge, pur effettivamente sussistente, deve essere combinato con la materia delle cause di giustificazione, la quale attraversa l'ordinamento nel suo complesso¹⁶. Così, se la condotta che rappresenta reazione al pericolo di un danno ingiusto non può dare origine a responsabilità penale, *a fortiori* essa dovrà essere esclusa dal novero dei fatti fondanti pretese di tipo risarcitorio in favore di chi quella medesima condotta difensiva abbia reso necessaria (art. 2044 c.c.).

Potrebbe sorgere il dubbio su quale debba essere la natura del bene giuridico tutelato per potersi applicare l'art. 2044 c.c. È opinione comune che il pericolo possa investire non soltanto l'integrità fisica del soggetto che reagisce in

14 Sul rapporto tra art. 2044 c.c. e art. 52 c.p. è stato giustamente osservato da ALPA G., *Legittima difesa e stato di necessità, artt. 2044-2045 c.c., artt. 52 e 54 c.p., La responsabilità civile diretta da Alpa e Bessone*, Torino, 1987, p. 227, che «l'art. 52 in base al quale non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa, è assai più dettagliato e circoscritto della norma civilistica: per contro, l'art. 2044 non circostanzia la nozione di «legittima difesa», in più usa l'espressione «responsabile» anziché «punibile». Sembra pertanto che, anziché operare sulla imputabilità, la nozione di legittima difesa, nel diritto civile, operi sulla stessa dinamica dell'analisi giuridica dell'evento, quale esonero da ogni conseguenza connessa con il comportamento per danno dell'agente».

15 GIACOBBE G., *Artt. 2044-2045, Illecito e responsabilità civile, Trattato di diritto privato diretto da Bessone*, Torino, 2005, p. 129.

16 Di questo avviso è anche la Corte di cassazione che con sent. n. 2000/6875 ha affermato il principio secondo cui «l'art. 2044 c.c., disponendo che la responsabilità per danni sia esclusa quando il danno è arrecato per difendere sé o altri contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che vi sia proporzione tra difesa e offesa, scrimina il fatto nella sua interezza». I rapporti tra autotutela privata in ambito civilistico e legittima difesa vengono ricostruiti negli stessi termini anche da BIANCA C.M., *Diritto civile, 5, la responsabilità*, Milano, 1997, p. 675, secondo il quale «in generale ai cittadini è vietato farsi giustizia da sé. Il divieto è sancito penalmente come offesa all'amministrazione della giustizia, riservata ai poteri pubblici».

difesa, quindi il diritto alla salute o all'integrità fisica, bensì anche diritti patrimoniali come la proprietà o il credito¹⁷. L'interpretazione si impone per ragioni sistematiche, perché, per un verso, il successivo art. 2045 c.c. disciplina proprio il caso specifico di chi reagisca a tutela della propria o dell'altrui incolumità fisica (stato di necessità)¹⁸; per altro verso, come si vedrà, in questo senso viene e deve essere interpretata la disposizione di cui all'art. 52 c.p.

4. *L'autotutela del possesso tra diritto civile e diritto penale. Il "nuovo" art. 52 c.p.*

Si diceva, allora, che comportamenti in astratto riprovati dal legislatore del diritto civile, perché non rientranti in una delle ipotesi di autotutela espressamente previste, ben possono giustificare forme di difesa privata che trovano fondamento in altre parti dell'ordinamento, a cominciare dal diritto di legittima difesa sancito nell'art. 52 c.p. Quest'ultimo, che è pacificamente ritenuto oggetto di implicito richiamo dall'art. 2044 c.c., stabilisce al primo comma che *«non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa»*.

D'altronde, è il caso di sottolinearlo, la condotta di chi si serve di un'area di parcheggio altrui non è concettualmente diversa da quella di chi si serva di altre parti di un domicilio privato. E si deve riconoscere, da una parte, come non possa pretendersi l'esperimento di un'azione possessoria dal proprietario che, ad esempio, colga un estraneo accomodato sul proprio divano mentre assiste ad uno spettacolo televisivo, dall'altra, che il medesimo proprietario, impossibilitato ad agire diversamente, ben potrebbe autonomamente ripristinare lo *status quo ante*.

Com'è noto, l'art. 52 c.p. è stato oggetto, non senza polemiche, di un'ampia riforma integratrice¹⁹, dalla quale è chiaramente emersa la volontà del legisla-

17 È stato allora considerato legittimo il comportamento di chi abbia reagito in maniera proporzionata ad offese ingiustamente subite in ambito concorrenziale (cfr. Tribunale Milano, 26 settembre 1977 in *Giust. comm.*, 1978). Sul tema si veda AMODIO G., *Utilizzazione abusiva dei marchi d'identificazione dei metalli preziosi e legittima difesa dalla concorrenza sleale*, in *Rivista di diritto industriale*, fasc. 2, 2000, p. 114 e ss.

18 Secondo il dettato dell'art. 2045 c.c. *«quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice»*.

19 La riforma è stata attuata attraverso la l. n. 59/2006.

tore di «*elevare le condizioni di difesa nelle mura domestiche, nei momenti di intimità, quando è difficile o impossibile ottenere l'aiuto di altri*»²⁰. Il nuovo articolo 52 c.p., il cui primo comma resta invariato, vede dunque aggiunta una nuova parte: «*Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione. La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale*».

L'innovazione più grande della novella risiede nella circostanza che è ora possibile utilizzare un'arma o mezzi equipollenti anche per tutelare, oltre che la propria o l'altrui persona, beni e cose, qualora non vi sia desistenza e sussista pericolo di aggressione. Nel caso in cui il fatto lesivo avvenga nel contesto di una violazione del domicilio (art. 614 c.p.) la proporzionalità tra offesa e reazione è presunta.

Dalla breve ricognizione delle novità introdotte emerge come l'intento del legislatore sia stato di incrementare l'efficacia delle forme di tutela della dimora privata e dei luoghi di lavoro, tanto è vero che nella rubrica dell'originario Ddl 1899/S si faceva riferimento al «*diritto all'autotutela in un privato domicilio*».

Nel contesto di tali evoluzioni normative, indici di una mutata sensibilità rispetto al tema della tutela della proprietà, deve essere letta la giurisprudenza della Corte di cassazione²¹, la quale si è espressa nel senso che «*la difesa privata di un proprio diritto di possesso, anche con il ricorso all'uso di una violenza reale, è consentito a chi subisca un fatto vanificante tale diritto (spoglio), allorché l'azione reattiva (autodifesa) segua senza soluzione temporale nell'attualità e nell'immediatezza l'azione lesiva del contraddittore, atteso che - in difetto di un'immediata azione di autotutela - il soggetto interessato danneggiato dall'azione di spoglio, può proteggere e tutelare la propria posizione di diritto soltanto richiedendo al giudice una non tempestiva tutela possessoria di carattere interinale e cautelare*».

Sarebbe allora contraddittoria e decontestualizzata l'affermazione in base alla quale chi vede leso il proprio possesso deve sempre e comunque agire ex artt. 1168-1170 c.c., o tramite querela, perché ciò equivarrebbe a stabilire, di fatto, che chiunque può servirsi del bene altrui nei modi che preferisce, almeno

20 INTINI, *Legittima difesa, rischi di sproporzione. Quel generico «pericolo di aggressione»*, in *Diritto e giustizia*, 34, 2005, p. 111 e ss.

21 Corte di cassazione sent. n. 2010/2548.

fino a quando venga condannato a cessare la condotta. Non tenere conto di queste considerazioni significa prendere posizione in favore di una tesi che, in definitiva, rischia di minare la pacifica convivenza tra i consociati. A ben vedere in effetti, l'ordine pubblico è messo maggiormente in pericolo non quando si consenta ad alcuno, in presenza di ben precisi presupposti, di reagire autonomamente, bensì quando quel qualcuno, non efficacemente tutelato dall'ordinamento, sia lasciato alla mercé degli estranei.

5. *Presupposti e requisiti della legittima difesa nel caso della rimozione di un veicolo.*

È dunque doveroso scomporre il caso sottoposto nei suoi diversi elementi, per determinare se siano stati integrati presupposti e requisiti della legittima difesa.

Per quanto riguarda il “pericolo”, esso viene tradizionalmente ritenuto sussistente se, sulla base di una prognosi postuma in concreto (cioè tenendo conto di tutte le circostanze esistenti al momento della commissione del fatto difensivo), vi era la probabilità che si verificasse un'offesa al bene giuridicamente tutelato (nel nostro caso il possesso). In pratica, vi era pericolo se l'azione offensiva si trovava già ad uno stadio di tentativo. Ebbene, quando alcuno occupi il parcheggio altrui senza autorizzazione, lasciando l'auto in sosta ed allontanandosi, neanche può più parlarsi di tentativo, avendo il fatto già integrato tutti gli estremi di una condotta consumata.

Nulla quaestio anche con riferimento alla fonte del pericolo, che come richiesto dalla norma deve consistere in un'azione umana e non in un evento naturale (per il quale sarebbe invocabile, invece, la diversa scriminante dello stato di necessità ex artt. 2045 c.c. e 54 c.p.).

Problemi più complessi si pongono con riferimento ai presupposti dell'attualità del pericolo e del tipo di diritto la cui violazione deve essere integrata per consentire una reazione a titolo di legittima difesa.

Quanto al primo punto, è pacificamente escluso che l'attualità sussista quando il pericolo sia passato, perché magari vi è stata desistenza dell'aggressore oppure perché il danno si è definitivamente verificato, oppure futuro, cioè riguardi eventi che accadranno solo a distanza di tempo. Il presupposto è invece integrato non soltanto nell'ipotesi di pericolo imminente, ossia di pericolo che riguardi un'azione che proprio in quegli istanti si sta compiendo, ma anche in quella di offesa perdurante, cioè di offesa che già da tempo ha cominciato ad essere realizzata ma ancora non si è esaurita²². Quest'ultima e-

22 Sul concetto di offesa perdurante ed attuale si è espressa la Corte di cassazione con sent. n. 1992/5429, secondo cui «*in tema di legittima difesa, nella formula «pericolo*

ventualità è proprio quella che nel caso concreto si profila, in quanto la sosta non autorizzata all'interno di un parcheggio privato rende perdurante la lesione del possesso, e ciò almeno fino a quando il veicolo non venga spostato.

La seconda questione, inerente all'estremo dell'offesa ingiusta di un diritto proprio o altrui, sconta una certa dose di incertezza nel momento in cui l'art. 52 c.p. non chiarisce se per diritto debba intendersi qualsiasi interesse individuale espressamente tutelato dall'ordinamento e cosa sia la "ingiustizia".

Al primo dubbio deve darsi necessariamente risposta affermativa, a maggior ragione se si tratta di situazioni di fatto, tale è il possesso, che vengono ampiamente riconosciute e tutelate dall'ordinamento giuridico²³. Con riferimento al secondo, potrebbe affermarsi che l'ingiustizia atterrebbe all'antigiuridicità penale di un comportamento, mentre non rileverebbero lesioni che esaurissero i loro effetti in ambito civilistico. Si potrebbe cioè affermare che la difesa è legittima quando serva a rispondere ad una condotta che integri gli estremi di un reato.

La posizione, tuttavia, oltre a operare un'arbitraria *divisio* che non trova riscontro nella lettera della legge, si porrebbe in contrasto anche con la *ratio* della norma, che tende semplicemente a escludere che si possa reagire a pericoli

attuale» rientrano non soltanto le situazioni statiche di minaccia di offesa ingiusta, bensì anche le ipotesi nelle quali la situazione di pericolo si protrae nel tempo, per non essersi esaurita in un solo atto l'offesa portata dall'aggressore; ma in questi ultimi casi non si può prescindere dal postulare che la condotta dell'aggressore manifesti apertamente la sua decisione all'offesa – e non sia, quindi, soltanto subdola o equivoca – e si protragga quindi con continuità di comportamenti minacciosi, non interrotta da intervalli innocui».

23 Di questo avviso sono anche, tra gli altri, FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2010, p. 284, secondo i quali «l'attacco deve avere ad oggetto un diritto altrui: per diritto si deve intendere non solo il diritto soggettivo in senso stretto, ma qualsiasi interesse giuridicamente tutelato. Posto che l'art. 52 usa il termine generico «diritto», senza distinguere a seconda della natura dell'interesse che viene in questione, se ne deve dedurre che la facoltà di difesa è esercitabile per la salvaguardia di tutti i beni indistintamente, inclusi i diritti patrimoniali». Alla luce di tali affermazioni deve essere letta la sentenza della Corte di cassazione n. 2000/2692, in base alla quale «agli effetti di quanto previsto dall'art. 52 c.p., che configura la esimente della legittima difesa, occorre che l'altrui offesa ingiusta sia volta a ledere o ad esporre a pericolo un diritto, restando invece escluse dalla sfera applicativa della norma semplici situazioni di fatto dalle quali ogni cittadino può trarre o trae determinati vantaggi o utilità soggettive nell'estrinsecazione della sua attività economico sociale». In altre parole, la Corte Suprema intende escludere la rilevanza delle situazioni di fatto alle quali effettivamente l'ordinamento non ricolleghi alcuna conseguenza e tutela giuridica, non certo di quelle, come il possesso, che al contrario vengono ampiamente riconosciute e salvaguardate.

creati nell'adempimento di doveri giuridici o nell'esercizio di una facoltà legittima. Oltre che scorretta, tale lettura sarebbe nel caso di specie anche inutile, poiché la condotta di chi si introduca in un'area privata e qui lasci in sosta prolungata il proprio veicolo potrebbe integrare ben due ipotesi reato: violazione di domicilio e invasione di terreni ed edifici, disciplinate rispettivamente dall'art. 614 c.p. e dall'art. 633 c.p. Secondo la prima norma, infatti, *«chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. La pena è da uno a cinque anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato»*; la fattispecie dell'invasione di terreni o edifici, invece, stabilisce che *«chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni o con la multa da centotré euro a milletré euro. Le pene si applicano congiuntamente, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso da più di cinque persone, di cui una almeno palesemente armata, ovvero da più di dieci persone, anche senza armi»*. È alla luce di tali considerazioni che si può tornare un istante alla vicenda del g.i.p. che aveva censurato la condotta dei proprietari dei fondi occupati, potendosi meglio comprendere l'affermazione in base alla quale il giudice avrebbe concentrato la propria attenzione eccessivamente sugli aspetti civilistici del problema, non curante della rilevanza penale caratterizzante la condotta dei proprietari dei veicoli. In sostanza avrebbe sbagliato due volte: la prima, quando non ha considerato che l'autotutela del possesso potrebbe trovare riscontro non tanto nella normativa privatistica quanto nell'art. 52 c.p.; la seconda, nel momento in cui ha concentrato l'attenzione sulla condotta dei proprietari dei fondi senza muovere alcuna censura di matrice penale al comportamento dei proprietari dei veicoli.

Per passare, ora, dai presupposti della legittima difesa ai suoi requisiti, è necessario in primo luogo occuparsi della "necessità" dell'azione difensiva.

La difesa privata può dirsi necessaria quando, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (mezzi difensivi a disposizione, tipologie di beni giuridici messi in pericolo, condizioni di tempo e di luogo) sia l'unica azione che l'agente può mettere in pratica per tutelare il proprio diritto; sia, cioè, un'azione inevitabile. Come affermato da attenta dottrina *«l'ordinamento attribuisce la facoltà legittima di autotutelare i propri diritti quando corrano il pericolo di essere ingiustamente offesi da terzi e lo Stato non sia in grado di assi-*

curare una tempestiva ed efficace tutela attraverso i suoi organi, sempreché la difesa sia necessaria e proporzionata»²⁴. Analogamente, secondo altri «l'agredito, di fronte all'alternativa tra reagire e subire, non può evitare il pericolo se non reagendo contro l'aggressore. Necessità della reazione equivale, dunque, ad inevitabilità della stessa: ed una reazione è davvero inevitabile quando non è sostituibile da un'altra meno dannosa ugualmente idonea ad assicurare la tutela dell'agredito»²⁵. Nel caso sottoposto, lo si è sottolineato, il proprietario che abbia visto il proprio fondo abusivamente occupato da altri come parcheggio, da una parte, non può chiedere la rimozione del veicolo invocando l'art. 159 c.d.s., dall'altra, non ha la possibilità di agire in via possessoria per la manutenzione del possesso, per l'assoluta inadeguatezza del rimedio giurisdizionale rispetto all'interesse vantato (rapido allontanamento di un intruso). Stando così le cose, allora, ben può ritenersi integrato il requisito della necessità nella condotta di chi, per l'impellente necessità di liberare un'area di sua proprietà dalla presenza di veicoli non legittimati alla sosta, si rivolga a terzi per la loro rimozione.

Il requisito della necessità, d'altra parte, serve a distinguere il caso dell'impiego abusivo di un parcheggio altrui dalle diverse ipotesi in relazione alle quali, pur presentandosi la medesima necessità di sgomberare aree private, ben potrebbe configurarsi l'intervento immediato della forza di pubblica sicurezza (non esistendo norme limitanti come il già visto disposto combinato di cui agli artt. 2 e 159 c.d.s.). Così, per tornare ad un esempio già fatto, chi colga sul proprio divano un intruso, il quale non abbia aria minacciosa ma si limiti ad assistere ad uno sceneggiato televisivo (dunque, senza che sussistano gli estremi per reagire *ex art. 52, comma 2, c.p.*), certamente dovrà richiedere l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza prima di agire in autotutela del proprio diritto di proprietà, e soltanto se tale intervento risultasse per qualche ragione impossibile potrebbe reagire, in maniera proporzionata, all'offesa subita.

La "proporzionalità" tra azione e reazione è il secondo requisito che deve sussistere per ritenere legittima la difesa.

Se, dunque, chi vede messo in pericolo un proprio diritto reagisce inflig-

24 MARINUCCI G. DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2013, p.

25 FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 287. La posizione dottrinale è conforme alla sentenza della Corte di cassazione n. 2008/25653, secondo la quale «ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa, il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla l. n. 59 del 2006, va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate *ex ante*, l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa ugualmente idonea alla tutela del diritto».

gendo un danno sproporzionato rispetto a quello che intendeva evitare, la fattispecie scriminante di cui all'art. 52 c.p., e la conseguente esclusione da responsabilità civile di cui all'art. 2044 c.c., non potranno operare. Su quest'ultimo punto, tuttavia, appare convincente la teoria che vede nell'eccesso colposo di legittima difesa, disciplinata in sede penale dall'art. 55 c.p., un'occasione per applicare l'art. 1227 c.c., in base al quale, com'è noto, chi ha concorso con la propria condotta colposa a causare il danno subito (nel nostro caso si tratta del soggetto agente che con la propria condotta abbia concorso a generare una reazione difensiva altrui) deve sopportarne proporzionalmente il peso economico²⁶. Il problema, che attiene al nesso causale tra danno e fatto illecito, ovviamente non si pone quando l'eccesso di legittima difesa sia stato realizzato dolosamente, cioè con la preordinazione consapevole alla lesione della sfera giuridica altrui. È chiaro che in un caso simile non potrebbe trovare applicazione la norma sul concorso causale del fatto del creditore, dal momento che quest'ultimo rappresenterebbe non più causa concorrente del fatto, bensì mero antecedente cronologico di esso²⁷.

Il problema della proporzionalità tra offesa e difesa deve essere in concreto risolto facendo riferimento al criterio del bilanciamento degli interessi²⁸. Quando questi siano omogenei, cioè quando il conflitto intercorra tra beni dello stesso tipo (patrimonio, vita, integrità fisica, ecc.), l'analisi dovrà vertere sul *quantum* della risposta rispetto all'offesa. Non sarà scusata, ad esempio, la difesa di chi, per evitare le infiltrazioni provenienti dal terrazzo del piano superiore, lo faccia esplodere con un ordigno. Al contrario, e per venire alla fattispecie di cui si discute, sembra pienamente rientrante nei limiti della propor-

26 In questo senso si vedano, tra gli altri, FRANZONI M., *Fatti illeciti. Art. 2043 – 2059, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna, 1993, p. 293, e ONDEI E., *La responsabilità per il danno arrecato per eccesso di difesa e per provocazione*, in *Foro Padano*, 1955, I, p. 597. Sui temi dell'eccesso colposo e del concorso del creditore nella causazione del danno si veda anche FLORIT M., *Il risarcimento del danno e la legittima difesa tra diritto civile e diritto penale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 7-8, 2011, p. 1635 e ss.

27 Secondo VENCHIARUTTI A., *Artt. 2044 – 2048, Commentario al codice civile diretto da Cendon*, Torino, 1991, p. 2043, nel caso di eccesso doloso di legittima difesa «l'agente sarà tenuto a rispondere integralmente delle conseguenze penali e civili determinate dalla reazione sproporzionata». Dello stesso avviso è CENDON P., *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976, p. 470.

28 Si vuole qui accogliere la tesi penalistica in base alla quale la proporzione deve essere valutata tenendo conto esclusivamente dei beni giuridici dell'aggressore e di chi reagisce, e non anche dei mezzi concretamente a disposizione dell'agredito. Infatti, la valutazione comparativa tra strumenti di difesa a disposizione e strumenti di difesa concretamente utilizzati attiene al diverso elemento della necessità, che costituisce presupposto logico-giuridico rispetto al requisito in parola.

zionalità la condotta di chi, per difendere il proprio possesso o proprietà, si adopera per rimuovere, senza procurare danni ed in luogo sorvegliato, il veicolo abusivamente lasciato in sosta.

Più complesso è il discorso quando in conflitto siano beni eterogenei, perché in tal caso deve farsi ricorso a requisiti ulteriori rispetto al grado di lesività dell'azione difensiva. Così, fuori dei casi in cui la sproporzione è evidente e non necessita di particolari indagini (il patrimonio o l'integrità fisica sono certamente sottordinati rispetto al bene della vita)²⁹, «*dovrà farsi ricorso all'ausilio di «indicatori» diversi, quali l'eventuale rilevanza costituzionale del bene, la valutazione offerta dal legislatore penale attraverso l'entità della sanzione prevista nel caso di sua violazione, la valutazione operata da norme extrapenali ecc.*»³⁰.

Resta inteso, in ogni caso, che anche tra beni afferenti a categorie diverse deve tenersi conto del grado di lesività della condotta difensiva: dovrà essere ritenuta proporzionata, ad esempio, la reazione del solito proprietario del divano il quale, dopo aver colto l'estraneo nel proprio salotto e aver invocato inutilmente l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza, si limiti a stratonare l'intruso fino alla porta di casa.

6. *Legittima difesa del possesso e tutela risarcitoria.*

Dalla ricognizione teorica degli istituti civili e penali considerati, e dalla loro concreta applicazione al caso concreto sottoposto, emerge la correttezza dell'affermazione secondo la quale chi si trovi ad essere leso nelle proprie pre-

29 Il principio è stato verbalizzato dalla Corte di cassazione con sent. n. 2009/47117 nei seguenti termini: «*il requisito della proporzione tra offesa e difesa viene meno nel caso di conflitto fra beni eterogenei, allorché la consistenza dell'interesse leso (la vita della persona) sia molto più rilevante, sul piano della gerarchia dei valori costituzionali, di quello difeso (l'integrità fisica), ed il danno inflitto con l'azione difensiva (la morte dell'offensore) abbia un'intensità e un'incidenza di gran lunga superiore a quella del danno minacciato (lesioni personali, neppure gravi al momento dell'inizio dell'azione omicida)*». Come si è visto, la legge n. 59/2006 è intervenuta per disciplinare un'ipotesi di conflitto tra beni eterogenei, prevedendo una presunzione di proporzionalità quando la reazione difensiva sia posta in essere conformemente ai presupposti indicati dall'art. 52, commi 2 e 3, c.p. La *ratio* della novità legislativa è da rinvenire nell'esigenza di assicurare maggiore uniformità di giudizio rispetto ad ipotesi analoghe che, proprio per le difficoltà e le incertezze connaturate al meccanismo del bilanciamento tra beni eterogenei, spesso venivano giudicate con esiti differenti.

30 FIANDACA G. MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 290.

rogative dominicali o possessorie, senza che possa configurarsi l'utile³¹ intervento dell'autorità pubblica, ha la facoltà di reagire in termini di difesa legittima del proprio interesse.

Nello specifico, lo si è visto, ben può legittimarsi la rimozione di veicolo sostante su suolo privato, giacché l'esperimento di un'azione di manutenzione ex art. 1170 c.c. risulta palesemente in contrasto con una rapida ed efficace attuazione dell'interesse vantato dal possessore.

L'addentellato normativo della posizione ora assunta non può rinvenirsi che in una lettura sistematicamente coordinata dell'ordinamento penale e civile. In quest'ultimo, infatti, non è dato riscontrare, di per sé, alcuna norma che consenta ai privati, in via generale, di farsi giustizi da soli. Tutte le ipotesi civilistiche di autotutela privata rispondono a previsioni tassativamente e puntualmente determinate dal legislatore, anzi proprio la *ratio* delle disciplina sulle azioni possessorie è da rinvenire, come visto, nell'esigenza che *ne cives ad arma ruant*.

Tuttavia, l'art. 2044 c.c. richiama espressamente la nozione di legittima difesa. La norma assume una rilevanza centrale perché, pur limitandosi a disciplinare la scriminante sotto il profilo risarcitorio, consente di introdurre in ambito civilistico le categorie sancite con l'art. 52 c.p., il quale, invece, si occupa dei profili della punibilità. In altre parole, l'art. 2044 c.c. rappresenta in questa materia il ponte, l'anello di congiunzione, tra il diritto privato e il diritto penale; ciò in realtà non deve stupire, perché la natura dell'art. 52 c.p. non è di norma penale, bensì, come tutti riconoscono, proprio di norma o principio generale dell'intero ordinamento. Ciò che è scusato in ambito penale deve esserlo anche secondo le regole del diritto privato, ed è sulla base di questo assunto (ampiamente dimostrato) che deve riconoscersi la legittimità della condotta di chi abbia rimosso il veicolo altrui.

La configurazione di obblighi risarcitori in capo al proprietario del veicolo o, per converso, in capo a chi lo abbia fatto rimuovere costituisce corollario rispetto alla posizione assunta sull'ammissibilità della legittima difesa nel possesso.

Coerentemente alla posizione qui accolta, allora, deve ritenersi quanto segue. Il soggetto che con la propria condotta antiggiuridica abbia legittimato il possessore a difendere in via di autotutela il proprio interesse deve, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 c.c., risarcire i danni provocati. In particolare, se il

31 A ben vedere, l'intervento dell'autorità pubblica deve essere considerato utile non già perché di esso venga fatta astratta previsione normativa, come avviene nel caso delle azioni a tutela del possesso o della proprietà, bensì quando di fatto, cioè sulla base delle circostanze del caso concreto, consenta effettivamente il soddisfacimento dell'interesse protetto.

proprietario-possessore di un fondo ha dovuto fare ricorso ad un servizio privato di rimozione forzata, i costi di quest'ultimo dovranno essere imputati ai titolari dei veicoli rimossi.

Qualche dubbio, semmai, potrebbe residuare rispetto alle concrete modalità di tale rimborso. Anzitutto, esattamente come avvenuto nel caso sottoposto, l'onere economico della rimozione potrebbe essere posto direttamente a carico dei proprietari delle autovetture, i quali vedrebbero così subordinata la riconsegna del mezzo all'effettivo versamento delle somme pretese. Diversamente, potrebbe affermarsi che al soggetto che chiedi la rimozione spetti l'anticipazione delle spese, da liquidare poi in successivo giudizio a titolo di risarcimento del danno (danno emergente). Pare preferibile questa seconda posizione, e ciò per almeno tre ordini di ragioni.

Anzitutto, se si ritenesse che l'onere economico della rimozione possa essere posto direttamente a carico dei proprietari delle vetture si aprirebbe la strada a facili collusioni tra titolari delle aree adibite a parcheggio e società di rimozione veicoli. I proprietari dei veicoli infatti, costretti dalla necessità di riottenere la disponibilità dell'auto, sarebbero indotti a versare qualsiasi somma venisse loro richiesta, salva, ovviamente, la presumibile richiesta di un intervento dell'autorità giudiziaria. È evidente, però, come tale evenienza falsificherebbe la tesi qui respinta, in quanto dimostrerebbe che, in ultima analisi, è solo il giudice a poter liquidare il danno al di fuori di un accordo spontaneo tra le parti.

In secondo luogo, il diritto di trattenere la vettura fino al pagamento delle spese per la rimozione non trova riscontro in alcuna norma dell'ordinamento, tantomeno nell'art. 1152 c.c. disciplinante il diritto di ritenzione³². Quest'ultimo, infatti, costituisce norma non applicabile in via analogica, stante la natura eccezionale della facoltà incorporata, che essenzialmente consiste nell'esercizio di autotutela con funzione coercitiva indiretta. Pertanto, la disposizione risulta inapplicabile al di fuori del perimetro soggettivo da essa indicato; in particolare, essa non regola la posizione di chi abbia con il bene un rapporto qualificabile in termini di detenzione. Di questo avviso è anche la Corte di cassazione, secondo la quale «*la ritenzione ex art. 1152 è prevista a favore del possessore di buona fede convenuto nel giudizio di rivendicazione e non del detentore, convenuto in un'azione personale restitutoria*»³³. Per tali ragio-

32 La norma stabilisce che «*il possessore di buona fede può ritenere la cosa finché non gli siano corrisposte le indennità dovute, purché queste siano state domandate nel corso del giudizio di rivendicazione e sia stata fornita una prova generica della sussistenza delle riparazioni e dei miglioramenti. Egli ha lo stesso diritto finché non siano prestate le garanzie ordinate dall'autorità giudiziaria nel caso previsto dall'articolo precedente*».

33 Corte di cassazione sent. n. 2003/2863.

ni, la condotta della società di rimozione che rifiutasse la consegna del veicolo potrebbe urtare (anche nella forma più lieve del tentativo) con le previsioni di cui agli artt. 646 c.p. e 929 c.p., disciplinanti rispettivamente il delitto di appropriazione indebita³⁴ e quello di estorsione³⁵.

Infine, non può disconoscersi che i contratti stipulati tra i proprietari delle aree di parcheggio e le società di rimozione possono produrre effetti obbligatori esclusivamente nei confronti delle parti accedenti all'accordo, non invece con riguardo a terzi che rispetto agli accordi medesimi si trovano in una posizione di totale estraneità. L'affermazione s'impone sulla base del ben noto principio della relatività degli effetti del contratto, sancito dall'art. 1372 c.c., secondo il quale *«il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge»*.

È bene chiarire, in ogni caso, che di per sé il contratto non ha causa illecita (esso, infatti, è il mezzo per esercitare una facoltà del proprietario che si è visto essere legittima), pertanto deve essere ritenuta scorretta la teoria che fonda la tutela per il titolare del veicolo a partire dalla nullità *ex art.* 1343 c.c. del contratto di appalto stipulato *inter alios*.

Alla luce di tali considerazioni, nel caso in cui le somme fossero già state versate, ben si potrebbe profilare un'ipotesi di indebito soggettivo *ex art.* 1188 c.c. (c.d. indebito soggettivo *ex latere creditoris*), che obbligherebbe la società di rimozione e quella per l'incasso delle fatture alla restituzione di quanto ricevuto dai proprietari dei veicoli.

7. Breve riepilogo e riflessioni finali.

Tirando le fila di quanto finora affermato, si può constatare che il possessore di un'area privata adibita a parcheggio può autonomamente difendere le proprie prerogative rispetto a chi ne abbia fatto uso senza autorizzazione, e ciò in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 2 c.d.s., 159 c.d.s., 2044 c.c. e 52 c.p.

34 *«Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, si appropria il denaro o la cosa mobile altrui di cui abbia, a qualsiasi titolo, il possesso, è punito, a querela della persona offesa con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a € 1.032. Se il fatto è commesso su cose possedute a titolo di deposito necessario, la pena è aumentata. Si procede d'ufficio se ricorre la circostanza indicata nel capoverso precedente o taluna delle circostanze indicate nel n. 11 dell'articolo 61»*.

35 *«Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni e con la multa da € 516 a € 2.065»*.

Inoltre, egli ha diritto, sulla base di principi sanciti dall'art. 2043 c.c. , al rimborso delle spese sostenute per approntare il servizio di rimozione. Le somme suddette, tuttavia, devono essere necessariamente liquidate in via giudiziale: appare scorretta la pratica di subordinare la riconsegna del veicolo al loro pagamento da parte dei proprietari dei mezzi. Nel caso in cui ciò avvenga, nel caso cioè in cui questi ultimi adempiano all'onere economico, i pagamenti rappresenteranno attribuzioni patrimoniali indebitamente disposte in favore delle società di rimozione e di incasso delle fatture, per le quali, da un punto di vista penalistico, si potrebbero profilare ipotesi di responsabilità sia nella forma del delitto tentato che in quella del delitto consumato.

Questi sono i rimedi che il legislatore predispone in favore dei proprietari di aree di parcheggio abusivamente occupate da soggetti non legittimati. Si tratta di strumenti, in particolare la legittima difesa, capaci di restituire alle prerogative possessorie una tutela più rapida e funzionale. Strumenti che, beninteso, non possono sostituire, anche in termini di efficacia, la buona educazione dei cittadini.

CASO 4: DIRITTI REALI E DIRITTO DELLE SOCIETÀ

A, B e C sono soci della società semplice ABC. Questa è registrata come proprietaria del terreno G sul Registro delle Imprese e sul Registro Immobiliare.

Il 1 giugno 2013 C trasferisce la sua quota nella società ABC a D, col consenso di A e B. A promette a D di far registrare il cambio di soci sul Registro delle Imprese quanto prima ma se ne dimentica.

Il 3 giugno 2013, E manifesta, nei confronti di A, B e C, il suo interesse all'acquisto del terreno G per 300 mila €. A chiama D che non è disposto a vendere il terreno per una cifra inferiore a 500 mila €. Poiché A e B ritengono escluse altre occasioni di vendita, convincono C a concludere con loro, senza che E se ne accorga.

A, B e C vendono il terreno G tramite contratto (preliminare) notarile come "società semplice, composta da A, B e C, proprietaria". Inoltre, autorizzano, la registrazione di una clausola di prelazione (riserva di priorità) sul registro immobiliare in favore di E che viene iscritta nel registro il 10 giugno 2013.

Il 12 giugno 2013, D viene a sapere tutto. Si rifiuta di partecipare all'atto (definitivo) di trasferimento del terreno ad E anche se quest'ultimo vuole avere il terreno a tutti i costi e non si vuole accontentare di una compensazione pecuniaria.

Il 16 giugno 2013, D viene registrato sul Registro delle Imprese come nuovo socio della società ABD.

D è dell'opinione che la società ABD non è obbligata a nulla. Ritiene, inoltre, che anche la clausola di prelazione in favore di E non produrrebbe alcun effetto in mancanza di un contratto valido con la società ABD.

Se così non fosse, la società ABD dovrebbe almeno ricevere il prezzo di compravendita da E o una compensazione per i danni subiti da A, B e C.

E ritiene che la sua buona fede nel registro immobiliare e nel Registro delle Imprese andrebbe protetta.

A, B e C ritengono che il prezzo di vendita spetterebbe solo a loro perché loro (e non D) avrebbero venduto il terreno. Il terreno ha un valore di mercato di 400 mila €.

Quali pretese hanno E, la società ABD e A, B e C come individui?

SOLUZIONE

MARIA CRISTINA CARTA

La vicenda in esame merita di essere inquadrata all'interno della più generale disciplina dettata *ex artt.* 2251-2290 c.c. in materia di società semplice, ovvero di quella società che si identifica con lo schema generale di cui all'art. 2247 c.c.¹ senza alcuna ulteriore particolarità².

Volendo, quindi, preliminarmente tratteggiare le linee essenziali della normativa sulla società semplice, occorre, in primo luogo, precisare che essa costituisce la forma più elementare di società di persone³. La caratteristica

1 Ai sensi dell'art. 2247 c.c.: «con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili».

2 In materia di società semplice cfr. *ex multis* : CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale: La società semplice e la società in nome collettivo*, 2012; DE STEFANIS C., *La società semplice. Guida pratica*, 2012; GRIPPO G., *Commentario delle società*, 2009.

3 Il contratto di società è *intuitu personae* nelle ipotesi in cui ha rilevanza la persona del contraente, le sue qualità personali. Di conseguenza il socio non può alienare la sua quota senza il consenso degli altri soci e, in caso di morte, i suoi eredi non diventano soci della società di persone senza il consenso dei soci rimasti. Quello appena ricordato rappresenta un aspetto di fondamentale rilevanza per la soluzione del caso di specie, con particolare riferimento alla questione concernente la validità della cessione delle quote sociali. Un'altra importante differenza tra le società di capitali e quelle di persone sta nell'assenza, per queste ultime, del metodo assembleare. In altre parole nelle società di persone le decisioni dei soci possono essere prese anche informalmente attraverso consultazioni individuali, senza che sia necessario seguire procedimenti di tipo collegiale o assembleare, anche se lo statuto potrebbe prevederli per alcune decisioni. Le società di persone non sono persone giuridiche, ma godono dell'autonomia patrimoniale e, di regola, i soci rispondono con il loro patrimonio in via sussidiaria delle obbligazioni assunte dalla società. La principale conseguenza del fatto che le società semplici non siano persone giuridiche, diversamente dalle società di capitali, consiste nel fatto che i soci rispondono con il proprio patrimonio per le obbligazioni contratte dalla società. Tuttavia la società di persone costituisce un proprio patrimonio del quale possono disporre solo gli organi della società, e non i singoli soci; tale patrimonio è la principale garanzia dei creditori sociali per le obbligazioni assunte dalla società. Trattandosi, però, di semplice autonomia patrimoniale, il creditore sociale può attaccare, in maniera più o meno diretta secondo il tipo di organizzazione sociale, il patrimonio personale del singolo socio se il patrimonio della società risulta insufficiente. Ciò, tuttavia, non significa che queste società non abbiano soggettività giuridica. Numerose norme del codice civile v. artt. 2266, 2659, 2839) prendono, infatti, in considerazione la società in quanto tale, co-

fondamentale di questo tipo di società è rappresentata dal fatto che essa può avere per oggetto esclusivamente l'esercizio di attività economiche lucrative non commerciali⁴. Rappresenta, infatti, il regime residuale dell'attività societaria non commerciale, destinato a trovare applicazione ove non risulti che le parti abbiano voluto optare per uno degli altri tipi legislativamente previsti.

Possono, pertanto, essere costituite nella forma della società semplice solo le società aventi ad oggetto l'esercizio di un'attività diversa da quella commerciale, alle quali, conseguentemente, non si applicano le norme relative agli altri tipi di società personale (ovvero le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice).

Altra caratteristica della società semplice è la responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali, anche se, con apposito patto, può escludersi la responsabilità dei soci che non abbiano poteri di rappresentanza. Nella società semplice, dunque, il creditore potrà soddisfarsi sia sul patrimonio della società, sia sul patrimonio dei soci illimitatamente responsabili. Tuttavia è necessario precisare che, qualora sia stato richiesto direttamente al socio, per primo, il pagamento di quanto dovuto, quest'ultimo potrà richiedere al creditore che venga preventivamente escusso il patrimonio sociale, ovvero potrà indicare al medesimo i beni della società sui cui potersi agevolmente soddisfare (c.d. *beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale*).

Passando ora ad analizzare più nello specifico, le tematiche che attengono le questioni poste dal caso in esame, in ordine alla costituzione della società semplice, occorre sottolineare che per quanto riguarda il contenuto dell'atto costitutivo non sono dettate, relativamente alla forma, delle disposizioni specifiche. È, dunque, ammessa la conclusione orale o per *facta concludentia*.

me soggetto distinto dalle singole persone dei soci. Di conseguenza si può ritenere che tali enti abbiano soggettività giuridica, anche se questa non coincide con la personalità giuridica vera e propria che è invece appannaggio delle società di capitali.

4 La sfera di applicazione delle società semplici, in particolare, può estendersi all'esercizio di attività agricole, con alcune limitazioni. In particolare:

- la società non può avere ad oggetto il mero godimento di beni, ma l'esercizio comune e concreto di attività economica;
- le comunioni tacite familiari, come i gruppi familiari esercenti l'agricoltura su fondi propri o altrui, sono regolate dagli usi e non dal contratto di società;
- attività di gestione di immobili: l'art. 29 della legge 27 dicembre 1997 n. 449 ha previsto la trasformazione in società semplici di società commerciali aventi ad oggetto in via esclusiva la gestione di beni immobili non strumentali all'esercizio dell'impresa, di beni mobili registrati, o di quote di partecipazione in società. Si tratta, però, di norma eccezionale, oltre che temporanea.

Il contratto di società semplice è, infatti, stipulato *intuitu personae*⁵ e, stante quanto disposto dall'art. 2251 c.c., non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti⁶.

Così, in teoria, in caso di conferimento in proprietà di beni immobili, sarà necessaria la forma scritta ma solo per quanto riguarda l'atto di conferimento e non già per l'intero contratto sociale, salvo che il bene per il cui conferimento si richiede l'atto scritto sia funzionale al perseguimento dello scopo sociale.

Per quanto concerne il processo di **trasferimento delle quote partecipative** nell'ambito delle **società di persone**, occorre sin da ora **evidenziare come lo stesso** assuma una certa rilevanza, soprattutto per i relativi diritti ed obblighi sottostanti. In particolare, merita sottolineare come la cessione di quote a titolo oneroso si configura come una fattispecie non espressamente prevista dal codice, facendosi riferimento alle regole previste per il contratto di vendita in genere (artt. 1470-1547).

La peculiarità principale di tale atto è che, essendo il contratto di società di persone basato sull'*intuitu personae*, il trasferimento delle quote partecipative non può essere fatto liberamente; infatti, ad eccezione di norme statutarie che disciplinino la materia *ad hoc*, la cessione richiede il consenso unanime degli altri soci.

Come regola generale, cioè, per il trasferimento di quote sociali è richiesta l'unanimità dei consensi; tuttavia, si renderà necessaria nella pratica l'analisi dell'atto costitutivo che potrebbe prevedere diverse altre possibilità quali la cessione subordinata al consenso della maggioranza dei soci, apposite clausole che richiedano il solo consenso del cedente e del cessionario con diritto di

5 Ciò significa sostanzialmente che nella società semplice la persona del socio, ed in particolare le qualità personali del medesimo, rivestono un'assoluta rilevanza. Come regola generale, infatti, un socio non può alienare le sue quote senza il consenso degli altri soci ed in caso di morte, gli eredi non subentrano nella sua posizione se non previa prestazione del consenso da parte di tutti gli altri soci.

6 Ai sensi dell'art. 2251 c.c., rubricato contratto sociale: «nella società semplice il contratto non è soggetto a forme speciali, salvo quelle richieste dalla natura dei beni conferiti». Al riguardo, merita evidenziare come, in ogni caso, la costituzione della società semplice rimane improntata alla massima semplicità formale e sostanziale, anche perchè la registrazione non incide nè sull'esistenza come per le società di capitali) nè sulla disciplina come per le altre società di persone) della società. Ed invero, il contratto di società semplice può essere concluso anche verbalmente o può altresì risultare da comportamenti concludenti (società di fatto); ciò in quanto l'eventuale silenzio delle parti, in merito ad aspetti anche essenziali del contratto di società (quali, ad esempio, i conferimenti) viene colmato dal Legislatore attraverso la previsione di norme suppletive (artt. 2253, 2257 e 2263).

prelazione, clausole di gradimento o, infine, il principio della libera trasferibilità delle quote⁷.

Una volta compiuta tale doverosa precisazione, deve ulteriormente evidenziarsi che in materia di trasferimento di quote partecipative il consenso dei soci è necessario per l'efficacia del contratto nei confronti della società.

Il mancato consenso degli altri soci (diversi cioè dal cedente e cessionario), infatti, non incide in alcun modo sul perfezionamento e la validità della cessione fra le parti⁸ in quanto fra cedente e cessionario, si produrranno gli stessi effetti della cessione dei soli diritti patrimoniali inerenti la quota.

La norma di riferimento in materia di MODIFICAZIONI DEL CONTRATTO SOCIALE è rappresentata dall'art. 2252 c.c. che, in ordine alla società semplice ed alla società in nome collettivo dispone che «*il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente*», ossia a meno che i soci non abbiano inserito nell'atto costitutivo delle clausole che permettano di approvare il trasferimento secondo una differente maggioranza o che ne consentano la libera trasferibilità. In assenza di diversa pattuizione, quindi, la vigente disciplina mira a tutelare primariamente l'interesse del singolo socio a che siano mantenute inalterate le basi organizzative (soggettive ed oggettive) originariamente convenute.

In forza della disposizione sopra citata, nessun patto contrattuale e nessun aspetto della disciplina legale integrativa è modificabile senza il consenso di tutti e quindi di ciascun socio laddove, per l'appunto, tra le modificazioni del contratto sociale rientrano certamente anche i mutamenti della composizione della compagine sociale.

In siffatte ipotesi, proprio in ragione del rapporto fiduciario (*intuitu personae*, che vede l'identità e le qualità personali di ciascuno dei contraenti come determinanti) che normalmente intercorre tra i soci, il consenso di tutti

7 In ordine alle formalità previste per il trasferimento va detto che troveranno applicazione le regole concernenti il perfezionamento di un contratto di compravendita avente per oggetto quote di partecipazione sociale. Nel caso in cui le parti addivengano alla stipula di un contratto preliminare, sarà sufficiente il semplice accordo tra le stesse; nell'ipotesi in cui, invece, dovessero procedere alla stipula di un contratto definitivo, allora l'atto dovrà avere la forma scritta anche in funzione della obbligatoria iscrizione dello stesso nel Registro delle Imprese.

8 In ogni caso, è possibile escludere pattiziamente la necessità del consenso da parte degli altri soci laddove, tuttavia, il patto contrario dovrà necessariamente essere contemplato nell'atto costitutivo. Per una dettagliata trattazione del tema v. «*Cessione di quote sociali nelle s.n.c. e s.a.s.*», a cura di Centro Studi Castelli, in *RatioSocietà* 2013 n. 3.

gli altri soci è necessario per il trasferimento della quota sociale, sia fra vivi che a causa di morte.

In mancanza di consenso, pertanto, il trasferimento per atto tra vivi ed anche la costituzione di diritti reali sulla quota (usufrutto e pegno) sono improduttivi di effetti per la società e per gli altri soci.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità è oggi unanime nel ritenere che: «si ha modifica del contratto sociale anche quando si trasferisce una quota. Tale modificazione se avviene in seguito a trasferimento inter vivos, deve essere accettata da tutti i soci, sempre che diversamente non risulti dal contratto, ma a fini della opponibilità»⁹.

Concludendo su questo aspetto: sebbene in teoria non sarebbe necessaria in quanto non obbligatoria per legge, nella pratica, tuttavia, costituendo la cessione di quota una modifica dell'atto costitutivo, essa dovrà assumere la stessa forma di questo. Si richiede, peraltro, la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata) anche per l'iscrizione della cessione di quote, ossia dell'atto di modificazione del contratto sociale con variazioni nella compagine societaria, nel Registro delle Imprese *ex* artt. 2296 e 2300 c.c.¹⁰.

Alla luce di quanto appena affermato, e volendo trasfondere detti principi al caso in esame, deve evidenziarsi l'assoluta correttezza e validità del trasferimento di quote avvenuto all'interno della società semplice ABC, dal socio cedente C a quello cessionario D, essendo stato rispettato l'unico requisito di validità legislativamente previsto, ovvero il consenso di tutti gli

9 Al riguardo v. Cass. 8784/1997 in <<http://www.ilcaso.it>>.

10 Ai sensi dell'art. 2296 c.c. dettato in materia di pubblicazione dell'atto costitutivo della s.n.c.: «l'atto costitutivo della società, con sottoscrizione autenticata (2703) dei contraenti, o una copia autentica (2714) di esso se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico (2699), deve entro trenta giorni essere depositato per l'iscrizione, a cura degli amministratori (2626), presso l'ufficio del registro delle imprese (2188 e seguenti; att. 99 e seguenti) nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale. Se gli amministratori non provvedono al deposito nel termine indicato nel comma precedente, ciascun socio può provvedervi a spese della società, o far condannare gli amministratori ad eseguirlo. Se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico, è obbligato ad eseguire il deposito anche il notaio». L'art. 2300 c.c. in relazione alla pubblicità delle modificazioni dell'atto costitutivo, prevede che: «Gli amministratori devono richiedere nel termine di trenta giorni all'ufficio del registro delle imprese (att. 99 e seguenti), l'iscrizione delle modificazioni dell'atto costitutivo e degli altri fatti relativi alla società, dei quali è obbligatoria l'iscrizione (2626). Se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica (2626, 2703). Le modificazioni dell'atto costitutivo, finché non sono iscritte, non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza».

altri soci (A e B). Non vi sono, infatti, nella traccia elementi che portino a ritenere che nell'atto costitutivo della società ABC fossero previste per la cessione di quote maggioranze, diverse dall'unanimità.

Orbene, ci si deve ora soffermare sul reale nodo della questione posta dal caso di specie ovvero sulle conseguenze della mancata iscrizione della modifica della compagine sociale nel registro delle Imprese e sulla relativa non opponibilità ai terzi della medesima.

La normativa di riferimento è, al riguardo, contenuta nel Libro V, Capo III del c.c., interamente dedicato al Registro delle Imprese (artt. 2188 ss).

Per quanto attiene il REGIME DI PUBBLICITÀ CHE INTERESSA I TRASFERIMENTI DI QUOTE SOCIALI merita precisare che in base al codice del 1942 la società semplice non era assoggettata ad iscrizione nel registro delle imprese. Tuttavia, con la riforma del registro delle imprese del 1993 è stata prevista l'iscrizione in tale registro anche per questo tipo di società¹¹.

L'iscrizione, che avviene nella sezione speciale del registro delle imprese, era originariamente priva di specifici effetti giuridici avendo unicamente una funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia.

Successivamente, però, l'art. 2 del D. lgs. n. 228/2001 ha attribuito funzione di pubblicità legale – efficacia dichiarativa *ex art.* 2193 c.c.¹², all'iscrizione nella sezione speciale delle società semplici¹³.

La novità legislativa comporta attualmente che, in ogni caso, la modifica della compagine sociale debba essere iscritta nel Registro delle Imprese per

11 Si veda art. 8, co. 4 della L. 580/1993, ed attualmente art. 2 del D.P.R. 558/1999.

12 Tale disposizione, rubricata «efficacia dell'iscrizione» prevede che: 1. i fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne iscrizione, a meno che questo provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. 2. L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta. 3. Sono salve le disposizioni particolari della legge

13 Il sistema di pubblicità legale risponde all'esigenza di disporre di informazioni veritiere e non contestabili. È previsto l'obbligo di rendere di pubblico dominio, secondo forme e modalità predeterminate (quali appunto l'iscrizione nel Registro delle Imprese), specifici atti o fatti relativi alla vita dell'impresa. Le relative informazioni diventano non solo accessibili ai terzi interessati, ma anche a loro opponibili indipendentemente dall'effettiva conoscenza (conoscibilità legale). Il registro delle imprese, operativo dal 1997, è oggi l'unico strumento di pubblicità legale per le imprese commerciali. L'iscrizione nel registro delle imprese dal 2001 è stata inoltre estesa anche agli imprenditori agricoli anche piccoli e alle società semplici esercenti attività agricola.

conferirle validità nei confronti dei terzi e per renderla ad essi opponibile.

Ed invero, *ex art.* 2300 c.c. nelle società in nome collettivo le modificazioni dell'atto costitutivo sono soggette a pubblicità legale e finché non sono state iscritte nel registro delle imprese non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza.

La modificazione indipendentemente dall'iscrizione è perfetta e produttiva di effetti ma solo *inter partes* ed è, inoltre, in linea di principio immediatamente eseguibile, se non diversamente disposto per legge (artt. 2306 e 2503); tuttavia, se non iscritta tempestivamente nel Registro delle Imprese NON è opponibile ai terzi.

Identico regime, a seguito della previsione dell'iscrizione nel registro delle imprese con efficacia di pubblicità legale *ex art.* 2 D. lgs. 228/2001, spetta oggi anche alla società semplice, diversamente da quanto avveniva in passato, ove le costituzioni dell'atto costitutivo dovevano necessariamente essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei (ma non con obbligo di iscrizione nel Registro delle Imprese) e non erano opponibili a coloro che le avessero ignorate senza colpa.

L'atto di trasferimento di quote, pertanto, non è opponibile ai terzi finché non risulta dal Registro delle Imprese. Gli amministratori devono richiedere, entro 30 giorni, l'iscrizione delle modificazioni dell'atto costitutivo (relative alla compagine sociale) al competente ufficio del Registro delle Imprese *ex art.* 2300, c. 1 c.c.¹⁴.

14 Più tecnicamente, ai fini della richiesta di iscrizione della modifica della compagine sociale nel Registro delle Imprese è necessaria la compilazione in via telematica di un modello di deposito specifico. In caso di inadempimento da parte degli amministratori al menzionato obbligo di pubblicità, sia il socio cedente sia quello cessionario potrebbero provvedere, a spese della società, al deposito per l'iscrizione del trasferimento della quota sociale o potrebbero persino ricorrere al tribunale affinché gli amministratori vengano condannati ad eseguire al deposito medesimo (estensione della disciplina prevista dall'art. 2296 c.c. anche alle modificazioni dell'atto costitutivo). In caso contrario, circa quelle che potrebbero essere le conseguenze pratiche derivanti dalla mancata iscrizione dell'atto di cessione di quote nel Registro delle Imprese, va detto che poiché il trasferimento di quote non trascritto non è opponibile ai terzi, il socio cedente risulterà essere illimitatamente e solidalmente responsabile anche per le obbligazioni sociali sorte successivamente alla cessione stessa ed alla sua fuoriuscita dalla società, a meno che egli non riesca a provare che i terzi conoscevano l'avvenuto scioglimento del vincolo sociale o avrebbero potuto conoscerlo utilizzando l'ordinaria diligenza. Diversa situazione si profila poi per il nuovo socio che sarà responsabile, per tutte le obbligazioni sociali, anche se sorte in data anteriore all'acquisto e ciò in quanto chi entra a far parte di una società già costituita risponde con gli altri soci per le obbligazioni sociali anteriori all'acquisto della qualità

Ciò significa sostanzialmente che il trasferimento di quote operato dal socio cedente C al socio cessionario D, è assolutamente valido ed efficace *inter partes*. Tuttavia, non essendo stato tempestivamente trascritto nel Registro delle Imprese, esso è privo di qualsivoglia efficacia ai fini della opponibilità ai terzi, per i quali è come se tale cessione di quote non fosse mai avvenuta. Dato questo che si dovrà tenere in debita considerazione ai fini della soluzione della vicenda oggetto di trattazione, con particolare riferimento alla posizione del terzo E.

In realtà, occorre evidenziare che in Italia è previsto l'onere per il pubblico ufficiale, ovvero il Notaio che ha proceduto alla stipula dell'atto di cessione di quote sociali a titolo oneroso (che, come già evidenziato, segue le regole generali dettate in materia di compravendita per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam*), di procedere tempestivamente all'annotazione della modifica della compagine sociale nel Registro delle Imprese. Tenuto conto di tale assunto, dunque, secondo la disciplina vigente il socio cessionario D, a fronte dell'inadempimento da parte del Notaio, avrebbe potuto chiedere al medesimo un risarcimento danni o comunque sollecitarlo a procedere alla suddetta annotazione nei termini di legge.

Così agendo, il socio cessionario D avrebbe di certo reso meno forte la posizione di E, proprio in ragione del disposto di cui al co. 2 dell'art. 2193 c.c.; se, infatti, dopo aver scoperto l'operato di A, B e C, D avesse proceduto all'iscrizione dell'avvenuto trasferimento quote nel R.I., l'acquirente E non avrebbe più potuto opporre l'ignoranza del cambio della compagine sociale.

Una volta compiuta tale doverosa precisazione, ed andando oltre, presupponendo che fosse davvero onere del socio A procedere all'annotazione della cessione di quote sociali, occorre ora riprendere un principio inizialmente accennato ovvero quello secondo cui la libertà di forma per la costituzione delle società di persone e, quindi, anche della società semplice, incontra un LIMITE quando, così come sancito dall'art. 2251 c.c., forme speciali sono richieste dalla natura dei beni conferiti. È, infatti, prevista *ex art.* 1350 nn. 1 e 9, la forma scritta a pena di nullità qualora il conferimento abbia per oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari, anche per il semplice godimento a tempo indeterminato o per un tempo eccedente i nove anni.

È, tuttavia, opinione diffusa che la forma scritta sia richiesta solo per la validità del conferimento immobiliare, non per la validità del contratto di società. In mancanza, perciò, sarà nullo solo il vincolo del socio conferente e potrà aversi nullità della società solo quando la partecipazione di quel socio

riveste rivesta carattere essenziale (art. 1420 c.c.)¹⁵.

D'altra parte anche motivi di certezza giuridica fra le parti e soprattutto nei confronti dei terzi, rendono pressoché ineludibile la forma scritta, ritenuta necessaria, inoltre, da parte della giurisprudenza tutte le volte che il patrimonio sociale comprenda diritti o beni per il cui conferimento è necessario l'atto scritto, come nel caso dei beni immobili (Cass. 31.10.1981, n. 5761).

Nel caso di specie, pertanto, pare potersi affermare con ragionevole certezza che la vendita del terreno G operata dalla società semplice A,B,C sia assolutamente valida per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo in quanto trattasi di vendita di immobile avvenuta in forma scritta attraverso la stipula di apposito atto notarile (preliminare di vendita), ed in secondo luogo in quanto, non essendo stata al momento della stipula del contratto ancora trascritta la modifica della compagine sociale, l'acquirente E (che non era a conoscenza dell'avvenuta cessione di quote dal socio C al socio D) ha correttamente concluso l'acquisto con la società semplice A,B,C, che secondo quanto certificato dal pubblico registro era legittima proprietaria del terreno G.

L'acquisto del terreno compiuto da E riceve, infatti, all'interno del nostro ordinamento piena tutela in ragione del legittimo affidamento riposto dal terzo in buona fede nei pubblici registri (immobiliari e delle imprese) dai quali risultava che il terreno appartenesse alla Società ABC, e ciò a prescindere dalla compagine sociale della stessa. Indiscussa, infatti, sembra essere nel caso di specie la buona fede di E al momento dell'acquisto. Ed invero, solo A, B, C e D erano perfettamente a conoscenza dell'avvenuto trasferimento di quote e della mancata pubblicità dello stesso nel registro delle Imprese.

Per le stesse ragioni piena efficacia deve riconoscersi altresì all'iscrizione del 10 giugno 2013 della clausola di prelazione¹⁶, verosimilmente inserita

15 Deve ulteriormente precisarsi che il conferimento senza atto scritto di un immobile non sempre darà luogo alle conseguenze sinora esposte. Infatti, qualora il conferimento a titolo di proprietà non sia indispensabile per lo svolgimento dell'attività sociale (ad esempio immobile adibito a locale dell'impresa comune) – come pare potersi ritenere nella vicenda in esame - l'applicazione del fondamentale principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c., potrebbe consentire di interpretare la volontà delle parti nel senso che l'immobile è stato conferito a titolo di godimento infranovenale, massima durata compatibile con la mancanza di forma scritta.

16 La clausola di prelazione comporta sostanzialmente, per il soggetto in favore di cui è pattuita, il diritto di essere preferito, a parità di condizioni, a qualsiasi altro soggetto, nel caso in cui il soggetto passivo della prelazione dovesse decidere di stipulare un determinato contratto. Il diritto di prelazione, in ogni caso, non obbliga quest'ultimo soggetto a concludere il contratto di compravendita, in quanto conserva la piena libertà

all'interno di un contratto preliminare di vendita in favore di E. Non avrebbe, infatti, avuto alcun senso inserire una simile clausola all'interno di un contratto definitivo in cui E risultasse essere il compratore.

In forza di tali considerazioni, pertanto, assolutamente legittima appare la pretesa di E di addivenire alla stipula del contratto definitivo di compravendita ed il relativo rifiuto di ricevere un'eventuale compensazione pecuniaria.

Il fatto, poi, che il nuovo socio D non fosse d'accordo ed abbia scoperto soltanto in un secondo momento l'avvenuto trasferimento di proprietà del terreno G in favore di E, a causa della mancata iscrizione della modifica della compagine sociale nel Registro delle Imprese, non ha alcuna specifica rilevanza.

Essendo, pertanto, prive di qualsivoglia fondamento giuridico le pretese del socio cessionario D, volte a far valere la nullità o l'inesistenza del contratto di compravendita, non possono trovare accoglimento, essendo comunque stato concluso tra la società ABC (indipendentemente dalla compagine sociale) ed E un contratto di compravendita assolutamente perfetto in tutte le sue componenti essenziali.

Il socio D potrà, semmai, richiedere la sua parte del prezzo di vendita e sollecitare il Notaio affinché proceda all'annotazione della modifica della compagine sociale nel pubblico registro.

Tuttavia, poiché, come appena precisato, la Società ABC è obbligata sia al trasferimento che al rispetto della clausola di prelazione in favore di E (soggetto che nella vicenda in esame riceve la massima tutela), tutti i problemi posti dalla traccia si spostano ora necessariamente nei rapporti personali tra A, B, C e D e nell'analisi delle singole pretese che possono essere così sintetizzate:

- al fine di valutare le eventuali responsabilità dei singoli soci, occorrerà preliminarmente verificare se la Società semplice potesse o meno vendere il terreno; in particolare, si dovrà accertare chi tra A, B, C (e poi D) avesse i poteri di rappresentanza e l'ampiezza degli stessi. Ed invero, merita ricordarlo, del patrimonio della società semplice possono disporre solo gli organi della società medesima e non anche i singoli soci. Poiché, dunque, la traccia nulla dice al riguardo, è lecito presumere che tutti i soci avessero il ruolo di amministratore ed il relativo potere di rappresentanza.

Se, invece, dovesse ritenersi che il ruolo di amministratore spettasse solo ad A, in ragione dell'onere di registrazione gravante sul medesimo, occorrerà verifi-

di decidere se e quando vendere un determinato bene; il diritto di prelazione impone solo al venditore l'obbligo di interpellare l'avente diritto alla prelazione prima di alienare il bene ad un terzo soggetto. La prelazione, dunque, attribuisce al beneficiario il diritto ad essere preferito, a parità di condizioni, a qualsiasi altro soggetto.

care nell'atto costitutivo della società ABC l'ampiezza dei poteri al medesimo conferiti.

Qualora dall'esame della costitutivo risultasse che A non era dotato del potere di rappresentanza per procedere alla vendita degli immobili della società, allora bisognerà procedere alla verifica delle maggioranze necessarie per autorizzarlo. Se, infatti, risultasse che l'atto costitutivo prevedeva l'unanimità, ai fini della vendita del terreno C, sarebbe servito il voto favorevole di tutti i soci, ovvero A, B e D. Consenso che D, tuttavia, nel caso *de quo* non ha prestato. In siffatta ipotesi, dunque, A e B avrebbero potuto essere chiamati (solidalmente ed illimitatamente) a rispondere verso la società ABD.

Nell'ipotesi in cui, invece, dall'atto costitutivo emergesse che per procedere alla vendita di un immobile, fosse necessaria una maggioranza diversa ovvero inferiore ai 2/3, allora A ben avrebbe potuto vendere legittimamente ad E il terreno G, essendo sufficiente il suo consenso e quello di B, indipendentemente dal fatto che il nuovo socio D avesse manifestato il proprio dissenso in ragione dell'esiguo prezzo di vendita. In tal caso, dunque, nessuna recriminazione potrebbe imputarsi ad A.

- Il prezzo della compravendita del terreno G deve essere riscosso dalla società e non singolarmente dai soci; pertanto, la cifra di € 300 mila dovrà essere ripartita tra i soci della stessa, che dal 1° giugno 2013 sono A, B e D. Pertanto, si ritiene che nel caso di specie non possano trovare accoglimento le argomentazioni di A, B e soprattutto C (socio cedente) che ritengono che il prezzo di vendita spetterebbe solo a loro, e non anche a D, essendo stati loro a vendere il terreno ad E.
- A, B e C come singoli individui potrebbero, invece, essere chiamati a rispondere del reato di truffa visto che sapevano (essendo parti del contratto di trasferimento quote) che dal 1° giugno la compagine sociale era cambiata e che si sarebbe dovuto procedere alla vendita del terreno secondo la nuova formazione;
- A (se non si tenesse in considerazione il fatto che in Italia è il pubblico ufficiale a procedere all'annotazione nei pubblici registri nell'ipotesi di cessione di quote a titolo oneroso) potrebbe essere chiamato a rispondere anche verso la Società oltre che verso D per la mancata iscrizione della modifica societaria;
- La Società ABD, qualora dovesse riuscire a dimostrare la sussistenza di un danno economico (ad esempio producendo la prova di eventuali trattative di vendita in corso, per un prezzo superiore ai 300 mila € e più vicino a quello di mercato di 400 mila €), potrà chiedere i danni ad A, B e C per aver venduto il terreno ad un prezzo nettamente inferiore rispetto

al valore di mercato.

- quasi del tutto irrilevante appare, da ultimo, il riferimento compiuto nella traccia al fatto che D venga registrato in data 16 giugno 2012 sul Registro delle Imprese come nuovo socio della società ABD. Al riguardo, quale unica spiegazione a tale indicazione testuale, potrebbe trovarsi quella relativa ad un eventuale preclusione contenuta nell'atto costitutivo della società ABD in ordine alla partecipazione di un socio anche ad altra società (in funzione del ruolo rispettivamente ricoperto), soprattutto se relazionata al divieto di concorrenza ex art. 2557 c.c.¹⁷.

17 Per attività concorrenziale vietata si intende qualsiasi attività che, per oggetto, ubicazione o altre circostanze, sia idonea a sviare la clientela dall'impresa esercitata dalla società. Il socio non può svolgere un'attività economica che, per oggetto e luogo di svolgimento, sia in concorrenza con quella esercitata dalla società (art. 2301 c.c.). Il divieto di concorrenza trova applicazione per tutti i soci della società inclusi quelli che non esercitano funzioni di amministrazione, e opera per tutto la durata del rapporto sociale, cessando naturalmente solo con la perdita della qualità di socio anche se la Cassazione ha ammesso che esso si possa estendere anche a periodi successivi (Cass. sent., 17.04.2003, n. 6169).