

Nov/2021

CAMMINO
DIRITTO

Rivista Giuridica



RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore responsabile: Alessio GIAQUINTO

Direttore scientifico: Andrea DE LIA

Comitato Scientifico:

A. Manna, A. Lo Giudice, A. Sacco Ginevri, A. Massaro, A. Gusmai, A. Las Casas, C. Bologna, C. Napolitano, C. Troisi, C. Scognamiglio, D. Bonaccorsi Di Patti, E. Cersosimo, E. Damiani, F. Cassibba, F. Bottalico, F. Vessia, F. Longobucco, F. Schiaffo, G. Dalia, G. Riccio, I. Zingales, I. Ferrara, I. Alvino, L. Della Ragione, L. Longhi, L. Foffani, L. Kalb, M. Cavallaro, M. Montagnani, M. Roma, M. Lupoi, P. Albi, P. Valdrini, P. Castanos Castro, P. Milazzo, R. Caterina, R. Ursi, R. Palladino, S. Spuntarelli, S. Regasto, S. Setti, S. La Piscopia, S. Caruso, T. Greco

Comitato dei Revisori:

A. Greco, A. Giocondi, F. Prato, F. Florio, G. Gandolfi, G. Fadda, I. Valentino, L. Redazione, L. Leo, M. Gangi, M. Bottino, O. Greco, P. Zarra

Redazione:

- capo redattore I. Taccola
- v.capo redattore M. Pace
- v.capo redattore F. Cesareo
- v.capo redattore A. Di Maio

**RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E
CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE**

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>

Indirizzo e-mail: direzione@camminodiritto.it

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore

1 - IL CONCETTO DI SOVRANITÀ NEL MEDIOEVO: UN DIRITTO SENZA STATO E PRIVO DI UN'IDEA DI COSTITUZIONE

autore/i **Fabio Tarantini**, pubblicato venerdì 12 novembre 2021

2 - LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI PENDENTI NEL NUOVO CODICE DELL'IMPRESA

autore/i **Maria Carlotta Rizzuto**, pubblicato martedì 16 novembre 2021

3 - NON FUNGIBLE TOKENS, SMART CONTRACTS E BLOCKCHAIN NELL'ARTE E NELLA MODA: CRYPTO ART E DIGITAL FASHION

autore/i **Giorgia Vulpiani**, pubblicato lunedì 22 novembre 2021

4 - L'APPLICAZIONE DELLE TECNOLOGIE SMART CONTRACT E BLOCKCHAIN AL SETTORE AGRIFOOD: PROFILI INNOVATIVI E CRITICITÀ

autore/i **Michele Di Cillo**, pubblicato giovedì 25 novembre 2021

5 - OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA - SETTEMBRE/OTTOBRE 2021

autore/i **Andrea De Lia**, pubblicato martedì 30 novembre 2021

IL CONCETTO DI SOVRANITÀ NEL MEDIOEVO: UN DIRITTO SENZA STATO E PRIVO DI UN'IDEA DI COSTITUZIONE

La concezione giuridico-medievalista di autori come Grossi, indipendentemente dal fatto che la si accetti o la si critichi, solleva diverse questioni su un periodo certamente interessante della storia che resta a tutt'oggi oggetto di continui approfondimenti e di analisi.

autore **Fabio Tarantini**



Abstract ENG

The juridical-medievalist conception of authors such as Grossi, regardless of whether it is accepted or criticized, raises several questions on a certainly interesting period of history that remains the subject of continuous study and analysis to this day.

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il sistema medievale: il binomio tra valori quotidiani e ordine giuridico; 3. Il Medioevo un'epoca senza Stato; 4. L'uniformità del diritto pubblico medievale; 5. L'Età Media: il tragitto verso la modernità; 6. Il Medioevo come anagramma della civiltà giuridica; 7. Un dibattito in fieri; 8. Conclusione

1. Introduzione

Il termine "*Stato*", che comparve nella trattatistica politica moderna per indicare una realtà nuova «una forma di ordinamento tanto diverso dagli ordinamenti che lo avevano preceduto da non poter essere più chiamato con gli antichi nomi»^[1], divenne fondamentale solo quando fu utilizzato per indicare «una *Herrschaft*, un dominio caratterizzato da presenza struttura, impersonalità e effettivo controllo territoriale, su tutto il territorio sul quale vanta giurisdizione»^[2]. Oltre a rispondere a un'esigenza di chiarezza lessicale, l'introduzione e l'utilizzo sempre più massiccio della parola "*Stato*" permette di ragionare storicamente in termini di un prima, quando non esistevano che istituzioni territoriali sovrane, e un dopo, quando iniziarono a comparire enti territoriali sovrani il cui l'esercizio dei poteri pubblici, accanto alla comparsa di una burocrazia al servizio dei governanti, non trovavano né da un punto di vista qualitativo né quantitativo alcun riscontro con la realtà precedente.

Questo tipo di riflessione, tuttavia, indurrebbe a credere che prima dello Stato moderno nessuna realtà organizzativa che lo avesse preceduto, dalla *polis* greca alla *res publica* romana, né tantomeno i regni medievali, potrebbero essere intesi come equipollenti, come se la storia andasse interpretata in termini di dicotomie e cesure^[3]. Una prospettiva, questa, di cui si è fatto portavoce soprattutto Paolo Grossi il cui

saggio *L'ordine giuridico medievale*^[4] sollevò nella metà degli anni Novanta un acceso dibattito tra gli storici e i giuristi del diritto medievale sulla possibilità o no di considerare l'esperienza giuridica medievale come un *"pianeta"* a se stante o come un *"ponte"* senza soluzione di continuità tra l'epoca antica e quella moderna.

Per una parte della storiografia il Trattato di Westfalia (1648)^[5], che riconobbe la *"qualifica di Stati a quelle società politiche territoriali sovrane contraddistinte da un'assoluta indipendenza sia dall'Impero che dal Papato"*^[6], o l'affermazione del Machiavelli (1513) secondo cui *"Tutti li Stati, tutti e' domini che hanno avuto et hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono repubbliche o principati"*^[7], furono il prodotto di fattori storici che si andarono affermando nel tempo anche grazie all'ordine giuridico medievale^[8], periodo nel corso del quale si *"diede un largo sviluppo a quelle forme istituzionali in cui [...] lo Stato nazionale ormai esisteva"*^[9]. All'interno della *"querelle"* si sono polarizzati due schieramenti: quello di chi sostiene l'idea di un Medioevo come di un'epoca caratterizzata da *"un diritto senza Stato"*^[10], e quella di chi, come lo scrivente, ritiene l'Età Media come una *civiltà profondamente giuridica*, un ponte capace di traghettare la civiltà dalle sponde dagli universi storici, giuridici, culturali e sociali del passato a quelle della futura modernità.

Dal suo ordine giuridico medievale Grossi esclude anche una nozione formale di Costituzione medievale e la possibilità che, attraverso una serie di evoluzioni, arrivasse a confluire nell'epoca moderna. Rispetto al punto una parte della storiografia ha evidenziato che con il termine Costituzione

non si deve intendere soltanto un testo giuridico [...] esprime anche una condizione di sviluppo culturale di un popolo, serve da strumento all'autorappresentazione culturale, da specchio del suo patrimonio culturale e da fondamento delle sue speranze^[11].

All'immagine di un'età media del tutto priva di qualsiasi pensiero costituzionale, quindi, è stata opposta la convinzione che anche in quella fase storica esistesse una vera e propria *"costituzione medievale"* nonostante nella società prevalesse l'idea di un potere che discendeva dall'alto e orientato in senso universalistico^[12]. Obiettivo del presente approfondimento, dunque, è quello di far emergere alcuni punti di particolare interesse relativi al dibattito sorto intorno all'idea che il Medioevo sia stato un evo senza Stato e privo della nozione, seppure embrionale, di un pensiero costituzionale. Senza la pretesa di risolvere una questione estremamente annosa, e complessa, il contributo aspira a stimolare un dibattito che non sembra destinato a esaurirsi e che fornisce diversi spunti per ulteriori approfondimenti.

2. Il sistema medievale: il binomio tra valori quotidiani e ordine giuridico

In un lavoro particolarmente originale, che sollevò le reazioni di numerosi studiosi e accademici, lo storico e giurista Paolo Grossi sostenne che durante il Medioevo, in una parte dell'Europa continentale e, soprattutto, dell'Italia centro-settentrionale, esistesse una mentalità genuinamente medievale che presentava una certa uniformità all'interno del campo del diritto privato. Tralasciando, di fatto, il diritto pubblico, Grossi affermò che nel diritto privato si potessero trovare indizi inequivocabili che riflettevano quella che, a suo dire, era una mentalità giuridica “*circolante*”[\[13\]](#).

Ragionando in questi termini, Grossi scelse di restare nel campo delle idee, mettendo da parte gli aspetti politici e storici dei conflitti che avevano caratterizzato l'Età Media, non tanto, però, per quella prospettiva positivista adottata da alcuni giuristi come Santi Romano, che avevano separato i fenomeni politici da quelli sociali del diritto ritenendo che «per la stessa costituzione di quella società, scissa, anzi frantumata in molte e diverse comunità, spesso indipendenti o debolmente collegate fra loro, il fenomeno della pluralità degli ordinamenti giuridici ebbe a manifestarsi con tale evidenza e imponenza che non sarebbe stato possibile non tenerne conto»[\[14\]](#), quanto, piuttosto, per la convinzione che tale supposta scissione fosse stata in epoca medievale alquanto confusa.

La convinzione che la società medievale contenesse al suo interno una concezione organistica che le aveva garantito unità, in virtù del fatto che il diritto rappresentava una “*dimensione ontica*”[\[15\]](#), e che la scienza del diritto fosse stata espressione di un “*ordo iuris medievalis*” interno alla realtà, *interpretatio* di qualcosa che non poteva essere creato dai giuristi ma che si manifestava partendo da un diritto[\[16\]](#), prima di Grossi era stata avanzata prima di lui anche da altri giuristi. Per Otto Gierke, ad esempio, il pensiero medievale andava fatto derivare dall'idea di un “Tutto” unico e, di conseguenza, una costruzione organica della società umana era familiare alla società medievale tanto quanto una costruzione meccanica e atomistica le era originariamente estranea, e questo in virtù del fatto che era stata influenzata dalle allegorie bibliche e dai modelli imposti dagli scrittori greci e romani, “*the comparison of Mankind at large and every smaller group to an animate body was universally adopted and pressed*”[\[17\]](#).

La mentalità giuridica medievale, secondo Grossi, poteva essere intesa come la somma di tutti i campi dell'esperienza, la cui fusione aveva permesso la formazione del diritto; partendo dal presupposto che il potere legislativo fosse più vicino ai vari settori sociali e che fossero quelli che vantavano un certo grado di autonomia a legiferare, l'Autore arrivava ad affermare che il diritto fosse il riflesso di tutti gli aspetti della vita e che le condotte venissero normate all'interno di un certo gruppo o estamento nel perimetro di una giurisdizione prestabilita.

Il diritto nell'Età Media, secondo Grossi, poteva essere definito “*democratico*”, o “*naturalista*”, per nulla appannaggio delle élite accademiche o universitarie, come sarebbe

avvenuto in seguito in particolare dopo la caduta del monopolio culturale dei monasteri e della comparsa delle prime università nei secoli XII e XIII. Aspetti dai quali, secondo Grossi, sarebbe derivata la storicità del diritto, intesa come la fedeltà della rappresentanza legale nei confronti delle forze circolanti e operanti nella società attraverso cui il tessuto formale del diritto, lungi dal separarsi dalla società durante la sua evoluzione, si adattò nel tempo, restando sempre strettamente aderente alle esigenze e alle idealità che via via emergevano nella vita associata[18].

Attraverso questa storicità del diritto medievale, la prassi e il dogma si sarebbero mescolati in modo tale che risulterebbe difficile, a detta del Grossi, separare la dottrina dall'esperienza, come sarebbe avvenuto nella Modernità, dato che la prassi era la fonte della dottrina e che le due apparivano unite in un tutto inseparabile. Per lo studioso fiorentino il diritto medievale era

la traduzione di certi schemi organizzativi dall'indistinto sociale al più specifico terreno dei valori, e, in quanto percezione dei valori, non può non essere percorso da una tensione a consolidarsi, a mettere radici spesso profonde, a diventare anche schema logico, sistema[19].

Grossi arrivò a concepire l'ordinamento giuridico medievale come il riflesso di un sistema di valori tra i quali spiccavano un potere politico incompleto, una sua relativa indifferenza nei confronti del diritto, con la relativa autonomia e pluralismo, e, come conseguenza, la fattualità o storicità del diritto e la concezione dell'imperfezione dell'individuo e della perfezione della comunità. Tutte queste considerazioni convinsero il giurista fiorentino che il Medioevo fosse un'epoca senza Stato.

3. Il Medioevo un'epoca senza Stato?

Grossi ha sostenuto che il Medioevo sia stata un'epoca frammentata a livello politico ma che, per quanto riguardava il tessuto giuridico del diritto privato, aveva mostrato una sostanziale "*capacità unitaria*"; caratteristiche, quelle, dovute, a suo dire, a una debolezza, se non addirittura inesistenza, dello Stato. In epoca medievale la debolezza del potere politico si era manifestata attraverso una mancanza di vocazione totalizzante, dovuta alle macerie dell'apparato statale romano dal quale non era emersa alcuna struttura simile per intensità o qualità. La fine dell'Impero romano, unitario, che poteva considerarsi come il prototipo dello Stato moderno, infatti, si era tradotta in una redistribuzione del potere politico e nell'Età Media, secondo lo studioso fiorentino, si era assistito a una sorta di democrazia delle corporazioni (economiche, militari o ecclesiastiche) che si erano divise il potere con il monarca che esercitava un ruolo secondario.

Rispetto al punto, Gierke aveva anticipato che

"It was admitted on all sides that the main object of Public Laws must be to decide upon the Apportionment of Power, and, this being so, every power of a political kind appeared always more clearly to bear the character of the constitutional competence of some part of the Body Politic to 'represent' the Whole [...] At all these points the Doctrine of the State coincided with the Doctrine of the Corporation, and therefore in this quarter the Publicist had often no more to do than simply to borrow the notions which had been elaborated by the Jurists in their theory of Corporations"[20].

Diversamente da Grossi, tuttavia, una parte degli studiosi di diritto medievale ha sostenuto che la poliarchia tipica dell'Età Media non si sia affatto tradotta in una carenza di Stato e che il Medioevo non solo abbia avuto uno Stato ma che, inoltre, rappresentò un periodo fondamentale per comprendere il diritto costituzionale contemporaneo[21]. Tali presupposti troverebbero conferma in quelle fonti che, soprattutto con riferimento ai Regni germanici, rintracciano le prime orme di una struttura federale (seppure intesa in termini embrionali) che avrebbe gettato le fondamenta per quel connubio inestricabile tra la futura Germania e il federalismo *"un elemento intrinseco dell'essenza costituzionale tedesca, un fattore culturale prima che giuridico"*[22]. Altri studiosi hanno altresì evidenziato che nella distribuzione "federalista" dei poteri del diritto pubblico avesse giocato un ruolo fondamentale il diritto canonico[23], avendo posto come modello da seguire un'organizzazione amministrativa interna estremamente decentralizzata, con le parrocchie come cellule di tale sistema, e sul cui esempio si sarebbero formati, in epoca basso medievale, i Comuni[24].

Ragionando in questi termini, pertanto, il potere politico dello Stato medievale, rispetto al periodo che lo aveva preceduto, non appariva così profondamente mutato né tantomeno scomparso, anche se la sua distribuzione appariva certamente diversa da quell'idea di Stato unitario di machiavelliana memoria che avrebbe indicato in Cesare Borgia l'uomo forte in grado di esercitare individualmente il diritto alla sovranità[25] o in Luigi XV colui che sarebbe arrivato ad affermare "L'État, c'est moi"[26]. Non necessariamente, a nostro giudizio, l'idea di uno Stato come soggetto politico forte deve implicare la sua identificazione con un solo uomo, una corporazione o un unico ordine di governo, riducendolo a un'entità che, al pari di un *deus ex machina*, discenda dall'alto e ne nuova tutti i fili chiamato a risolvere qualsiasi problema.

Ciò, soprattutto, se si considerano le parole dello stesso Grossi, quando afferma che l'attività legislativa dello Stato medievale si focalizzava nel diritto pubblico, ritenendo che per il legislatore dell'Età Media avesse poca importanza la regolazione del diritto privato, ritenendolo di secondaria importanza[27]. È anche vero, però, che di fronte a un'organizzazione costituzionale e amministrativa, risulterebbe difficile affermare l'assenza dello Stato così come la sosteneva lo storico fiorentino. Sul punto, tuttavia, lo

studioso non sembra lasciare alcun margine di contraddittorio; a suo dire, infatti, al legislatore comunale il diritto interessava solo e unicamente da un punto di vista strumentale e questo perché il suo unico interesse era quello di stabilire norme che, oggi, definiremmo di diritto “costituzionale” e “amministrativo”[28], in quanto riguardanti l’apparato organizzativo del potere, e di diritto penale, lasciando al diritto pubblico un’attenzione del tutto marginale.

Allo stesso modo non sembra potersi condividere l’assunto grossiano secondo il quale nel Medioevo non esistesse il concetto di sovranità per il semplice fatto di considerarla come quella concentrazione di *maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*[29], poiché la sovranità non deve necessariamente essere fatta ricadere, ancora una volta, su un singolo soggetto o corporazione. In epoca medievale, inoltre, l’indifferenza del monarca nei confronti del diritto trovava giustificazione nel fatto che in cui i poteri legislative erano distribuiti tra vari fattori reali del potere.

Così come era nel potere del monarca emettere leggi o decreti che stabilivano diritti e prerogative a favore di certi gruppi di persone - come nel caso di una delle legislazioni più note dell’Età Media, ossia la *Magna Charta* (1215) - non sarebbe affatto assurdo ritenere che, intendendo la frammentazione del potere nel Medioevo come una distribuzione del potere politico nei termini di una confederazione, le campagne, le città o i borghi potessero promulgare leggi sull’amministrazione interna e sulle regole di condotta sociali nell’ambito di quelle comunità. Neppure sarebbe priva di fondamento la considerazione che una gilda, come quella dei commercianti, potesse emettere statuti tramite cui regolare le attività commerciali, le forme e i metodi d’impugnazione in casi d’inadempimenti fino ad arrivare a riconoscere, soprattutto nel caso di società germaniche, prive di un diritto scritto, la consuetudine e il diritto divino o naturale come fonte del diritto[30].

Quanto detto potrebbe essere valido se si condividesse l’idea di Grossi di un ordine medievale all’interno del quale corporazioni diverse presentavano diritti differenti; partendo da quel presupposto, infatti, potrebbe sembrare logico che ogni corporazione si organizzasse al suo interno in modo che la legge e la giustizia fossero responsabilità degli associati. In tal senso, però, la pluralità di legislazioni non necessariamente dovrebbe essere interpretata come una mancanza totale d’interesse da parte dello Stato nei confronti del diritto. Si potrebbe anche ipotizzare, infatti, che ciò che accadeva nell’Età Media, in una certa misura, fosse una distribuzione *sui generis* dell’importanza delle fonti del diritto, così come delle prerogative legislative, ritenendo che sia stata proprio quel tipo di distribuzione ad assegnare una caratteristica essenziale al Medioevo, piuttosto che pensare che ci si trovasse di fronte a un’epoca in cui lo Stato (inteso come potere centrale) non avesse alcun interesse nei confronti del diritto[31].

Non bisogna dimenticare, inoltre, che la concezione del monarca e delle sue prerogative nel Medioevo era profondamente diversa da quella dello Stato moderno sorta dalle teorie di Machiavelli e Bodino. In termini generali, infatti, il re era l'arbitro della vita sociale, colui che esercitava la *iurisdictio*, senza arrivare a equiparare tale attività con nessuna concezione del potere neutro o moderatore come, in seguito, avrebbe fatto Benjamin Constant^[32], lasciando l'attività legislativa alle competenze dei diversi ordini del Regno. In tal modo sorsero i parlamenti in tutta l'Europa medievale e un sistema limitato e misto di distribuzione del potere che avrebbe, in seguito, ceduto il passo alla moderna teoria della divisione dei poteri.

Queste riflessioni, di fatto, contrastano con l'assunto grossiano di uno Stato medievale debole o inesistente e portano a concludere che detta assenza appare in contraddizione con parte dei suoi stessi postulati, nel senso che cerca di evitare, e critica severamente, il peso inconscio che la visione contemporanea del diritto impone al giurista che analizza un'epoca storica diversa, con le conseguenze e le ingannevoli analogie tra un'epoca e l'altra. In questo senso, quindi, affermando la debolezza del potere pubblico, Grossi pare cadere in quella stessa trappola che sosteneva di voler evitare, ossia quella di identificare il diritto pubblico come «un insieme di comandi e il produttore del diritto soprattutto nell'autorità munita di efficaci poteri di coazione»^[33], finendo, così, in quel *rigido monismo nel piano delle fonti*^[34] del diritto pubblico che lo stesso studioso criticava e metteva da parte con l'obiettivo di dimostrare la validità della sua teoria. Di conseguenza, è nostra convinzione che più che parlare di assenza del potere politico, il Medioevo si caratterizzò per una distribuzione *sui generis* dello stesso, una distribuzione certamente complessa che, però, presentava caratteristiche simili in quasi tutta l'Europa.

4. L'uniformità del diritto pubblico medievale

Esistono diversi elementi che dimostrano *l'uniformità del diritto pubblico medievale*: la sovranità e la sottomissione del monarca al popolo, da una parte, e il riconoscimento della supremazia di un ordine giuridico (leggi fondamentali del Regno) di fronte al re e l'esistenza di un incipiente controllo di costituzionalità degli atti di autorità nel sistema giuridico dell'Età Media, dall'altro. In questo senso non bisogna dimenticare l'influenza esercitata dalla rivoluzione filosofico-teologica del secolo XIV che portò il concetto di universalismo a nuovi livelli e, in particolare, a considerare il popolo come unità e, di conseguenza, come il soggetto al quale assegnare il potere normativo per eccellenza^[35].

La legge si convertì in *constitutio populi*, legata al *consensus* della comunità, lasciando agli individui il mero compito di obbedirla e farla rispettare; in questo modo, colui che poteva stabilire una legge, poteva anche abrogarla^[36] e, ugualmente, perfino l'autorità era soggetta al controllo del popolo, originando il concetto di sovranità popolare e di contratto sociale^[37]. Ragionando in questi termini, la legge e la *iurisdictio* del principe

appartenevano a un ordine giuridico superiore il quale generava un'idea di sovranità originaria, sia di Dio con la Chiesa (trattandosi del potere spirituale e temporale della Chiesa) sia degli uomini nel caso del potere politico dei re.

Proseguendo in questa direzione si può sostenere che in epoca medievale il concetto di Costituzione iniziò a essere inteso come un documento che doveva limitare il potere del sovrano. Alcuni studiosi hanno affermato che sia esistito, al principio della concezione del *pactum subjectionis* (patto di sottomissione), l'idea di stabilire le basi e i limiti del *gubernaculum* (arbitrio del governante) e i diritti dei sudditi, le vecchie leggi e i costumi del regno; per certi aspetti, dunque, il popolo attraverso la *lex regia* consegnava il potere al principe conservando, tuttavia, certi privilegi e libertà che venivano riconosciuti dal reggente[38]. A quel punto non si aveva più una sottomissione incondizionata, ma un patto; in altre parole una Costituzione dalla quale nascevano, per ognuna delle parti, diritti e doveri. Le prime Carte o Statuti, dunque, imposero dei limiti al governo e alla volontà del monarca; la Costituzione, allora, divenne espressione del limite all'esercizio del potere del *princeps*[39].

Nella misura in cui si ritiene che le leggi fondamentali dei regni, intese in epoca medievale come patti di sottomissione al monarca, con una base contrattualista, fossero il riflesso d'istituzioni volte a limitarne il potere, è possibile, a nostro avviso, parlare di uniformità del diritto pubblico medievale e questo in virtù del fatto che tali leggi “costituzionali”, o accordi di sottomissione all'autorità del governo, presentavano quelle caratteristiche e quei fini che avrebbero caratterizzato le Costituzioni moderne, ossia distribuire e limitare il potere dei reggenti[40]. Quindi, nella misura in cui dagli esempi della sovranità popolare e della superiorità di dette leggi fondamentali, insieme all'incipiente controllo di costituzionalità delle norme e degli atti dell'autorità medievale, si può fare derivare un strumento utilizzato in epoca medievale per “domare il Leviatano”[41], ugualmente si può parlare, a nostro avviso, in modo esteso, di un diritto pubblico nell'Età Media che presentava caratteristiche di uniformità[42].

Esistono, di fatto, numerosi esempi che dimostrano la validità della teoria delle sovranità popolare nel Medioevo. Si pensi, ad esempio, al Regno di Francia dove il potere del principe nell'emettere qualsiasi legge passava attraverso l'approvazione dell'Assemblea rappresentativa e dei distinti ordini del Regno, i quali ne dovevano approvare l'agire[43]. Gli Stati Generali erano percepiti come il detentore originario della sovranità che risiedeva in quel popolo di cui si facevano rappresentanti e la legittimità dell'autorità reale era subordinata al rispetto degli atti dell'Assemblea[44].

Esemplificativo, in questo senso, quanto accaduto nel 1460 quando, a causa di una violazione dei diritti fondamentali, gli Stati Generali armarono un esercito per opporsi al re Luigi XI e lo obbligarono a rivedere alcune decisioni di livello nazionale nelle quali si

violavano, o modificavano, alcuni diritti o privilegi, senza aver preventivamente consultato l'Assemblea rappresentativa dei vari ordini del Regno, L'evento, riportato in modo approfondito da François Hotman (in quale, in verità, non lo collocava più in epoca medievale) testimonia, insieme ad altri precedenti[45], la forza e la tradizione parlamentare dell'Età Media.

Un episodio del tutto simile, riguardante l'Impero tedesco, viene riportato dal giurista Johannes Althusius il quale riportava di come i ministri e i curatori eletti avessero il compito di occuparsi dell'amministrazione in base a una serie di accordi presi a nome di tutto il popolo «or by the body of the universal association»[46]. I ministri si assumevano il compito di agire per il bene e di servire l'utilità e il benessere del corpo politico dedicando a esso tutta la loro intelligenza, zelo, fatica, lavoro, cura e diligenza ma anche la loro ricchezza, i beni, la forza e le risorse, senza tenere nulla per il proprio vantaggio privato; poichè, come proseguiva Althusius

the commonwealth or realm does not exist for the king, but the king and every other magistrate exist for the realm and polity. By nature and circumstance the people is prior to, more important than, and superior to its governors, just as every constituting body is prior and superior to what is constituted by it[...][47].

Per dette ragioni, secondo Althusius, i decreti dell'Imperatore germanico erano emessi nella formula *Uns und dem heiligen Reich* io (“Noi e il Sacro Romano Impero”) o *In unser und des heilegn Reichs statt* (“Nel nostro nome e del Sacro Romano Impero”) che esprimevano il principio di sovranità popolare che anche i Romani avevano riconosciuto nell'uso della massima SPQR, *Senatus PopulusQue Rheginu*[48]. Anche nell'Impero Germanico, dunque, essendo il popolo colui che deteneva la sovranità, i governanti erano soggetti a limiti che venivano stabiliti nei patti e nelle leggi, oltre che nella legge naturale contenuta nel decalogo, e qualsiasi violazione dei limiti da parte dei monarchi poteva essere trasgredita dal popolo in quanto espressione non più del mandato conferito al monarca, ma di una sua decisione privata. Qualsiasi potere, dunque, era limitato all'interno di un perimetro ben definito e da specifiche leggi e nessuno era assoluto, illimitato o arbitrario ma era soggetto alle leggi, al diritto e alla giustizia. In epoca medievale, quindi, anche nell'Impero Germanico il re non era altro che un usufruttuario del potere sovrano che gli derivava dal popolo[49].

Un altro elemento, a nostro avviso, che permette di difendere la tesi dell'uniformità del diritto pubblico in epoca medievale, oltre a quello della sovranità popolare, è la superiorità dell'ordine giuridico di fronte al potere politico e l'esistenza di un primo principio di controllo di costituzionalità delle leggi. Il Medioevo, infatti, si caratterizzò anche per la comparsa della garanzia e del garante dei diritti fondamentali del Regno,

esemplificativo, in questo senso, il caso inglese dove l'origine del controllo della costituzionalità delle leggi può farsi risalire all'interpretazione e all'applicazione dei diritti fondamentali contenuti nella *Magna Charta*[\[50\]](#).

Lo storico americano Edward Corwin, parlando della costituzionalità delle leggi e del fatto che nel tempo sia stata considerata il prodotto delle Costituzioni scritte, ha ricordato che storicamente sia le leggi sia la Costituzione vantavano un'origine comune che affondava le proprie radici in alcuni principi fondamentali che limitavano e controllavano il governo, convinzione, quella che, nella storia anglo-americana, doveva ricondursi ai concetti feudali e trovava la sua massima espressione nella *Magna Charta*,

The notion was well suited to a period when the great institutions of making were thought to be sacred, permanent, immutable, and did in fact alter but slowly[\[51\]](#).

Il giurista inglese Edward Coke, esponendo i contenuti di alcuni capitoli della *Magna Charta*, ha evidenziato l'esistenza di una legge votata dal Parlamento inglese intorno al XIII secolo con la quale si stabiliva che tutte le leggi contrarie alla *Charta*, in qualsiasi ramo, dovevano essere rifiutate dai giudici se contrarie alla legge del Paese[\[52\]](#) e che qualunque sentenza pronunciata contro la legge poteva essere revocata per *writ of error*[\[53\]](#). Detto precedente storico dimostrerebbe che prima del XVIII secolo, quando s'impose l'assolutismo parlamentare inglese, nel *jura summi imperii* (ossia nella sovranità), alla quale ha fatto riferimento anche Sir William Blackstone[\[54\]](#), era esistito un controllo costituzionale delle leggi nel Regno Unito il quale, anteriormente a qualsiasi altra realtà europea, si era posto a difesa dei diritti fondamentali dell'uomo[\[55\]](#).

Georg Jellinek, partendo dal presupposto che la *Magna Charta* non stabilisse diritti sostanziali, arrivò ad affermare che il documento non contenesse nessuno di quei principi ai quali aveva fatto riferimento Edward Coke agli inizi del XVII secolo[\[56\]](#); a nostro avviso, tuttavia, la posizione dello studioso tedesco non sembra condivisibile per diverse ragioni ma, soprattutto, per il fatto che nel primo articolo della *Magna Charta* si stabilivano chiaramente le concessioni da parte del re ai membri del clero, della nobiltà e di tutti gli uomini liberi del Regno e ai i loro eredi da quel momento e per sempre[\[57\]](#).

È opinione delle scrivente, dunque, che la *Magna Carta* contenesse un catalogo di diritti individuali a favore degli inglesi, certezza, questa, corroborata dall'analisi dei 38 articoli contenuti nel documento dai quali derivano una serie di diritti che precedono quelli che sarebbero andati a comporre i testi di diritto naturale del XVIII secolo delle colonie britanniche in America e in Francia. Sia Coke sia Blackstone, a nostro avviso e contrariamente alla posizione di Jellinek, intendevano affermare che la *Magna Charta* non stabilisse nuovi diritti ma che riconoscesse quelli preesistenti nel diritto inglese, il che porta a concludere che il controllo di costituzionalità contenuto

nella *Magna Charta* riguardasse diritti e libertà molto simili a quelli che, oggi, si tendono a proteggere con strumenti del tutto analoghi.

Rileva infine ricordare che il controllo di costituzionalità delle leggi nell'Inghilterra medievale si completava con il *Writ di Habeas Corpus*, volto a garantire la libertà personale contro le azioni arbitrarie della corona inglese[58]. Diversamente da quanto sostenuto da una parte degli studiosi secondo cui il *Writ of Habeas Corpus* sorse in modo embrionale a partire dal regno di Edoardo I e si consolidò come strumento di controllo solo a partire dal XVI secolo, pare più condivisibile la posizione di Sir Edward Coke il quale ha dimostrato che come strumento di controllo il *Writ* si possa fare direttamente derivare dall'art. 39 della *Magna Charta* senza la necessità di ricorrere a un *writ* di *certiorari*, la cui finalità era ben diversa da quella in commento[59]. Il che, naturalmente, non esclude il fatto di riconoscere che il pieno ricorso alla regolamentazione si perfezionò solo verso la fine del XVII secolo.

Secondo Edward Coke, solo l'*Habeas Corpus* rappresentava uno strumento che favoriva la libertà personale dell'individuo, mentre il vero controllo di costituzionalità era garantito dall'esercizio del *writ of error*, del *writ of odio et atia* e, infine, del *writ de ponendo in ballium*, tramite i quali si poteva dichiarare nullo qualsiasi atto, anche legislativo nel caso ritenuto contrario alla *Magna Charta* o al *Common Law* (basato sul concetto della *Lex Terrae* o *Law of the Land*)[60]. Ragionando in questi termini, a nostro avviso, è possibile concordare con chi sostiene che bisognerebbe ricercare nella *Magna Charta* inglese l'origine di quel controllo giurisdizionale che si sarebbe in seguito evoluto negli Stati Uniti[61].

5. L'Età Media: un'isola o un ponte verso la modernità?

Nonostante esistano diversi indizi che testimonino i legami e le connessioni tra il periodo medievale, l'antichità e la modernità, Grossi ha comunque sostenuto che l'Età Media sia stata una sorta di pianeta giuridico a sé caratterizzato da una sostanziale rottura o discontinuità con ciò che era stato sia il suo passato sia il suo futuro, arrivando a parlare di "insularità" dell'Età Media e rifiutando categoricamente il fatto che si trattasse di un ponte tra il passato e il futuro. Scriveva

La retorica ideologicamente carica dell'umanesimo rinascimentale, bollando come medio evo - *media aetas* - l'età ad esso precedente, [...] ha preteso additarne, nel maliziosamente sottolineato carattere di età transitoria, la sua non-autonomia, la sua debolezza come momento storico[62].

A nostro avviso, per evitare il rischio paventato da Grossi, ossia di creare modelli culturali tramite i quali «distorcere, opacizzare, misconoscere le tipicità medievali»[63], si potrebbe affermare che l'insularità del diritto medievale fu relativa, visto che fu

soprattutto dallo scontro dicotomico tra l'antichità (riscattata dai glossatori e dagli autori posteriori) e il Medioevo che discese lo Stato e la concezione culturale del diritto moderno nel quale troveranno il loro pieno consolidamento e sistemazione i postulati del diritto medievale. In effetti, il diritto del Medioevo non fu, come sostenne anche Grossi, un *diritto romano modernizzato*[\[64\]](#), in quanto presentò elementi propri, essendo il prodotto della fusione culturale tra diversi popoli e, neppure, si può sostenere che ci fu un cambiamento radicale tra un'epoca e l'altra, in virtù di quella continuità storica che permette di rintracciare nell'Età Media molti elementi del mondo romano.

In questo senso, prendendo in considerazione soprattutto la struttura del diritto pubblico medievale, è possibile rintracciare maggiori differenze tra le organizzazioni corporative della società negli estamenti e tra i distinti settori sociali romani, visto che, a parte l'inclusione del clero (come fattore corporativo di potere unito alla nobiltà), si possono assimilare perfettamente l'aristocrazia agli ordini nobiltà/clero e la plebe, o il settore popolare, al terzo stato o estamento. In tal senso Esmein, riferendosi alla Legge Salica, ha spiegato l'influenza esercitata dal diritto romano, quando scriveva che

Une rédaction aussi développée suppose l'usage de l'écriture quel es Francs ne pratiquaient point; elle suppose plus encore le contact prolongé de la civilisation romaine[\[65\]](#).

Ugualmente non si può parlare di una rottura definitiva tra le concezioni del diritto naturale dell'antichità e quelli dell'Età Media, incluso quelle anteriori alla scoperta dei testi romani attraverso il diritto canonico[\[66\]](#).

A nostro avviso è utile ricordare che la reazione contro la trasformazione rinascimentale dello Stato assolutista si fondò sul salvataggio delle istituzioni dell'Età Media, poiché la posizione della concezione dello Stato come prodotto del diritto naturale, basato sul contratto sociale, fu quella che, riscattando l'esperienza medievale, permise di creare le basi del mondo contemporaneo. Tommaso Moro, nel suo *Utopia* (1516), risaltò le virtù del sistema giuridico medievale, così come James Harrington in *The Commonwealth of Oceana* (1656) o Henry Neville nel *Plato redivivus* (1680), una lunga lista alla quale andrebbero aggiunti sostenitori del metodo storicista come Hotman, Bodino o Althusius e, ancora, Sir Edward Coke, tutti convinti sostenitori dell'eredità medievale[\[67\]](#). In altre parole, dunque, furono le “tessere” che concorsero a comporre il mosaico medievale a dar forma alle società contemporanee[\[68\]](#), dimostrando, così, l'inesistenza di quello *iato* sostenuto da Grossi.

Ugualmente, lo *ius commune*, costruzione e prodotto del Medioevo (tra il XII e il XIV secolo), basato sul diritto naturale proveniente dal diritto canonico, si consolidò in modo più efficace tramite l'interpretazione che si fece dell'Età Media grazie alle opere di Grozio, Vitoria o Suárez[\[69\]](#). E questo in ragione del fatto che la concezione stessa di

diritto naturale, che avrebbe fornito la base per tutto il diritto pubblico dell'età moderna, con conseguenze molto importanti nei secoli successivi, era sorta nel Medioevo dalla concezione di un Dio legislatore la cui legge data agli uomini era superiore alle norme dettate dagli esseri umani[70]. L'idea dell'esistenza di un diritto naturale in epoca medievale è pressoché unanime presso gli storici e giuristi di diritto medievale, considerando che anche gli oppositori del concetto di Dio legislatore hanno sostenuto che, attraverso la ragione, il Creatore aveva permesso agli uomini di scoprire le leggi naturali che reggevano l'intera umanità[71].

Il consolidamento del diritto privato di cui erano state gettate le basi in epoca medievale sarebbe giunto a maturazione nei secoli successivi dimostrando, così, l'inesistenza di quella rottura ipotizzata da Grossi tra Età Media e modernità e, soprattutto, negando la possibilità di ragionare in termini di "insularità" soprattutto con riguardo al diritto pubblico. Sebbene, infatti, non sia possibile dimostrare con assoluta certezza che i valori medievali avrebbero coinciso con quelli elaborati nelle epoche successive, è pur certo che esistono fonti, testimonianze e prove che ne fanno emergere una palese e innegabile somiglianza. In alcuni casi non si riscontra una continuità assoluta ma, nella misura in cui si ritiene che siano state le basi del diritto medievale quelle che hanno permesso di forgiare lo Stato contemporaneo, è del tutto ipotizzabile presupporre l'esistenza di un *continuum*, anche se non in linea retta, ma senza delle rotture radicali e sostanziali come ha teorizzato Grossi. Si può certamente ragionare, a nostro avviso, nei termini di un'evoluzione che ha previsto delle trasformazioni ma non una discontinuità. In ragione di ciò, appare poco condivisibile l'idea di chi teorizza uno Stato, la costituzionalità delle leggi e il diritto pubblico medievale come isole "felici" senza nesso di continuità con la modernità e questo perché è evidente, e innegabile, un *file rouge* che lega, attraverso il tempo, concetti come Stato, sovranità, legge, o legalità[72].

6. Il Medioevo come anagramma della civiltà giuridica

Così come non si può, a nostro avviso, negare il legame che unisce la civiltà giuridica medievale a quella moderna, tantomeno si può sconfessare il rapporto di continuità tra quella romana e quella dell'Età Media. La caduta dell'Impero romano aveva prodotto, com'è noto, un enorme vuoto politico che sarebbe stato riempito dal diritto, un processo, quello, che aveva cominciato a manifestarsi a partire dal tardo Impero nel corso del quale avevano fatto la loro comparsa le prime strutture medievali. In quel passaggio, secondo Grossi, si erano rotti i vincoli dell'autorità statale totalizzante tipica del dominio romano e si era manifestata

l'incompiutezza del potere politico, [...] intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante, la sua capacità (ma anche indifferenza) a occuparsi di tutte le manifestazioni sociali e a controllarle,

coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo ad altre – e amplissime – la possibilità di poteri concorrenti[73].

Per tali ragioni Grossi ha inteso il Medioevo come una sorta di anagramma della civiltà giuridica, un universo giuridico provvisto di valori particolarissimi, distinti e separati da quelli dello Stato moderno. Un diritto senza Stato che, seppure vincolato da forti manifestazioni di potere politico, separato da quello moderno da una profonda rottura dovuto al modo in cui era stato concepito e per i fini che si era proposto; il diritto veniva legato alla società, di cui diveniva non costrizione ma dimensione vitale; recuperato interamente al sociale il diritto stesso recuperava un carattere ontico più profondo, ineriva alle fondazioni più riposte del sociale e inevitabilmente i conquistava un primato indubbio; era infatti per quello la garanzia fondamentale di coesione e di unità[74].

Esso, dunque, restava strettamente connesso all'intera società civile in tutta la sua complessità, non appariva frammentato in base alle varie sovranità ma come un'ampia *koiné* unitaria. Per Grossi, dunque, il diritto medievale non era il diritto spagnolo, italiano o francese sommati insieme ma un diritto autenticamente europeo che portava con sé numerose manifestazioni autonome senza che ciò gli facesse perdere la sua qualità di tessuto essenzialmente sopranazionale[75].

Di fatto le argomentazioni del Grossi rimandano a quelle del Gierke, nonostante le debite differenze, e questo perché, soprattutto rispetto al diritto pubblico, il teorico tedesco, per molti aspetti, ha fornito il tassello mancante per capire l'evoluzione del diritto fino ai giorni nostri, attraverso un processo evolutivo che non ha mai ragionato in termini di "insularità". Come ha scritto Frederic William Maitland, nell'introduzione all'opera di Gierke,

The idea that are to possess and divide mankind from the sixteenth until the nineteenth century – Sovereignty, the Sovereign Ruler, the Sovereign People, the Representation of the People, the Social Contract, the Natural Rights of Man, the Divine Rights of Kings, the Positive Law that stands below the State, the Natural Law that stands above the State – these are the ideas whose early history is to be detected, and they are set before us as thoughts which, under the influence of Classical Antiquity, necessarily shaped themselves in the course of medieval debate[76].

Nella sua lista, prosegue Maitland, Gierke aveva incluso anche pubblicisti medievali, teologi e accademici, ma anche grandi pontefici, avvocati e riformatori, tutti uomini che avevano attivamente contribuito, nel loro tempo, a modificare la realtà attraverso i fatti e le teorie.

Anche per le ragioni suddette, dunque, è nostra convinzione che l'idea di un'Età Media

completamente isolata dall'antichità e dalla modernità non possa essere condivisa, e questo perché non ci fu alcuna frattura tra un prima e un dopo, come pure non sembra sostenibile la richiesta di non utilizzare termini come "Stato" o "Sovranità" con riferimento all'epoca medievale perché causa di fraintendimento o testimonianza di approssimazione storiografica. «L'assenza dello Stato dal grande processo di formazione della civiltà medievale», scriveva, «non è un artificio verbale, tanto meno per chi osservi attento la sfera del sociale e del giuridico; essa appare, anzi, una chiave interpretativa di grande significato per lo storico del diritto, il primo prezioso strumento di comprensione per carpire al diritto medievale il 'segreto' della sua fisionomia più riposta, per individuare la pietra angolare di tutto il suo edificio»[\[77\]](#). Un'affermazione, questa, con la quale non si può che dissentire.

Diversamente dal Grossi, quindi, si ritiene che il Medioevo non vada visto come una tappa estranea al processo storico dell'umanità. L'Età Media, in altre parole, gettò quei semi dello Stato moderno, basato sui principi del Diritto Naturale, che sarebbero germogliati dopo il suo dissolvimento[\[78\]](#). Si tratta, di fatto, di concetti e posizioni che trovano consenso in un nutrito numero di studiosi che hanno visto nel Medioevo il fondamento ideologico delle teorie successive sullo Stato e sul Diritto Naturale[\[79\]](#). A nostro avviso, dunque, si possono rintracciare in epoca medievale tutti gli elementi del diritto pubblico futuro, il che permette di parlare dell'Età Media come di un anagramma della civiltà giuridica.

Questo tipo di riflessione trova conferma nel fatto che il diritto canonico stesso, il cui fondamento radicava nel diritto naturale o divino, andò gradatamente a contaminare la riflessione sociale, e della vita quotidiana, al punto che i pubblicisti dell'epoca moderna arrivarono a parlare lo stesso linguaggio, in materia di diritti naturali e di un ordine legislativo superiore a quello umano, di quello della Chiesa medievale. Ma se ciò è vero, ossia se la Chiesa dell'XI secolo vedeva il divino come immutabile e l'umano come mutevole, essendo il primo superiore al secondo[\[80\]](#), non è possibile negare un rapporto tra quella e l'età moderna in cui il diritto divino è visto come superiore all'instabile legge dello Stato. Lo stesso accadrà con la visione teologica della persona nell'Età Media, come ente imperfetto, parte di un Ente mistico, persona fittizia composta dalla totalità dei fedeli, che andò a favorire la teoria delle corporazioni e un'idea moderna dello Stato composto da un popolo astratto e unitario che li rappresenta entrambi[\[81\]](#). Non sembra, dunque, possibile sostenere la teoria dell'insularità del diritto pubblico tra l'Età media e la modernità, come ha sostenuto Grossi, quanto, semmai, del diritto privato.

7. Un dibattito *in fieri*

Secondo la teoria di Grossi l'idea del diritto diffusa in epoca medievale era assolutamente antitetica a quella degli Stati legislativi della modernità. Come si è

argomentato, infatti, era sua ferma convinzione che il diritto non avesse alcun bisogno del potere dello Stato «essendo quest'ultimo che uno dei mille ordinamenti manifestatisi nel corso della storia umana»[82]. Sul punto lo storico fiorentino non sembra avere dubbi: la società medievale era una società priva di Stato e, in virtù del vuoto che ciò produceva a livello politico, il diritto assurgeva a punto centrale della vita sociale «il diritto», scriveva, "*è [...] ordine, ordine sociale, moto spontaneo, cioè nascente dal basso*"; secondo Grossi, infatti, sarebbe stata la modernità a trasformare in diritto in un'appendice del potere, rendendolo un strumento regni, e, di conseguenza, a produrre uno iato con il tessuto sociale[83].

La posizione di Grossi, come si è detto, ha sollevato non poche contro-argomentazioni molte delle quali hanno opposto, alla sua tesi negazionista, l'ipotesi che in epoca medievale esistesse *un altro tipo ed un'altra forma di Stato*[84] e che, proprio in virtù di un *file rouge* che avrebbe legato la storia del diritto pubblico medievale a quello moderno, non fosse del tutto corretto liquidare il diritto moderno come elemento del potere, dovendolo ritenere anche come strumento di civilizzazione e di garanzia dei diritti. Ghisalberti, rifacendosi a risalente storiografia[85], pur riconoscendo l'originalità del pensiero grossiano, ha sostenuto che, anche gli ordinamenti dell'Alto Medioevo, nati in seguito alla dispersione delle tribù germaniche, andassero ritenuti delle forme di Stato[86], senza che ciò dovesse implicare una loro assimilazione a quelli che avrebbero caratterizzato la modernità.

Lo stesso ragionamento, sempre secondo Ghisalberti, poteva essere applicato al Basso Medioevo e questo in virtù del fatto che l'adesione alla teoria di Grossi, e dunque la negazione dell'esistenza stessa di uno Stato in epoca medievale, impediva di accettare "*l'aspetto pubblicistico del diritto medievale non omologabile alla visione comunitaria e socialmente comunitaria dello stesso*"[87], come pure rendeva oltremodo difficile comprendere le ragioni che avevano portato, tra il XIII e il XIV secolo, le monarchie a rafforzarsi, arrivando peraltro a ridurre il primato moderno della legge statale a un «assolutismo legislativo e di totalitarismo giuridico»[88], vanificando, in questo modo, i risultati ottenuti dall'eguaglianza dei diritti e delle libertà civili e politiche[89]. Come ha evidenziato Passerin d'Entrèves, le leggi non andrebbero osservate solo, e comunque, in quanto leggi, ma in virtù di un bisogno di giustizia una forza garantita da leggi e meritevole di obbedienza e di rispetto[90].

Rifacendosi a Santi Romano, Grossi ne riprendeva le riflessioni sulla pluralità degli ordinamenti giuridici per applicarle a quello dell'Età Media, anche se il giurista palermitano non respingeva il ruolo fondamentale dello Stato a livello storico e neppure la specificità e la superiorità dell'ordinamento giuridico statale. Romano, infatti, negando soprattutto il normativismo kelseniano[91], rifiutava qualunque teoria della scienza giuridica secondo la quale il diritto andava inteso come un prodotto esclusivo dello Stato,

arrivando a sostenere che il fatto di ritenere che l'ordinamento statale godesse di una completa autonomia non implicava affatto accettare "il {URL} [92] in base al quale detti ordinamenti, e di conseguenza lo Stato, erano intrinsecamente esclusivi e unici e, come tali, impossibilitati a

riconoscere come giuridici altri ordinamenti ugualmente autonomi ed originari che dir si voglia, che perciò sarebbero riconosciuti solo come fatti[93].

Dal che ne derivava, secondo Santi Romano, che lo Stato poteva disconoscere gli altri ordinamenti giuridici ma anche riconoscerli e questo in virtù dell'esistenza di una loro pluralità e non esclusività[94]. Nell'interpretazione del Grossi, invece, Santi Romano avrebbe sostenuto l'esistenza di un diritto in assenza di uno Stato e questo perché, a suo dire, la società che aveva in mente il giurista siciliano era «una grande esperienza giuridica»[95], il che, a suo dire, permetteva di utilizzare la teoria romaniana come «strumento idoneo per individuare la realtà tipica medievale»[96].

L'idea che nell'Alto Medioevo non fosse assente l'idea di un *regnum* e di un *imperium* e che, dunque, si potesse individuare un unico potere autorizzato a ricorrere alla forza pur di mantenere la pace e la giustizia, è stata altresì sostenuta da Norberto Bobbio (che la riprese da March Bloch)[97] per il quale fu proprio in epoca medievale che i giuristi elaborarono un'idea di Stato (mutuandola in parte da quella romana) la quale, tuttavia, solo tramite «l'elaborazione dei primi commentatori del *Corpus iuris* giunge intatta sin quasi a oggi, il rapporto tra *lex* e *rex*, la teoria della sovranità come indipendenza (*superiorem non recognoscens*) e quindi come potere di dettar leggi senza autorizzazione [...] e che, attraverso le diverse interpretazioni della *lex regia de imperio*, pone in discussione il problema del fondamento del potere»[98].

Contro l'idea che il Medioevo sia stata un'epoca senza Stato si è espresso anche Carl Schmitt che, nel definire lo “Stato di diritto”, faceva riferimento a uno Stato capace di osservare senza riserve "il diritto oggettivo vigente e i diritti soggettivi esistenti"[99], rammentando che anche giuristi come Johann Bluntschli e sociologici come Max Weber avevano alluso a uno “Stato feudale di diritto” e a uno “Stato di diritto medievale” nei termini di

uno Stato di diritto dei diritti soggettivi, un insieme di diritti regolarmente acquisiti, mentre lo Stato di diritto moderno sarebbe un ordinamento oggettivo, cioè un sistema di regole astratte[100].

Alle suddette considerazioni, si potrebbero affiancare anche quelle di altri studiosi come Passerin d'Entrèves il quale arrivò a parlare dello Stato nei termini di una "creazione del diritto"[101] e, ragionando sulla sua origine contrattualistica all'interno

delle dottrine politiche moderne (così lontane da quelle medievali di sovranità e di Stato incentrate sull'idea di una giustizia trascendente rispetto allo Stato e sul fatto che la sovranità derivasse da Dio), sostenne che nell'Evo cristiano la nascita dello Stato potesse essere spiegata attraverso il *dogma del peccato*[\[102\]](#) dal quale si poteva far derivare il bisogno per gli uomini a ubbidire alle leggi dello Stato.

Rivela, in questo senso, anche il pensiero espresso da San Tommaso circa l'origine e la natura dello Stato e, in particolare, gli sforzi dell'Aquinate nel trovare un equilibrio tra la riflessione aristotelica sulla politica e il Cristianesimo che, secondo Falchi, lo portarono a stabilire che

la sovranità non viene in atto che per opera umana, mentre il potere originariamente esiste soltanto nella collettività, la quale solo può investire determinate persone

e che

il potere politico è di diritto umano. Dio cioè è soltanto autore del potere come specie astratta, come rapporto potenziale, ma l'istituzione concreta del potere è puramente umana. Il rapporto di subordinazione politica preesiste potenzialmente [...] [\[103\]](#).

L'opera dell'Aquinate, di fatto, ha influenzato in modo significativo la riflessione dei secoli successivi. Si pensi, ad esempio, ai monarcomachi e alla convinzione della priorità del popolo (lo Stato) sul Principe[\[104\]](#) o alla riflessione di Francisco Suárez[\[105\]](#) il quale, nel 1619, aveva sostenuto che il Principe acquistava il potere sovrano grazie al consenso che gli riconosceva la comunità, mentre Ugo Grozio avrebbe affermato che lo Stato restava separato dagli individui che ne possedevano il dominio in quanto collettività[\[106\]](#). In precedenza, il già citato Johan Althusius si era soffermato sul fatto che la sovranità risiedesse nel popolo che, per tale motivo, fosse superiore al monarca[\[107\]](#), in direzione del tutto opposta a quella che sarebbe stata esposta da Bodin per il quale nessun diritto di sovranità avrebbe potuto essere concesso popolo pena la sua distruzione[\[108\]](#).

Numerosi, in sostanza, sono stati i pensatori medievali che hanno rivendicato l'assoluto potere dello Stato rispetto alla Chiesa. Come avrebbe anticipato Marsilio da Padova solamente in presenza di un Governo retto da leggi, infatti, ci si trovava di fronte a un *regnum* all'interno del quale l'intera cittadinanza assumeva il ruolo di "legislatore umano" senza il cui assenso nessun decreto o decretale papale poteva «obbligare o costringere nessuno»[\[109\]](#). E questo perché nessun monarca al quale era stato assegnato il potere di governare poteva goderne in modo pieno e incontrollato, dovendo sempre sottostare al volere del "legislatore umano". Chiara allusione al fatto che la sovranità

derivasse dal basso.

La *querelle* sul fatto che in epoca medievale si potesse o no parlare di Stato ha indotto alcuni studiosi a elaborare due definizioni, una “larga” e una “stretta” di Stato[110], e, altri, a considerare la parola “Stato” una sorta di termine ombrello all’interno del quale far confluire numerosi significati da *polis* a *civitas*, da *imperium* a *regnum*[111], senza, tuttavia, volergli assegnare necessariamente un significato troppo vago o generico tale da impedirne una sua specificità[112]. Alcuni studiosi[113] hanno sostenuto che, rifiutare il significato “ristretto” di Stato, permetta di capire tutte quelle argomentazioni che vengono addotte per spiegare la continuità storica da un’epoca all’altra e da un’organizzazione politica all’altra[114]. Sia che si adotti un’idea ristretta sia un’idea larga, alla base di questa visione si trova la convinzione che non si possa ridurre lo Stato, che è un concetto, storico, al perimetro della sola modernità.

L’idea che lo Stato nasca ufficialmente con la pace di Westfalia, dunque, e questo perché da quel momento «lo Stato riuscì in tutti i campi vittorioso»[115], non sembra potersi condividere e questo perché, anche durante il Medioevo, come ampiamente argomentato, per quanto si trattasse di un’epoca frammentata, era possibile individuare una tensione costante verso l’unità politica, e che lo Stato inglese sorse molto prima che nel continente europeo si sperimentasse la prima esperienza costituzionale. Prima ancora del 1648, inoltre, già Machiavelli e Bodin avevano iniziato ad alternare la locuzione *res publica* a quella di Stato, preceduti, a loro volta, da autori come Tito Livio che aveva scritto che “*la polis greca era [...] ad un tempo Stato e Chiesa*”[116].

Anche un costituzionalista come Crisafulli, pur condividendo l’assunto secondo il quale lo Stato moderno sia sorto con la pace di Westfalia, ha ritenuto che

i regni formatisi a seguito della disgregazione dell’Impero carolingio erano venuti progressivamente affermandosi – in fatto - come poteri *superiorem non recognoscentes*; mentre, dal punto di vista della struttura interna, sin dalla fine del secolo XII cominciano a riscontrarsi [...] i caratteri di veri ordinamenti statali, sia pure in commistione con le perduranti istituzioni feudali[117],

nonostante non abbia negato il fatto che ci siano state delle significative differenze tra quelli e lo Stato moderno soprattutto per un’unità politica mediata.

Quindi, sempre secondo il Crisafulli, sebbene l’Imperatore del Sacro Romano Impero fosse, da una prospettiva formale, un monarca, nella prassi la sovranità si affermò «come concreto attributo di *civitates*, regni, principati»[118] e, comunque, anche in precedenza, i tre elementi fondanti lo Stato - popolo, territorio e governo – avevano convissuto all’interno della *polis* greca e nella *civitas* romana, potendosene trovare traccia anche

nglii antichi imperi come quello egiziano, babilonese, persiano e macedone che, di fatto, *"presentano caratteri qualificabili statali"*^[119], a ulteriore dimostrazione del fatto che la tesi di Grossi non possa trovare accoglimento.

8. Conclusioni

La concezione giuridico-medievalista di autori come Grossi, indipendentemente dal fatto che la si accetti o la si critichi, solleva diverse questioni su un periodo certamente interessante della storia che resta a tutt'oggi oggetto di continui approfondimenti e di analisi. L'idea di un Medioevo come epoca isolata, con nessun legame con l'antichità e la modernità, considerata al pari di una sorta di organismo capace di autoalimentarsi per secoli, spezzando qualsiasi legame con il passato e non creandone nessun con il suo futuro, resta una tesi audace che ha inaugurato nuovi percorsi di ricerca e spinto generazioni di ricercatori a esplorare quella fase della storia del diritto che meriterebbe una maggiore attenzione sia da parte dei giuristi sia degli storici del diritto medievale in virtù del fatto che, proprio nel Medioevo, si trovano i fondamenti di tutte le concezioni che sono state ereditate dal diritto pubblico (e da una parte del diritto privato) delle nazioni contemporanee.

Secondo la riflessione grossiana, la rottura tra il Medioevo e la modernità si tradusse, con il cambiamento del sistema delle fonti autonome del diritto, in un monismo legislativo statale che trasformò ogni Stato in un sistema giuridico particolare. Si ruppe quell'unità che esisteva nell'Età Media e si trasformò l'Europa in un mosaico di diritti statali territoriali. Ma se ciò può anche essere vero, entro certi limiti, nell'ambito del diritto privato, lo stesso non sembra valere sul piano del diritto pubblico, visto che dopo l'Età medievale s'impose una tendenza verso l'assolutismo, caratteristico del monismo statale, basato su alcune teorie dottrinali medievali e, all'interno della stessa modernità, si assiste a numerosi tentati per salvare e perfezionare istituzioni di diritto pubblico medievale da parte della dottrina, all'interno di libri e Università.

Per quanto riguarda il diritto pubblico, quindi, non sembra possibile condividere l'idea di Grossi che vuole un Medioevo isolato rispetto all'antichità e alla modernità, e questo in virtù del fatto che esiste una chiara, e documentata, transizione culturale e giuridica tra l'epoca precedente e quella posteriore. Il che non implica sottrarre universalità alle idee elaborate ed espresse a livello giuridico in epoca medievale, ma, semmai, non considerare il Medioevo un'isola rispetto al suo passato e al suo futuro.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] N. Bobbio, voce *Stato*, in “Enc.”, vol. XIII, Einaudi, Torino, 1981, p. 463 (pp. 453-513).
- [2] G. Sartori, *Democrazia degli antichi e democrazia dei moderni*, in Id., *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano, 1994, p. 141.
- [3] M. Fioravanti, voce *Stato (storia)*, in “Enc. Dir.”, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 708 e ss.
- [4] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (1995), Laterza, Roma-Bari, 2017.
- [5] L. M. Bassani e A. Mingardi, *Dalla Polis allo Stato. Introduzione alla Storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 42.
- [6] P. Piscaretti di Ruffia, voce *Stato*, in “Enc. Giur.”, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 51 (pp. 31-62).
- [7] Machiavelli, *Il Principe e Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, Le Monnier, Firenze, 1857, p. 5.
- [8] V. E. Orlando, *Sul concetto di Stato*, in *Diritto pubblico generale*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 190-191.
- [9] *Ibidem*.
- [10] P. Grossi, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in “Quaderni fiorentini”, 1996, XXV, pp. 267-284.
- [11] P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001, p. 33.
- [12] C. Maglio, *L'idea costituzionale nel Medioevo: dalla tradizione antica al «costituzionalismo cristiano»*, Il Segno dei Gabrielli Editori, Verona, 2006.
- [13] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 29.
- [14] S. Roma, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, p. 89.
- [15] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 14.
- [16] *Ibidem*.
- [17] O. Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, trad. it. di F. William Maitland, Cambridge University Press, New York, 1987, p. 22.
- [18] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 18 e ss.
- [19] *Ivi*, p. 21.
- [20] O. Gierke, *The Political Theories of the Middle Age*, cit., p. 61.
- [21] D. Quaglianone, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in “Annali del Dipartimento di Storia del Diritto-Università di Palermo”, 52, 2007-2008, pp. 55-67; E. Cortese, *Il Diritto nella Storia Medievale*, II, *Il Basso Medioevo*, Il Cigno, Roma, 1995.
- [22] F. Palermo, J. Woelk, *Germania*, il Mulino, Bologna, 2005, pp. 19-20.
- [23] C. Maglio, *L'idea costituzionale nel Medioevo. Dalla tradizione antica al «costituzionalismo cristiano»*, San Pietro in Cairano, Roma, 2006.
- [24] J. Brissaud, *A History of French Public Law*, E. Little, Brown and Company, Boston, 1915, p. 210 e ss.
- [25] G. Silvano, *Dal centro alla periferia. Niccolò Machiavelli tra Stato cittadino e Stato territoriale*, in “Archivio Storico Italiano”, vol. 150, n. 4, 554, ottobre-dicembre 1992, pp. 1105-1141.
- [26] J. J. Chevalier, *Histoire de la pensée politique*, vol. 3, Northwestern University, London, 1979, p. 10.
- [27] P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- [28] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 231.
- [29] I. Bodinus, *De Republica libri sex*, I, 8, Fancoforti ad Moenum, apud Joannes Wechelium et Petrum fischerum consortes, 1591.
- [30] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 50.
- [31] L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di «Stato moderno»*, in “Storia Amministrazione Costituzionale. Annali {URL}
- [32] F. Sofia, *Il potere neutro nella riflessione costituzionale di Benjamin Constant*, in R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *Il potere neutro: risorse e contraddizioni di una nozione costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 33-44.
- [33] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 19.
- [34] *Ivi*, p. 20.
- [35] G. G. Merlo, *Il cristianesimo medievale in Occidente*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

- [36] A. Sidney, *Discourses Concerning Government*, F. Darby ub Bartholomes Close, Londra, 1704.
- [37] F. Hotman, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France, and most other parts of Europe, before the loss of their Liberties*, Ed. Edward Valentine, Londra, 1721, {URL}
- [38] R. Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, Ed. Distribuciones, México, 1998, p. 58.
- [39] *Ibidem*.
- [40] K. Löwenstein, *Political power and the governmental process*, University of Chicago Press, Michigan, 1957, p. 152.
- [41] C. Schmitt, *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano, 1986, p. 113.
- [42] *Ibidem*.
- [43] F. Hotman, *Franco-Gallia: or, an account of the ancient free State of France*, cit., pp. 83-84.
- [44] *Ivi*, pp. 107-108.
- [45] Come la deposizione di re Childerico III e la salita al trono di Pipino il Breve nel 752 dove, parallelamente all'unzione papale fu necessaria l'approvazione della deposizione da parte del Congresso Generale della Nazione, rappresentativa del popolo nel suo insieme e l'approvazione del nuovo re (F. Hotman, *Franco-Gallia*, cit., pp. 90-97); oppure il caso dell'elezione dei re merovingi, carolingi e capetingi dall'VIII al XV secolo dove l'organo legittimante la sovranità delegata al monarca proveniva dall'Assemblea rappresentativa dei distinti ordini o stadi del regno essendo questi esempi chiari dell'applicazione della teoria della sovranità popolare nel Medioevo secondo la quale chi aveva il potere di istituire era anche colui che aveva il potere di abrogare, rimarcando il legame tra popolo e monarca. J. Brissaud, *A History of French Public Law*, cit., p. 79 e ss.
- [46] J. Althusius, *The Politics of Johannes Althusius*, a cura di F. Smith Carney, Beacon Press, Londra, 1964, p. 88.
- [47] *Ibidem*.
- [48] *Ivi*, p. 110.
- [49] *Ivi*, p. 106.
- [50] C. Colapietro, M. Ruotolo, *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 555 e ss. (pp. 553-640); M. Fioravanti, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 333.
- [51] E. Corwin, *Corwin on the Constitution. The Judiciary*, Cornell University Press, Ithaca and Londra, 2019, pp. 103-104.
- [52] E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England: Containing the Exposition of Many Ancient and other Statues*, W. Clarke and Sons, Londra, 1817, pp. 42-43 e pp. 50-55.
- [53] *Ivi*, pp. 426-428 e pp. 526-527.
- [54] H. L. Lubert, *Sovereignty and Liberty in William Blackstone's. Commentaries on the Laws of England*, in "The Review of Politics", 72, 2010, pp. 271-297.
- [55] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 127-128.
- [56] G. Jellinek, *Declaration of the Rights of Man and of Citizens*, Hyperion Press, Westport, 1979.
- [57] A. Arlidge, I. Judge, *Magna Charta Uncovered*, Hart Publishing. Oxford and Portland, 2014, p. 185.
- [58] W. S. Church, *A Treatise on the Writ of Habeas Corpus*, Lawbook Exchange, New Jersey, 2013.
- [59] A. L. Tyler, *Habeas Corpus in Wartime: From the Tower of London to Guantanamo Bay*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 15 e ss.
- [60] F. Pollock, F. W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, vol. I, The Lawbook Exchange, New Jersey, 1996, p. 587 e ss.
- [61] R. Tamayo y Salmorán, *Introducción al Estudio de la Constitución*, cit., pp. 178-181.
- [62] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 9.
- [63] *Ivi*, p. 10.
- [64] *Ivi*, p. 11.
- [65] A. Esmein, *Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français*, L. Larose & Forcel, Paris, 1892, p. 102.
- [66] A. Passerin D'Entrèves, *Natural Law*, Hutchinson and. Co., Londra, 1955, p. 21.
- [67] A. Passerin D'Entrèves, *The Medieval Contribution to Political Thought*, Oxford University Press, Oxford,

1939, p. 6.

[68] O. Gierke, *Natural Law and the Theory of Society 1500 to 1800*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950.

[69] M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaka Book, Milano, 1986, p. 528 e ss.

[70] P. Costa, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in “Enc. Diritto”, Giuffrè, Milano, 2008, p. 371 e ss. (pp. 365-413).

[71] R. P. Johnston, *Hugo Grocio, padre accidental del Derecho Internacional*, in “ADE. Revista de la Asociación de Diplomáticos Escritores”, 2, n. 4, 2002, pp. 1-6; A. Passerin D’Entrèves, *Natural Law*, cit., pp. 50-51.

[72] O. Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge, 1900, p. 88 e ss.

[73] P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 12.

[74] P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 30.

[75] *Ibidem*.

[76] F. W. Maitland, *Introduction*, in O. Gierke, *Political Theories*, cit., pp. VII-VIII.

[77] P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 47.

[78] O. Gierke, *Political Theories of the Middle Ages*, cit., p. 87.

[79] Si pensi, ad esempio, a Brissaud che ritenne le teorie medievali come antecedenti alla Rivoluzione del 1789. J. Brissaud, *A History of French Public Law*, p. 535 e ss; A. Passerin D’Entrèves, *Natural Law*, cit., pp. 57-58.

[80] P. Grossi, *L’ordinamento giuridico medievale*, cit., p. 203 e ss.

[81] G. Duso, *Sulla genesi del moderno concetto di società: la «consociatio» in Althusius e la «socialitas» in Pufendorf*, in “Filosofia politica”, X, 1996, pp. 5-31.

[82] G. Grossi, *L’ordinamento giuridico medievale*, cit., p. 30.

[83] *Ivi*, p. 31.

[84] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991, p. 138.

[85] E. Sestan, *Stato e Nazione nell’Alto Medioevo*, Esi, Napoli, 1952; F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954; M. Ascheri, *Istruzioni medievali: un’introduzione*, il Mulino, Bologna, 1994.

[86] C. Ghisalberti, *Recensione a Paolo Grossi, L’ordine giuridico medievale*, in “Clio”, 1, 1997, p. 181 (pp. 181-183).

[87] *Ivi*, p. 183.

[88] *Ibidem*.

[89] *Ibidem*.

[90] A. Passerin d’Entrèves, *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1947, pp. 58-59.

[91] M. Prospero, *Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato*, in “Studia Politica: Romanian Political Science Review”, 10, 4, 2010, {URL} #160;

[92] S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 58-59.

[93] *Ibidem*,

[94] *Ibidem*.

[95] P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 31.

[96] *Ibidem*.

[97] M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1950), a cura di C. Panizza, Einaudi, Torino, 2016.

[98] N. Bobbio, voce *Stato*, cit., p. 466.

[99] C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1984, p. 177.

[100] *Ibidem*.

[101] A. Passerin D’Entrèves, *La dottrina dello Stato*, cit., p. 234.

[102] *Ibidem*.

[103] A. Falchi, *I fini dello Stato e la funzione del potere* (1910), ora in Id., *Lo Stato collettività*, ETS, Pisa, 1994, p. 35, nota 60; S. Vanni Rovighi, *Introduzione a Tommaso d’Aquino*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 129 e ss.

[104] A. Clerici, *La dialettica parte/tutto nelle teorie della sovranità popolare dei monarchomaques*, in G.

Ruocco e L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo del popolo. I. Dall'antico regime alla Rivoluzione*, Viella, Roma, 2011, pp. 48-72.

[105] F. Suárez, *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore*, Lugduni, 1619, III, capp. I-IV.

[106] U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Wratislaviae, 1744, I, cap. I, par. XIV; cap. I, par. VII; cap. XIIV.

[107] J. Chevallier, *Storia del pensiero politico, I*, il Mulino, Bologna, 1981, p. 494.

[108] G. Bodin, *De Repubblica* (1576), Francoforte 1609, VI Libri, Lib. I, cap. 10 e Lib. I, cap. 8.

[109] A. Passerin d'Entrèves, *Rileggendo il defensor pacis*, in G. M. Bravo (a cura di), *Saggi di storia del pensiero politico. Dal Medioevo alla società contemporanea*, Franco Angeli, Milano, 1992, pp. 135-167; C. Dolcini, *Introduzione a Marsilio da Padova*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 25 e 27.

[110] N. Bobbio, voce *Stato*, cit., p. 464.

[111] U. Cerroni, voce *Stato*, in G. Crifò (a cura di), *Enciclopedia Feltrinelli Fischer Diritto*, Feltrinelli, Milano, 1972, p. 475 (pp. 475-500).

[112] G. Balladore-Pallieri, *Dottrina dello Stato*, Cedam, Padova, 1964, p. 4.

[113] G. Jellinek, *Dottrina generale dello Stato* (1914), vol. I, trad. it. M. Petrozziello, Società editrice libraria, Milano, 1921, pp. 291 e ss.

[114] G. Balladore-Pallieri, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 4.

[115] *Ivi*, p. 6.

[116] *Ivi*, p. 9.

[117] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, I*, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1970, p. 54.

[118] *Ibidem*.

[119] *Ivi*, pp. 56-57.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7774>

LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI PENDENTI NEL NUOVO CODICE DELL'IMPRESA

Nel nuovo codice della crisi di impresa così come nella legge fallimentare, la disciplina dei rapporti pendenti è rimessa ad una norma a carattere generale ed a disposizioni specifiche per alcune fattispecie contrattuali. La continua applicazione analogica delle varie disposizioni, nonché la previsione di diverse discipline fa, però, sorgere la necessità di risalire alle ragioni giustificative sottese alle singole disposizioni, le quali non sembrano tutte volte alla tutela dell'interesse creditorio. È opportuno volgere l'attenzione verso criteri diversi, quali il richiamo alla funzione causale, al principio di affidamento, volti a realizzare l'interesse ritenuto maggiormente meritevole di tutela o un più equo bilanciamento degli interessi nella composizione del loro conflitto

autore **Maria Carlotta Rizzuto**



Abstract ENG

In the new code of the business crisis as well as in the bankruptcy law, the discipline of pending relationships is referred to a general rule and specific provisions for some contractual cases. The continuous analogical application of the various provisions, as well as the provision of different disciplines, however, raises the need to go back to the justificatory reasons underlying the individual provisions, which do not all seem to be aimed at protecting the credit interest. It is appropriate to turn attention to different criteria, such as the reference to the causal function, the principle of assignment, aimed at achieving the interest deemed most worthy of protection or a more equitable balance of interests in the settlement of their conflict

Sommario: 1. Premessa; 2. Definizione di rapporti pendenti; 3. Il vecchio ed il nuovo impianto normativo; 4. Un sistema apparentemente chiaro; 5. La ragione giustificativa della sospensione; 6. La crisi del sistema tradizionale: scarsa applicazione pratica dell'art. 72 e *Ratio legis* delle disposizioni speciali; 7. Un sistema ancora da ricostruire; 8. Verso un sistema condiviso.

1. Premessa

Con il {URL} #39;ordinamento italiano, il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, il quale entrerà in vigore a partire dal 15 novembre; da tale data sarà, dunque, possibile porre in essere, per un verso, una procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, su base volontaria ed extragiudiziale e per altro verso, presentare domanda per un concordato semplificato.

Al contempo, però, il medesimo decreto ha, nuovamente, rinviato l'entrata in vigore del Codice della crisi al 16 maggio 2022, disponendo, per quanto concerne la disciplina delle misure d'allerta, un differimento ancora maggiore, al 31 dicembre 2023.

L'indirizzo disegnato dal quadro complessivo della riforma sarebbe, certamente, quello maggiormente auspicabile. Suona imperante la sostituzione della locuzione fallimento con quella di liquidazione giudiziale. Degna di lode appare la scelta di far sopravvivere esclusivamente il concordato in continuità aziendale. Mirabile l'introduzione di un unico procedimento per la crisi e l'insolvenza come tentativo di avvicinamento dell'Italia alla regolamentazione europea.

Ed, invero, i riscontri pratici non sembrerebbero così rassicuranti: per un verso, le ipotesi di fallimento aumentano in via esponenziale e, tra i concordati preventivi omologati, molti hanno carattere liquidatorio; per altro verso, i persistenti rinvii all'entrata in vigore del nuovo Codice e, in alcune ipotesi, l'assenza di rilevanti novità, impongono all'interprete l'utilizzazione dei vecchi strumenti normativi.

Con particolare riferimento alla regolamentazione dei rapporti pendenti, se non fosse per una differente numerazione delle attuali disposizioni nonché per il recepimento di alcuni più evidenti indirizzi giurisprudenziali, si sarebbe indotti a pensare che le innovazioni siano ben poche, se non del tutto inesistenti.

Ad un lettore attento, infatti, non potrebbe, di certo, sfuggire come l'art. 172 del codice della crisi¹, ad eccezione di novità di scarso rilievo², riproponga, pedissequamente, l'art 72 della legge fallimentare³.

Anche le norme, artt. 173-192 CCII⁴, che offrono una disciplina speciale per alcune tipologie contrattuali, non sembrano tratteggiare -al di fuori di quelle relative al contratto di affitto di azienda⁵ ed di quelle concernenti i rapporti di lavoro subordinato⁶- novità di ampio respiro come, al contrario, ci si sarebbe, forse, potuti attendere nell'ambito di un rinnovato quadro disciplinare e, soprattutto, alla luce di una decantata diversa funzione della procedura di liquidazione giudiziale⁷.

Tutto, dunque, sembrava essere cambiato, eppure ancora nulla è cambiato, di guisa che sembra, ancora una volta, necessario muoversi tra le maglie della vecchia legge fallimentare⁸.

2. Definizione di rapporti pendenti

La mancanza di rilevanti novità legislative nonché l'ulteriore – e non si sa se ultimo-

rinvio all'entrata in vigore del codice della crisi inducono una riflessione sulla disciplina ancora attuale dei rapporti pendenti; riflessione che, però, non potrebbe non essere, al contempo, influenzata dalla riforma *in itinere* e, soprattutto, dai principi e dai valori sottesi a quest'ultima.

Ed, invero, con l'espressione rapporti pendenti o rapporti giuridici preesistenti⁹ si suole fare riferimento a quei rapporti che, perfezionati prima della dichiarazione di fallimento¹⁰, sono, ancora, pendenti tra le parti, in quanto le prestazioni sono non eseguite o, comunque, non integralmente¹¹. Si ritiene, quindi, che il presupposto per l'applicazione della disciplina della sezione quarta della legge fallimentare non sia il vincolo di sinallagmaticità esistente tra i due opposti crediti, ma lo stato di inesecuzione del contratto sinallagmatico e, cioè, la mancata attuazione delle corrispettive prestazioni in quest'ultimo contemplate.

È un rapporto, dunque, in piena fase di sviluppo, produttivo di diritti e doveri, il quale non pone in discussione la validità della sua fonte, bensì incide sugli effetti, con prevalenza delle regole fallimentari su quelle comuni: la scadenza anticipata dei crediti¹²; il blocco degli interessi sui crediti non garantiti¹³; la riduzione, in termini pecuniari dei crediti di natura diversa, con un'adequata tutela della controparte *in bonis*, diretta ad evitare che quelle regole costituiscano sacrifici aggiuntivi a quelli prodotti dalla insolvenza¹⁴.

Può essere, pertanto, essere definito pendente il rapporto tra fallito e terzo contraente che presenti tre requisiti: si sia perfezionato prima del fallimento; sia opponibile alla massa; non sia, ancora, compiutamente eseguito da nessuno dei contraenti alla data di fallimento¹⁵.

Circa il primo presupposto, al fine di stabilire se, al momento della dichiarazione di fallimento, il contratto possa essere considerato perfezionato, si suole far riferimento alla disciplina civilistica relativa alla formazione del contratto. Si verifica, cioè, se l'incontro delle volontà sia avvenuto prima della dichiarazione di fallimento ossia con termini e modalità tali da far ritenere l'accordo avvenuto in epoca antecedente.

Il secondo requisito richiesto è la opponibilità - ai sensi degli artt. 44 e 45 L. Fall. - del rapporto al fallimento¹⁶. Anche al fine di verificare tale presupposto, si utilizzano i canoni civilistici: il contratto deve, cioè, rivestire le forme previste dalla legge civilistica per poter essere opponibile nei confronti di eventuali creditori che intraprendano azioni esecutive sul patrimonio del debitore¹⁷.

Infine, quale ultimo requisito, il rapporto deve essere pendente ossia non deve risultare

interamente eseguito da nessuna delle parti. Diversamente, residuerebbe solamente un debito o un credito¹⁸ con la possibilità, dunque, di insinuarsi al passivo¹⁹ – nel caso in cui la prestazione fosse stata adempiuta da parte del contraente *in bonis* – o di ottenere la prestazione dedotta nel contratto, da parte del terzo contraente – nell'ipotesi di prestazione eseguita dall'imprenditore fallito.

A tal riguardo, la verifica sulla pendenza del rapporto e, dunque, sull'esecuzione o meno delle prestazioni dedotte in contratto, deve avvenire, secondo l'orientamento ormai consolidato²⁰, tenendo conto non, già, delle prestazioni accessorie ma delle obbligazioni principali.

Una conferma, in tale senso, si è avuta con la formulazione dell'art. 172 del Codice della Crisi e dell'insolvenza, il quale chiarisce, per l'appunto, che a non essere integralmente eseguite debbano essere, tuttavia, le prestazioni principali del contratto e non anche le cosiddette prestazioni accessorie.

Al contempo, l'art. 172 pone fine ad un ulteriore dubbio interpretativo generato dall'attuale legge fallimentare, giacché esplicita come, con l'espressione contratti pendenti, si indichi, in entrambe le procedure²¹, «contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti» da entrambe le parti, al momento dell'apertura di una procedura concorsuale. Si eliminano, in tal modo, i dubbi generati dall'impiego, da parte del legislatore del '42, delle espressioni differenti di rapporti pendenti e di contratti in corso di esecuzione rispettivamente nella procedura fallimentare ed in quella concordataria, divergenza terminologica che aveva, infatti, lasciato ipotizzare l'esistenza di una corrispondente diversa definizione.

Per ultimo, è necessario che il rapporto possa essere oggetto di spossessamento, ai sensi dell'art. 42 L. Fall., ossia attenga al patrimonio fallimentare e non sia destinato, invece, a soddisfare esigenze essenziali di vita del fallito o della sua famiglia²².

Orbene, secondo l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario, i rapporti esistenti al momento della dichiarazione di fallimento, al fine di essere qualificati come pendenti, devono possedere ciascuno dei presupposti sopra elencati, poiché la mancanza anche soltanto di uno di essi comporta l'impossibilità di essere ricondotti nell'ambito disciplinare della sezione quarta della legge fallimentare. In tal senso ed in via meramente esemplificativa, basti pensare all'ipotesi dei contratti ad effetti reali, allorquando il trasferimento del diritto sia avvenuto in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento²³, sì da far considerare il rapporto come già consumato da parte di uno dei due contraenti.

In tale direzione, delineati i presupposti indispensabili per la qualificazione di un

rapporto come pendente, è bene, sin da subito, constatare come, dalla lettura delle disposizioni della legge fallimentare, affiorino due immediate considerazioni: per un verso, l'esistenza di un gruppo corposo di norme, inserite nella sezione quarta, disciplinanti gli effetti della dichiarazione di fallimento sui rapporti pendenti a fronte di singole disposizioni che regolamentano gli effetti delle altre procedure concorsuali sui contratti in corso di esecuzione²⁴. Per altro verso, la presenza, all'interno della medesima sezione quarta, di un microsistema composto da una norma ritenuta a carattere generale, l'articolo 72, e da altre norme speciali, artt. 72 *bis* e ss., le quali prevedono, invece, lo scioglimento o la continuazione automatica, a seconda della tipologia di rapporto. Tralasciando il primo profilo, il quale, per vero, meriterebbe un ulteriore approfondimento anche alla luce della riforma, tra l'altro, non ancora del tutto entrata in vigore, ci si soffermerà sul secondo profilo.

3. Il vecchio ed il nuovo impianto normativo

L'impianto normativo originario del codice del 1865²⁵ era sostanzialmente differente rispetto a quello dettato dal legislatore nel 1942, poiché frammentario e disorganico²⁶, composto da alcune norme specifiche connesse alla singolare natura dei contratti.

In particolare, essendo regolata solamente la sorte di determinati rapporti, con riguardo al tipo, all'oggetto, alle peculiarità caratterizzanti in concreto il rapporto contrattuale, permaneva il problema dell'individuazione della disciplina da applicare ai contratti tipici non espressamente regolamentati, ai contratti atipici e, laddove non fosse stato possibile utilizzare lo strumento dell'interpretazione analogica, quello dell'individuazione di una norma di chiusura del sistema²⁷.

L'introduzione degli artt. 72 e ss. nella Legge Fallimentare fu considerato, dunque, di poco migliorativa rispetto al precedente codice di commercio, il quale si limitava, agli artt. 802-806, a disciplinare gli effetti della dichiarazione di fallimento su alcuni singoli contratti, senza garantire la presenza di alcuna regola generale²⁸.

Il vuoto normativo²⁹ ha dato avvio ad una copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, al fine di estrapolare un principio generale dalle disposizioni allora esistenti, le quali, a seconda dei casi, prevedevano la sospensione, la prosecuzione o lo scioglimento del contratto.

In sede interpretativa, furono elaborate numerose teorie.

Per alcuni, i contratti, scevri di una disciplina specifica, avrebbero dovuto trovare la propria regolamentazione nelle specifiche disposizioni della legge fallimentare disciplinanti altre tipologie contrattuali. Allorquando non fosse stata possibile una

siffatta interpretazione estensiva o analogica, si sarebbe potuto, poi, far ricorso all'art. 72. I fautori di tale teoria, dunque, consideravano l'art. 72 L. Fall. una norma di chiusura, ad applicazione residuale ossia da impiegare nell'ipotesi in cui non fosse stato possibile accostare quei contratti a nessuno dei rapporti puntualmente regolamentati³⁰.

La posizione, però, che, soprattutto, in giurisprudenza³¹ ed anche in parte della dottrina³², ha finito per prevalere, è stata quella secondo cui dovesse essere applicato il regime della sospensione, con conseguente rimessione all'organo fallimentare- il curatore- della decisione sulle sorti del rapporto. Secondo quest'ultima posizione, infatti, la legittimazione dell'ufficio fallimentare a far proprio il rapporto e, dunque, ad operare la scelta tra la sua prosecuzione o il suo scioglimento, doveva essere rinvenuta nella funzione liquidatoria dell'intera procedura fallimentare³³. Tale orientamento riteneva che dovesse essere proprio l'ufficio fallimentare a scegliere se liberarsi del rapporto, là dove lo considerasse incompatibile con la liquidazione del patrimonio fallimentare o viceversa, a decidere di continuarlo, nel caso in cui il rapporto pendente fosse migliorativo del risultato della liquidazione.

La disciplina contenuta nell'art. 72 della Legge Fallimentare, dettata per il contratto corrispettivo per antonomasia, la compravendita, fu eletta, dunque, ancor prima della sua nuova formulazione, quale regola generale³⁴, applicabile anche alle fattispecie non puntualmente regolamentate³⁵.

Con il {URL}³⁶, il legislatore ha, conseguentemente, trasformato l'art. 72 da norma speciale a norma generale, oltrepassando, persino, i principi sanciti dalla legge delega³⁷, la quale prevedeva, invero, solamente l'inserimento di nuove disposizioni, concernenti il contratto di *leasing* ed i patrimoni destinati ad uno specifico affare³⁸.

4. Un apparato normativo apparentemente chiaro

Il legislatore riformista, come rilevato dalla dottrina³⁹ ha, dunque, recepito, nel nuovo art. 72, l'invalsa interpretazione giurisprudenziale, sopra menzionata⁴⁰.

Ad oggi, dunque, sull'esempio tedesco della *Konkursordnung*, tentando di scrollarsi di dosso la precedente frammentarietà, la legge fallimentare risulta composta per un verso, da una norma a carattere generale e, per altro verso, da altre disposizioni a carattere speciali, le quali, in deroga alla prima, pongono una disciplina diversa per alcune tipologie contrattuali, così come, d'altronde, statuito nel tanto dibattuto inciso «fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione⁴⁰.»

Tale situazione è rimasta del tutto invariata anche nel nuovo impianto normativo del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale prevede, per l'appunto, una norma che dovrebbe porsi quale regola generale, l'art 172, ed altre disposizioni che, invece, dovrebbero essere qualificate come norme speciali rispetto alla prima, art. 173 e ss.

Orbene, lo scenario attuale [e, dunque, anche quello futuro] dei rapporti pendenti presenta una suddivisione di questi ultimi in tre categorie: contratti che si sciolgono automaticamente⁴²; contratti che proseguono automaticamente con la massa dei creditori⁴³; contratti sottoposti alla disciplina dell'art. 72 L. Fall.⁴⁴, il quale prevede la sospensione automatica⁴⁵ dei rapporti, lasciando al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, la possibilità di scegliere tra lo scioglimento o la continuazione degli stessi⁴⁶.

Una quarta ed ultima categoria è, infine, composta da quei rapporti contrattuali che, continuando con il fallito, restano esclusi dall'applicazione dell'art. 72 L. Fall.⁴⁷.

In particolare, rientrano, in quest'ultima, da una parte, quei rapporti in cui l'amministrazione fallimentare non ha alcun interesse a subentrare, in quanto la prestazione, oggetto del contratto, non potrebbe essere acquisita al fallimento, come, in via esemplificativa, il contratto con un albergatore per un soggiorno turistico; dall'altra, i contratti nei quali l'amministrazione fallimentare non può proprio subentrare, come i contratti di lavoro, quelli di prestazione d'opera e, in generale, tutti quelli mediante i quali il fallito, in cambio di un corrispettivo, presta la propria attività personale, intesa, non solamente in senso tecnico di rapporti indisponibili, ma, anche, di rapporti patrimoniali, finalizzati al soddisfacimento delle esigenze personali del fallito.

Ed, infatti, risulterebbe, invero, privo di senso riconoscere al fallito il diritto di procurarsi i mezzi necessari per il proprio sostentamento e per quello della propria famiglia ed, al contempo, legittimare il curatore a subentrare proprio in quei contratti che rendano effettivamente realizzabile il diritto garantito, per l'appunto il sostentamento⁴⁸.

Appare, invero, opportuno, già in questa sede, sottolineare come l'estromissione delle summenzionate ipotesi contrattuali dal campo di applicazione della disciplina sui rapporti giuridici preesistenti, si giustifichi, non tanto per la funzione perseguita dal singolo contratto, ma per il tipo di interesse alla cui attuazione sono finalizzate le prestazioni in esso dedotte⁴⁹.

Alla luce della sopra esposta categorizzazione, il sistema sembrerebbe apparentemente chiaro: una regola generale e un gruppo di norme speciali, derogatorie di quest'ultima,

tutte, però, indirizzate a tutelare la massa dei creditori, in perfetta coerenza con l'atavica concezione della procedura fallimentare come procedura meramente esecutiva; una procedura fallimentare che trova la propria giustificazione nella medesima o, comunque, prossima *ratio* della procedura esecutiva individuale⁵⁰ ossia la funzione del rapporto, il vincolo del debitore alla prestazione per il soddisfacimento dell'interesse del creditore⁵¹.

Eppure, pur là dove una disposizione si appalesi dal significato evidente, su ogni interprete incombe l'onere di una continua rettifica della propria precomprensione⁵², la quale non deve consolidarsi in un convincimento prima che sia esaurito il processo della comprensione ed, una volta raggiunto il risultato, la soluzione prescelta non può non essere compatibile con l'ordinamento giuridico positivo e deve sussistere una rispondenza alle giustificate ragionevoli attese sociali⁵³.

Non può essere raggiunta, insomma, alcuna ragionevolezza interpretativa, recidendo i punti di vista finalistici dai quali parta il legislatore, poiché il metodo teleologico non è un metodo tra gli altri, ma un'indispensabile prospettiva di comprensione del diritto⁵⁴.

Proprio perché la domanda necessaria, per ottenere una risposta circa lo scopo della norma, parte dalla concreta considerazione delle attese e degli interessi sociali che ne hanno determinato l'emanazione e ancora ne richiedono l'applicazione, le incongruenze esistenti con riferimento ai rapporti pendenti nella procedura fallimentare, in termini di disciplina e di interesse tutelato non possono essere il fine ultimo del legislatore.

È per tale ragione che si appalesa come necessaria l'analisi delle singole disposizioni sì da risalire alle ragioni giustificative sottese a queste ultime e poter meglio comprendere gli interessi da esse tutelati; solamente, in tal modo, si potrà verificare se il sistema regola (art. 72) eccezioni (art 72 *bis* e ss.) possa essere, davvero, ritenuto valido.

5. La ragione giustificativa della sospensione

Il sistema tratteggiato dalla Legge fallimentare assurge quale regola generale l'art. 72 il quale prevede, come effetto automatico della dichiarazione di fallimento, la sospensione del rapporto pendente.

A tale disciplina, nonostante fosse, da sempre, attribuita la funzione di garantire la tutela della massa dei creditori sì da lasciare al curatore la scelta – maggiormente funzionale al soddisfacimento della massa fallimentare- di quali rapporti sciogliere e quali continuare, una parte della dottrina ha tentato di attribuire una differente ragione giustificativa.

Un indirizzo ermeneutico ha, infatti, ritenuto che il regime della sospensione potesse sottendere un intento salvifico dell'interesse del terzo contraente nel senso di non vederlo

costretto ad adempiere la propria prestazione, allorquando la controparte, in stato di insolvenza, non potesse adempiere la propria, sì da garantire la controprestazione al massimo come dividendo, derivante dalla ripartizione tra tutti i creditori dell'attivo fallimentare⁵⁵.

Secondo tale orientamento, la ragione della sospensione dell'esecuzione del contratto risiederebbe nella medesima giustificazione sottesa agli artt. 1460 e 1461 cod. civ.⁵⁶ i quali, nei contratti a prestazioni corrispettive, concedono, in caso di inadempimento o di peggioramento delle condizioni economiche della controparte, analoga facoltà a ciascun contraente. La ragione portante e giustificativa della regola della sospensione di cui all'art. 72 {URL} *inadimplenti non est adimplendum*, ossia in quella tutela civilistica della funzionalità del sinallagma⁵⁷.

Il medesimo orientamento accentua, però, le differenze tra gli istituti e, soprattutto, sottolinea il distacco sul piano disciplinare. Ed, infatti, non potrebbe non essere rilevato come la disciplina civilistica, relativa alle eccezioni di inadempimento ed insolvenza, si differenzi notevolmente da quella fallimentare⁵⁸.

Ciò è facilmente spiegabile là dove si consideri che lo stato di quiescenza, lungi dall'essere provocato dall'iniziativa del contraente *in bonis*, è, al contrario, un effetto automatico della declaratoria di fallimento⁵⁹.

Al contempo, tale differenza trova una ulteriore conferma nella mancata riproduzione, nell'art. 72, della facoltà per il contraente *in bonis* di poter eseguire, comunque, il contratto. Manca, cioè, in tale disposizione, la possibilità di adempiere, comunque, nonostante l'avvenuto fallimento ed una volta eseguita la prestazione, di poter, successivamente, insinuare il proprio credito al passivo, pur nella consapevolezza dell'assoggettamento di quest'ultimo alla falcidia fallimentare⁶⁰.

In tale direzione, per come formulata ed interpretata, dunque, tale disposizione pone il terzo contraente in una situazione di soggezione di fronte alla scelta unilaterale, irrevocabile e retroattiva del curatore di sciogliere o continuare il rapporto pendente.

Una norma che, dunque, non sembra essere favorevole al terzo contraente, poiché, se per un verso, mediante l'effetto sospensivo si attenuano gli obblighi contrattuali originari o, comunque si consente a quei contraenti che non siano stati pregiudicati dal fallimento di non adempiere agli obblighi preesistenti ed, eventualmente, di sciogliersi dai contratti⁶¹, per altro verso, paralizza, però, la possibilità, per il terzo contraente, di proporre quelle eccezioni che sarebbero spettate a quest'ultimo nell'ipotesi in cui avesse trovato applicazione la disciplina contrattuale comune.

Il terzo contrante non può, infatti, risolvere il contratto, anche se i relativi presupposti si siano verificati prima della dichiarazione di fallimento; non può avvalersi di clausole contrattuali che prevedano la risoluzione del contratto in ipotesi di sopravvenuto fallimento di una delle parti. Nell'ipotesi in cui il curatore scelga di risolvere il contratto, può fare valere il suo credito esclusivamente mediante la domanda di ammissione al passivo, con conseguente assoggettamento del suo credito alla falcidia fallimentare.

L'unico potere attribuitogli è quello, con la messa in mora, di sollecitare il curatore nella scelta da effettuare, così da ottenere o lo scioglimento, nell'ipotesi in cui il curatore non scegliesse nel termine fissato dal giudice o la continuazione, con pagamento integrale, nell'ipotesi in cui il curatore decidesse di subentrare.

Per come formulato, dunque, l'unico interesse tutelato dall' {URL} ⁶² si dà non lasciare spazio a nessun'altra considerazione se non fosse che ogni disposizione non è che una particella di un intero sistema normativo con il quale deve necessariamente confrontarsi, integrarsi e plasmarsi.

6. La crisi del sistema tradizionale: scarsa applicazione pratica dell'art. 72 e *Ratio legis* delle disposizioni speciali.

La conferma dell'interesse creditorio, quale interesse tutelato dall'art. 72 L. Fall., dovrebbe assicurare sulla esistenza di un impianto normativo basato da una parte su una regola generale, l'art. 72, per l'appunto, e, dall'altra, su regole speciali, gli art. 72 *bis* e ss.

Eppure, la trasparenza e coerenza dell'apparato prescrittivo sopra delineato, si scontra per un verso, con gli interessi sottesi alle disposizioni speciali e per altro verso, con la scarsa applicazione sul piano pratico di quella che dovrebbe essere la regola generale, la quale sembra assurgere, al contrario, il rango di regola residuale e di chiusura di un sistema.

Non si può sottacere, infatti, come molti orientamenti dottrinali⁶³ nonché numerose pronunce giurisprudenziali continuino – dinnanzi alle fattispecie contrattuali non espressamente regolamentate dalla legge fallimentare e, dunque, non disciplinate dagli artt. 72 *bis* e {URL}

A tal fine, basta porre l'attenzione alla fattispecie relativa al contratto di locazione. In particolare, la legge fallimentare ha disciplinato, all'art. 80, esclusivamente l'ipotesi del contratto di locazione di beni immobili e non anche di beni mobili, circostanza quest'ultima che avrebbe dovuto condurre, inevitabilmente, all'applicazione della disciplina di cui all'art. 72 L. Fall.

Al contrario, proprio il principio, sotteso all'art. 80, racchiuso nel brocardo *empio non tollit locatum* ossia l'interesse alla tutela del diritto di godimento tanto dei beni mobili quanto dei beni immobili, ha condotto sul piano giurisprudenziale e dottrinale alla naturale applicazione analogica, in ambedue i casi, della disciplina di cui all'art. 80 e non di quella dell' {URL} ⁶⁴

Ed, ancora, sono ricondotti sotto l'alveo delle singole disposizioni speciali: il contratto di affitto di fondi rustici⁶⁵; il contratto di deposito; il contratto di comodato⁶⁶, ai quali si ritiene comunemente applicabile l'art. 80. Alla stessa stregua, il contratto di riporto di borsa; di borsa a premio; di cambio a termine, di vendita a termine di merci o derrate⁶⁷, sono tutti sottoposti al dettato normativo dell'art. 76; o, ancora, al contratto di *engineering*; di *outsourcing*, al contratto di subfornitura industriale⁶⁸ o quello d'opera si suole estendere la regolamentazione predisposta per il contratto di appalto, di cui all'art. 81.

Non si possono, altresì, non ricordare il contratto di raccomandazione marittima⁶⁹; il contratto di agenzia⁷⁰; la cessione dei beni; il contratto di spedizione⁷¹; il contratto di apertura di credito⁷² e tante altre ipotesi contrattuali, le quali rinvergono il proprio regime disciplinare nell'art. 78, predisposto rispettivamente per il contratto di mandato, commissione e conto corrente.

Si potrebbe continuare ad oltranza.

Orbene, tutte le eccezioni, sopra riportate, non sono di per sé idonee a rompere il sistema dal punto di vista prettamente normativo, ma, certamente, contribuiscono a fornire un primo elemento di prova sulla incongruenza della sezione quarta e conducono quantomeno ad affermare che la trasformazione dell'art. 72, da norma particolare a disposizione di portata generale, non si sia del tutto realizzata così come si sarebbe, invece, indotti a pensare. Al contrario, fanno nutrire forti dubbi in ordine alla natura sussidiaria ed, invero, meramente residuale di tale norma rispetto alle altre disposizioni.

Tali dubbi non sembrano essere stati fugati neppure dalla riforma: non solamente, infatti, l'impianto normativo è rimasto invariato, avendo il legislatore trasposto, nell'art 172 CCII, il medesimo contenuto dell'art. 72 L. Fall. nonché, negli art. 173 e ss. CCII, la medesima disciplina degli artt. 72 *bis* e ss. ma, ha, anche, inserito una nuova disposizione: l'art. 175⁷³.

Quest'ultima, statuendo lo scioglimento automatico di tutti i contratti a carattere personale, sembra ancor più avvalorare, infatti, la tesi sulla residualità dell'art. 172 CCII, destinata, anche nel nuovo codice, a divenire, semmai, una norma di chiusura.

7. Un sistema ancora da ricostruire.

La crisi del sistema concernente i rapporti pendenti della sezione quarta della legge fallimentare, se scorge una sua prima breccia nella scarsa applicazione dell'art. 72, trova il suo più significativo riscontro nelle ragioni giustificative sottese agli articoli 72 *bis* e seguenti.

La dottrina⁷⁴, come sopra esposto, suole suddividere gli articoli successivi al 72 in norme che sottopongono i rapporti pendenti allo scioglimento automatico e norme che, invece, prevedono la continuazione automatica.

In realtà, a ben vedere, tali disposizioni potrebbero, forse, trovare una diversa ed, invero, maggiormente utile suddivisione. Le stesse norme, infatti, potrebbero essere raggruppate in quattro macro categorie, a seconda dell'interesse da queste ultime tutelato.

In primo luogo, vi sarebbero le disposizioni che sottopongono il rapporto pendente allo scioglimento, non perché indirizzate ad un miglior soddisfacimento del ceto creditorio, quanto, più semplicemente, perché tale rapporto si fonda sul quel noto principio dell'*intuitu personae*, il quale non potrebbe consentirne la sua continuazione con persona differente quali, per l'appunto, gli organi della procedura fallimentare.

A tale categoria possono essere ricondotti gli articoli 78 {URL}⁷⁵; l'art. 81, con riferimento al contratto di appalto⁷⁶; l'art. 77, ossia il contratto di assicurazione in partecipazione⁷⁷.

Una conferma in tal senso si ha, come dapprima evidenziato, anche nel codice della crisi, con l'introduzione dell'art. 175, il quale, per l'appunto, statuisce lo scioglimento automatico dei contratti aventi carattere personale, là dove la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale, sia stata motivo determinante del consenso; ciò sempre che il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell'altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi.

In secondo luogo, vi potrebbe essere quel gruppo di norme, le quali prevedono lo scioglimento del rapporto, in quanto la continuazione sarebbe, invero, incompatibile con la procedura fallimentare. Rientrerebbero in quest'ultimo, l'art. 78, con riferimento al contratto di conto corrente⁷⁸; l'art. 72 *ter*, contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare; l'art. 83 nonché l'art. 76 disciplinanti rispettivamente gli effetti del fallimento sul contratto di edizione e sul contratto di borsa⁷⁹.

Ancora, nella terza categoria, andrebbero collocate quelle disposizioni che abbiano come obiettivo la realizzazione di un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti nel rapporto pendente. Andrebbero ivi collocati gli artt. 80, 79 e 73, disciplinanti rispettivamente il contratto di locazione⁸⁰, quello di affitto di azienda⁸¹ ed il contratto con riserva di proprietà⁸².

Infine, vi sarebbero quelle disposizioni volte a tutelare il terzo contraente, inteso nel duplice senso di contraente debole [art. 72 *bis* {URL}]⁸³ per un verso e di singolo creditore [artt. 72 *quater*, 82, rispettivamente in tema di contratto di *leasing* e contratto di assicurazione] per altro verso.

Tale ultimo gruppo sarebbe quello che, alla luce dei principi cardine della procedura fallimentare e, soprattutto, di quello della *par condicio creditorum*, non potrebbe che destare maggiore meraviglia e generare una futura, più approfondita riflessione.

In tal guisa tratteggiate, le disposizioni della sezione quarta della legge fallimentare ci restituiscono, infatti, un sistema del tutto diverso da quello che, in virtù dei principi propri della procedura fallimentare, ci si potrebbe attendere.

Quest'ultima è, certamente, terra fertile per la prevalenza dell'interesse della massa dei creditori sugli altri interessi, ma, al contempo, non ci si può dimenticare come in essa non risieda solamente il rapporto tra debitore e creditore, non vi siano i soli interessi individualistici, bensì coesistano molteplici interessi, come quelli dei lavoratori, dei livelli occupazionali, di tutte le altre attività che, direttamente o attraverso l'indotto, abbiano, in qualche modo, avuto a che fare con quello che è un centro gravitazionale di valori: l'impresa.

In tale direzione, se è vero che, ancor oggi, il diritto concorsuale si innesta in un sistema di mercato e si scontra con i necessari e difficili rapporti tra economia e diritto e, soprattutto, con i tentativi, da parte di entrambi, di far prevalere le proprie logiche e regole⁸⁴, l'evoluzione del concetto di insolvenza; l'emersione di nuovi valori da tutelare⁸⁵; il conseguente intravisto mutamento della funzione propria del fallimento, la logica sottesa all'intero impianto del Codice della crisi, non possono non influenzare l'interpretazione della disciplina dei rapporti pendenti.

8. Verso un modello condiviso

Alla luce delle superiori argomentazioni, non può non rilevarsi come il sistema di regola-eccezione, disegnato dagli artt. 72 e seguenti della legge fallimentare, sia destinato a sgretolarsi di fronte ad un impianto normativo che, almeno dal punto di vista teleologico, garantisca una tutela indirizzata, non esclusivamente al soddisfacimento

dell'interesse del ceto creditorio -il quale è da considerare, solamente, uno degli interessi tutelati- ma, anche, di altri interessi.

Un sistema in cui, ogni qualvolta, l'interesse della massa entri in conflitto con altri interessi, se non soccombe – poiché si è, pur sempre, nell'ambito di una procedura fallimentare- comunque, si plasma in modo diverso da come ci si potrebbe aspettare; un sistema che, abbandonata l'atavica concezione della procedura fallimentare come procedura meramente esecutiva e la qualifica come una procedura complessa avente al proprio epicentro l'impresa, non più mero operatore economico del mercato ma, centro gravitazionale di interessi.

È una visione diversa, maggiormente rispondente e conforme ai principi e valori sottesi al nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale, in ottemperanza a quanto previsto dalla raccomandazione 2014/135/ UE della Commissione - volta ad incoraggiare la formazione di un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà- tenta di realizzare un modello condiviso della crisi di impresa⁸⁶.

In tale direzione, discostandosi dalla fonte di ispirazione tedesca, le norme sui rapporti pendenti si prestano ad una lettura diversa da quella orientata alla esclusiva tutela del mercato ed alla sola liquidazione delle utilità che possono derivare da tali contratti.

La valorizzazione dell'interesse produttivo e del lavoro lasciano, al contrario, intravedere un sempre più accentuato avvicinamento dell'Italia per un verso, all'ordinamento francese⁸⁷, il quale predilige la tutela di interessi di ordine pubblico e per altro verso, ai Paesi angloamericani, i quali attribuiscono la scelta sulle sorti dei rapporti alle stesse parti.

In tale direzione, una lettura più attenta delle disposizioni della sezione quarta della legge fallimentare, guidata dal faro della riforma in essere e dai nuovi principi in quest'ultima racchiusi, non consente di garantire sempre e, comunque, la necessaria prevalenza dell'interesse creditorio; al contrario, lascia protendere per una maggiore valorizzazione del caso concreto, per individuazione degli interessi coinvolti, sì da preservare quello che, alla luce dei valori che permeano il nostro ordinamento, sia da considerare più rilevante e, per questo, maggiormente meritevole di tutela.

Non potrebbe che ritenersi incongruo garantire, sempre e comunque, la prevalenza dell'interesse della massa dei creditori anche nelle ipotesi in cui, a fronte di un vantaggio minimo per questi ultimi, si arrechi uno svantaggio massimo ad altro, e magari più apprezzabile, interesse.

Note e riferimenti bibliografici

1. L'art. 172 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza statuisce che «1. Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. 2. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende {URL} #39;azione di risoluzione del contratto promossa prima dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti della parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al capo III del presente {URL} #39;apertura della liquidazione giudiziale. 7. Sono salve le norme speciali in materia di contratti pubblici».

2. Le uniche differenze presenti nella nuova disposizione normativa sono contenute per un verso, nell'ultimo comma, il quale «fa salve le norme speciali in materia di contratti pubblici», e per altro verso nel terzo comma della norma, in base al quale «in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura»

3. L'art 72 della legge fallimentare, ancora in vigore, prevede che «Se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto. Il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto. La disposizione di cui al primo comma si applica anche al contratto preliminare salvo quanto previsto nell'art. 72-bis.

In caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno. L'azione di risoluzione del contratto promossa prima del fallimento nei confronti della

parte inadempiente spiega i suoi effetti nei confronti del curatore, fatta salva, nei casi previsti, l'efficacia della trascrizione della domanda; se il contraente intende ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno, deve proporre la domanda secondo le disposizioni di cui al Capo V. Sono inefficaci le clausole negoziali che fanno dipendere la risoluzione del contratto dal fallimento. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* del codice civile, l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'art. 2775-*bis* del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento. Le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis* del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente».

4. Anche con riferimento agli artt. 173-192 CCII, le novità introdotte rispetto alle disposizioni ancora vigenti, sono poche e di scarso rilievo. In particolare, al di là della modifica concernente il contratto di affitto di azienda e l'introduzione, nel codice, delle norme volte a regolamentare il rapporto di lavoro subordinato, le altre norme si limitano, invero, a recepire alcuni orientamenti giurisprudenziali, ormai consolidati. Ed, infatti, con riferimento, per esempio, al contratto preliminare, sulla base di quanto statuito dalla Cassazione a sezioni unite, nella sent. 18131/2015, ha statuito con una apposita disposizione, l'art. 173 CCII, che «1. Il curatore può sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, ma lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta. 2. In caso di scioglimento del contratto preliminare di vendita immobiliare trascritto ai sensi dell'articolo 2645-*bis* del codice civile, il promissario acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-*bis* del codice civile, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale. [...]» Il suddetto privilegio, subordinatamente all'assolvimento di una particolare forma di pubblicità costitutiva così come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 cod. civ., è sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, *ex art.* 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti.

5. In particolare, l'art. 184 CCII statuisce che «1. L'apertura della liquidazione giudiziale

nei confronti del concedente non scioglie il contratto di affitto d'azienda, ma il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può recedere entro sessanta giorni, corrispondendo alla controparte un equo indennizzo, che, nel dissenso tra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo è insinuato al passivo come credito concorsuale. 2. In caso di recesso del curatore e comunque alla scadenza del contratto, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 212, comma 6. 3. In caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'affittuario, il curatore può in qualunque tempo, previa autorizzazione del comitato dei creditori, recedere dal contratto, corrispondendo al concedente un equo indennizzo per l'anticipato recesso, che, nel dissenso fra le parti, è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. L'indennizzo è insinuato al passivo come credito concorsuale». In tale direzione, diversamente dall'art. 79 L. Fall., il quale prevede la facoltà di recesso per entrambe le parti, la nuova disposizione garantisce siffatta possibilità solamente al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori. Nell'ipotesi in cui, però, la liquidazione giudiziale riguardi il concedente, la facoltà di recedere deve essere esercitata da quest'ultimo entro il termine di sessanta giorni dall'apertura del concorso, viceversa, nell'ipotesi in cui la liquidazione riguardi l'affittuario, la facoltà di recesso non subisce alcun limite temporale. Ed, ancora, ulteriore differenza concerne la natura non prededucibile dell'indennizzo spettante alla controparte da parte della curatela, in linea con l'obiettivo di alleggerire la procedura dalle forme di prededuzione non indispensabili.

6. Il Codice della crisi, diversamente dalla legge fallimentare, inserisce tre disposizioni, artt. 189- 191, concernenti rispettivamente, i rapporti di lavoro subordinato, il trattamento Naspl e gli effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro. In particolare, in sostanziale continuità con quanto statuito dal codice civile, si statuisce che «L'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento. I rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso [...]».

Per un più puntuale approfondimento si veda D. Campesan, *Il licenziamento nella liquidazione giudiziale*, Vicenza, 2021

7. Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, riformando, in modo organico, l'intera disciplina delle procedure concorsuali, nasce con due precipui obiettivi, per un verso, permettere di ottenere una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese; per altro verso, tentare di salvaguardare la capacità imprenditoriale di coloro che, comunque, vanno incontro alla procedura fallimentare della impresa. Con riferimento ai principi generali interessantissimo il contributo di S. Ambrosini, *I "principi generali" nel Codice della crisi d'impresa*, in {URL} .

8. Gli ultimi interventi normativi, compreso, soprattutto, quello in itinere, tentano di fornire una risposta, in termini di maggiore tutela, anche nei confronti dell'integrità aziendale. Questo almeno in linea teorica. L'indirizzo della riforma sarebbe, certamente, quello auspicabile, se non fosse che i riscontri pratici non sono così rassicuranti. Sempre maggiori sono le ipotesi di fallimento e, tra i concordati preventivi omologati, molti sono a carattere liquidatorio. Lungi dall'essere frutto di mere impressioni, queste considerazioni trovano il proprio fondamento nel risultato ottenuto dallo studio effettuato sull'utilizzo del concordato preventivo in Italia il quale, evidenzia come, in realtà, la continuità sia solo una scelta predisposta al livello legislativo ma con scarsa pregnanza pratica [URL]. Da ciò ne consegue che, se l'eliminazione, di fatto, del concordato preventivo liquidatorio, non comporterà un aumento dei concordati in continuità, la spada di Damocle del fallimento, anche se con la denominazione simbolica di liquidazione, potrebbe trovare un utilizzo smisurato. In tale direzione, vi sarà ancora più bisogno di una corretta interpretazione ed applicazione delle disposizioni della sezione quarta, poiché diverranno, tra quelle in tema di rapporti pendenti, le norme maggiormente utilizzate nella prassi.

9. Molte volte si suole fare uso indistintamente degli attributi pendenti e preesistenti. A tal riguardo, si veda P. Celentano, E. Forgillo, (a cura di), *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, Torino, 2008, 500 secondo i quali «rapporto pendente sarebbe l'espressione più corretta ed appropriata, rispetto a quella di rapporti giuridici preesistenti, poiché, a rigore, il rapporto potrebbe essere preesistente alla dichiarazione di fallimento, ma non pendente nel senso voluto dal sottosistema degli art. 72-83 bis

10. Con tale espressione non ci si riferisce a rapporti giuridici contrattuali cristallizzati in diritti reali, ormai acquisiti dall'uno o dall'altro contraente. Allo stesso modo, non si fa riferimento a debiti o crediti, derivanti dall'intera o parziale esecuzione dei contratti, da entrambe le parti o da una sola di esse, tali per cui il contratto, che ne costituisce la fonte, rileva soltanto come fatto storico. Con la locuzione rapporti pendenti, al contrario, si intendono i rapporti giuridici intersoggettivi in piena fase di sviluppo, produttivi di diritti e doveri, secondo la causa tipica dei contratti che li hanno generati. Essi, al fine di cristallizzarsi in debiti o crediti, liquidabili come ricavato per il soddisfacimento dei creditori, necessitano di essere regolamentati da regole che ne prevedano l'ulteriore svolgimento o dissolvimento, compatibilmente con lo stato di fallimento di uno dei contraenti, così da realizzare un equo contemperamento dei contrastanti interessi in gioco: del debitore, dei contraenti *in bonis* e dei creditori concorrenti. In tal senso, C. Fiengo, *Commento all'art. 72 L. Fall.*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, artt. 64-123, Milano, 2010, 347. Ed, ancora, A. Patti, *Nozione di rapporto in corso di esecuzione*, in L. Panzani, G. Faucella (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 307, precisa come «Nella molteplicità di

direzione degli effetti del fallimento [...] nel segno di una condizione di generale cristallizzazione, gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti si collocano in una posizione affatto peculiare, tendenzialmente distonica. Ciò è dovuto alla loro particolare caratteristica, di intrinseco dinamismo, suscettibile di un andamento evolutivo produttivo di ulteriori diritti ed obblighi [...]» L'A. prosegue con la definizione dei rapporti giuridici preesistenti, quali « [...] quelli originati da contratti perfezionati nel loro *iter* formativo, ma non ancora compiutamente eseguiti da entrambe le parti contraenti al momento di apertura della procedura [...] momento rilevante ai fini, da una parte, della preesistenza, in relazione al profilo del sinallagma genetico [...] e, dall'altra, della pendenza, in relazione al profilo del sinallagma funzionale [...]».

11. La pendenza del rapporto presuppone, dunque, la preesistenza del contratto bilaterale e sinallagmatico, concluso e perfezionato, valido ed efficace, ma non interamente eseguito da nessuna parte nel momento in cui la procedura concorsuale è aperta. In tal senso P. Censoni, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, 773; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 374; Cass. civ. 19 marzo 2015, n. 5523, in *Dir. e Giust.*, 2015, 20.

12. In applicazione del principio generale, sancito dall'art 1186 cod. civ. della decadenza del beneficio del termine, per insolvenza del debitore, anche la legge fallimentare prevede, all'art. 55, che i crediti pecuniari e, ai sensi dell'art. 59, anche non pecuniari si considerano scaduti alla data di dichiarazione del fallimento, sempre, però, ai soli effetti del concorso.

13. Con la dichiarazione di fallimento, infatti, il legislatore fallimentare ha previsto che il corso degli interessi dei crediti pecuniari legali o convenzionali che non siano garantiti da privilegio speciale, pegno o ipoteca (per i quali gli interessi maturano ugualmente ma si collocano in chirografo), sia sospeso fino alla chiusura del fallimento. Quest'ultima ha, però, portata limitata agli effetti del solo concorso e non, anche, al rapporto tra debitore e creditore, poiché quest'ultimo, una volta che sia terminato il fallimento e non sia stata ottenuta l'esdebitazione, da parte del fallito, potrà richiedere il pagamento del credito e degli interessi, compresi quelli maturati nel corso della procedura fallimentare.

14. A. Bonsignori, G. Nardo, M. Lazzara, *I contratti nelle procedure concorsuali*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1992, 5 ss.

15. Il primo requisito concerne il corretto perfezionamento del contratto, con il quale si vuole intendere che il contratto sia stato validamente concluso, perché una sua eventuale nullità e conseguente inefficacia che ne possa cagionare l'ineseguibilità, esula dalla disciplina dei rapporti pendenti. Ed, ancora, si suole intendere anche che il contratto abbia concluso il suo *iter* di formazione benché, in realtà, la dottrina si sia orientata nel

senso di estendere analogicamente la normativa dell'art. 72 anche a contratti ancora in corso di formazione o, comunque, a contratti perfezionati, ma dai quali sorga, per una delle parti, l'obbligazione di concludere un nuovo contratto, come nell'ipotesi del contratto preliminare, dell'opzione, del patto di riscatto. A tal riguardo, G. Riusi, *I singoli rapporti pendenti alla data del fallimento*, in G. Riusi, A. Jorio, A. Maffei Alberti, G. U. Tedeschi (a cura di), *Il Fallimento*, in W. Bigiavi (diretta da) cit., 565 ss. Il secondo requisito è che il contratto sia opponibile alla massa dei creditori, ossia siano state compiute tutte le formalità richieste dalla legge, affinché esso sia opponibile: scrittura di data certa anteriore alla sentenza di fallimento nei casi previsti dall'art. 2704 cod. civ.; notificazione o accettazione della cessione di credito, trascrizione per gli atti trascrivibili. [Con riferimento a tale presupposto, si veda, tra tante, Cass. civ., 16 novembre 2007, n. 23784, secondo la quale l'opponibilità di una compravendita immobiliare al fallimento del venditore postula che l'atto di trasferimento, non soltanto abbia la data certa, richiesta dall'art. 2704 cod. civ., ma anche che lo stesso sia stato trascritto in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, giacché l'art. 45 L. Fall. esclude espressamente l'efficacia nei confronti dei creditori delle formalità necessarie, per rendere opponibili gli atti ai terzi compiute, dopo la data della dichiarazione di fallimento]. Per ultimo, il contratto deve risultare ineseguito o non completamente eseguito alla data della dichiarazione di fallimento, non devono, cioè, essere state eseguite le obbligazioni fondamentali reciproche sorte dal contratto. In tale direzione, il contratto non potrà considerarsi come ineseguito nell'ipotesi in cui uno dei contraenti abbia interamente eseguito le prestazioni a suo carico e residui pertanto un suo diritto di credito nei confronti dell'altra parte. In tale direzione si vedano: L. Guglielmucci, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti - Artt. 72-83*, in F. Bricola, F. Galgano, G. Santini (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna-Roma 1979, 157; E. Gabrielli, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, Torino 2014, 121; A. Dimundo, A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano 1999, 30; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova 1988, 376; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano 1997, 460 C. Fiengo, *Commento all'art 72 L. Fall.*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, artt. 64-123, cit., 346; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti*, in S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2009, 470; F. Ferrara, A. Borgioli, *Il Fallimento*, 1974, 372 ss. Con riferimento al presupposto dell'esecuzione, in Giurisprudenza si è ritenuto che, nell'ipotesi di fallimento del contribuente, la transazione fiscale, con la quale l'ente impositore aveva concesso una riduzione della somma dovuta e la sua rateazione, non era soggetta alla disciplina dei rapporti pendenti ex art. 72, trattandosi di contratto interamente eseguito, da parte del creditore, con lo scambio dei consensi anteriore alla dichiarazione di fallimento [T. Messina 2. Febbraio 2009, *Fall* 2009, 1481].

16. A tal riguardo, si veda L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2014, 118 secondo il quale, l'opponibilità al fallimento è legata all'anteriorità del titolo rispetto alla dichiarazione di fallimento. La data dell'atto, essendo destinata ad essere opposta ai terzi, cioè alla collettività dei creditori concorsuali, deve risultare in modo certo.

17. Ad esempio, il contratto di compravendita, con riserva della proprietà, anche se perfezionato tra le parti, non sarà, in ogni caso, ritenuto opponibile all'intervenuto fallimento del compratore se non risulti da atto scritto avente data certa anteriore alla data di pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento sul registro delle imprese.

18. Sul punto, si vedano S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 288; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 1180; G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, 168.

19. Cass. civ. 5 settembre 2000, n. 11627, in *Fall.*, 2001, 352 secondo la quale, in tema di effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, l'applicazione del comma 2 dell'art. 72 L. Fall. presuppone che il contratto di vendita non sia stato ancora eseguito o compiutamente eseguito da entrambe le parti. Quando, invece, il venditore ha trasferito la proprietà e ha, perciò, già adempiuto la propria prestazione, manca la stessa possibilità d'ipotizzare un subentro del curatore nel contratto per conseguire una prestazione che è stata già conseguita dal fallito e manca anche la possibilità d'ipotizzare un debito di massa correlato al subentro del curatore nel contratto. Se, pertanto, il contratto di vendita è stato interamente eseguito dal venditore nelle sue prestazioni fondamentali, dal contratto residua soltanto un debito che, in caso di fallimento del compratore, il contraente non fallito deve far valere insinuandosi al passivo fallimentare e soggiacendo alla relativa eventuale falcidia.

20. In ordine alla valutazione sulla pendenza del rapporto contrattuale, si è a lungo dibattuto, sia in dottrina che in giurisprudenza, se dovessero essere vagliate, al fine dell'esecuzione, le sole obbligazioni principali od anche quelle accessorie eventuali o collaterali. In tale direzione, è, ormai, orientamento consolidato quello secondo cui, ai fini dell'adempimento di un rapporto contrattuale, vengano tenute in considerazione le sole obbligazioni principali. In tal senso, v. Cass. civ. 14. Febbraio 2001, n. 2104, in *Fall.*, 2001, 1335.; F. Aprile, *Rilevanza della mancata esecuzione delle obbligazioni accessorie nella disciplina dei rapporti giuridici pendenti*, *ivi*, 1337.

21. Come noto, l'art. 169 *bis*, nell'ambito del concordato preventivo, statuisce la continuazione automatica dei contratti in corso di esecuzione, facendo salva, però, la possibilità per il debitore di chiedere «che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, con decreto motivato, sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, l'autorizzi a scioglierli oppure a sospenderli per un periodo di

sessanta giorni, termine prorogabile per una sola volta». Orbene, le diverse espressioni adoperate dal legislatore nell'art. 72 (rapporti pendenti) e nell'art 169 *bis* (contratti in corso di esecuzione), avevano fatto sorgere una serie di dubbi interpretativi sull'eventuale differente significato da attribuire a queste ultimi. Il legislatore riformatore ha chiarito che, in tutte le procedure, il significato è il medesimo ossia si tratta di rapporti-contratti che, nonostante si siano perfezionati prima dell'apertura della procedura concorsuale, siano ancora ineseguiti o non integralmente eseguiti.

22. In tale categoria, rientrano, precisamente, i contratti che hanno per oggetto i beni specificamente elencati nell'art. 46, i quali, non essendo compresi nel fallimento ed essendo, dunque, estranei alla garanzia patrimoniale del debitore, non sono considerati destinati al soddisfacimento dei creditori concorrenti, di guisa che sono estranei all'ambito di applicazione delle norme sui rapporti pendenti, ma continuano a soggiacere alle regole di diritto comune. Ed, infatti, questi ultimi proseguono con il fallito, con conseguente sua legittimazione attiva e passiva nei giudizi avviati da lui o contro di lui. In tale direzione, in caso di un suo inadempimento, il terzo contraente potrà richiedere la sospensione del contratto o la risoluzione per inadempimento, ai sensi dell'art. 1461 cod. civ. non potendo, al contrario, soddisfarsi sui beni del patrimonio fallimentare, in quanto credito non concorsuale. In tal senso, v. A. Dimundo, A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, cit.,30

23. In questo caso, però, è da rimembrare come il terzo contraente, pagandone il prezzo, se non ancora corrisposto, conservi il diritto di proprietà acquistato ed abbia il diritto alla consegna della cosa, nonostante il fallimento successivo del venditore. Si giunge, alla evidente conclusione dell'assoggettabilità alla regola del concorso dei soli diritti di credito e, viceversa, della esclusione dei diritti reali. È stato, infatti, osservato come non tutti i contratti, ad effetto traslativo, si sottraggano alla disciplina concorsuale, poiché, nell'ipotesi in cui un contratto traslativo sia sottoposto ad una condizione sospensiva e questa si realizzi in un periodo successivo alla dichiarazione di fallimento, allora si dovrebbe concludere che la pendenza della condizione precluderebbe quel trasferimento del diritto che è elemento necessario ai fini della deroga agli artt. 72 e ss. In tale direzione, si veda C. Fiengo, *Sub art. 72 L. Fall.*, in C. Cavallini (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, artt. 64-123, cit.,348, secondo il quale «i diritti reali che sono stati già attribuiti prima del fallimento, non solo hanno acquistato una loro definitività, ma, per effetto della attribuzione già perfezionata, hanno già realizzato l'interesse del contraente del rapporto in corso che, pertanto, non dovrà sottostare alla procedura concorsuale, per soddisfare il suo interesse. La ragione della diversa disciplina risiede nella regola generale dell'art. 1376 cod. civ., cui si informa il nostro sistema giuridico che, come è noto, stabilisce in via generale, che nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si

acquistano per effetto del consenso legittimamente manifestato. Ne consegue che, se il procedimento negoziale di trasferimento o di costituzione del diritto si è concluso (e la conclusione del contratto coincide con la manifestazione legittima del consenso che non necessita di atti esecutivi, che, al contrario, sono necessari per il pagamento), il sopravvenire del fallimento del venditore non può scalfire l'attribuzione patrimoniale già compiuta, la quale, avendo già raggiunto tutti i suoi effetti che sono sempre attributivi di diritti, non è suscettibile di essere sottoposta al concorso ed alla falcidia fallimentare». In tal senso, B. Inzitari, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento ed incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in F. Di Marzio (a cura di) *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 16 e ss. In tale direzione si era già espresso A. Brunetti, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, 380.

24. Per quanto concerne le altre procedure, l'art. 169 *bis*, nell'ambito del concordato preventivo, statuisce la continuazione automatica dei contratti, in corso di esecuzione, facendo salva, però, la possibilità per il debitore di chiedere «che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, con decreto motivato, sentito l'altro contraente, assunte, ove occorra, sommarie informazioni, l'autorizzi a scioglierli» oppure a sospenderli per un periodo di sessanta giorni, termine prorogabile per una sola volta.

Con riferimento al concordato con continuità aziendale, l'art. 186 *bis*, facendo salvo quanto stabilito dall'art. 186 *bis*, statuisce che i contratti non si risolvano per effetto dell'apertura della procedura, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, colpendo con l'inefficacia eventuali patti contrari. «L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore, di cui all'articolo 67, ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda, cui i contratti siano trasferiti». Ed, ancora, l'art. 201 L. Fall., il quale, nel prevedere la regolamentazione degli effetti della procedura liquidazione coatta amministrativa, rinvia esplicitamente alla sezione quarta della legge fallimentare. Infine, in tema di esercizio provvisorio, l'art. 104, co. 7, L. Fall., dispone che «i contratti pendenti proseguano, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli».

25. Il codice civile del 1865 disciplinava gli effetti del fallimento soltanto agli artt. 1729 e ss. ossia nel caso di fallimento di uno dei soci della società civile e, all'art. 1757, nell'ipotesi di fallimento di una delle parti contrattuali del mandato. Il codice di commercio del 1882 prevedeva la disciplina per singole ipotesi contrattuali, come lo scioglimento della società nell'ipotesi di fallimento del socio in una Snc o del socio accomandatario; la facoltà di recesso anticipato, concessa al curatore nel fallimento del conduttore di immobili. Ed, ancora gli artt. 804-806, i quali statuivano, rispettivamente, nell'ipotesi di fallimento del compratore, la facoltà per il venditore di ritenere (cd,

stoppage in transitu) e recuperarne il possesso delle merci, se non ancora giunte al compratore nei suoi magazzini o in altri luoghi di deposito o custodia nonché di farsele consegnare, pagando il prezzo convenuto. Gli artt. 348 e 356 prevedevano lo scioglimento del conto corrente e del mandato nell'ipotesi di fallimento di una delle parti; l'art. 433, nel caso del fallimento dell'assicurato, conferiva all'assicuratore la facoltà di chiedere cauzione o, in alternativa, lo scioglimento del contratto. L'attenzione sulla sorte dei contratti pendenti, in ipotesi di fallimento, fu massima, poiché era palese la sproporzione che il fallimento generasse sulle due parti del rapporto. Ed, infatti, fu proprio la circostanza che il fallimento privasse uno dei due contraenti della possibilità giuridica di adempiere le proprie obbligazioni e mantenesse, invece, inalterata l'obbligazione del contraente *in bonis*, senza alcuna garanzia di ricevere la controprestazione, a far prevedere già, in questo codice del 1882 che «il contraente *in bonis* non può essere costretto a eseguire la propria prestazione se, allo stesso tempo, il proprio credito è sottoposto a falcidia fallimentare». In tal senso, si veda V. Andrioli, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 408. Tale principio rimase, però, in sordina nelle prime riforme del codice (quella del 1897, quella proposta dal progetto Mortara del 1906), per, poi, essere ripreso nei successivi progetti di riforma; basti riflettere agli artt. 80-83 del Progetto Bonelli o agli artt. 775-778 del Progetto D'Amelio, i quali prevedevano la possibilità, per il venditore *in bonis*, di consegnare la cosa ed insinuare al passivo il proprio credito e la facoltà, in capo al curatore, di scegliere tra lo scioglimento e la prosecuzione. Tale regola fu, poi, di nuovo, accantonata nel progetto Asquini, il quale si occupò degli stessi contratti previsti precedentemente, con la sola aggiunta della somministrazione, addivenendo alle stesse soluzioni dell'arresto, della continuazione e dello scioglimento del contratto. Il regio decreto del 1942 così, seppur innovativo rispetto al Codice di commercio del 1882, optò, per singole norme, volte a disciplinare specifici rapporti pendenti così da lasciare privi di regolamentazione i contratti non puntualmente disciplinati e quelli emergenti nella prassi. Nel marzo del 2002 fu presentato dal Governo un disegno di legge, con l'intento di attuare una parziale Riforma urgente (o mini-riforma) della legge. Tale disegno di legge, tuttavia, nella versione iniziale, non prevedeva modifiche di alcun genere alla disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti. Il legislatore, consapevole della frammentarietà e delle lacune presenti nel sistema previsto dagli artt. 72 e seguenti della Legge fallimentare, ha tentato, però, di intervenire più volte. Ed, infatti, sempre all'inizio del 2002 fu istituita dal Governo la [URL](#) #160; o alla complessità di determinati rapporti.

26. L'impianto normativo della Legge Fallimentare del 1942 fu criticato per la sua frammentarietà. *Ex multis*: A. Luminoso, *Effetti del fallimento sui rapporti pendenti*, in *Giur. Comm.*, 1987, 988; L. Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 269; P. Pajardi, I. Formaggia, *La sorte dei rapporti giuridici pendenti alla dichiarazione di fallimento di una parte: spunti generali di riflessione sulla difficile*

armonizzazione tra diritto comune e diritto speciale, in *Dir. Fall.*, 1990,12; G. Scanzano, *Rapporti giuridici preesistenti e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1989,169; R. Vigo, *I contratti pendenti non disciplinati nella "legge fallimentare"*, Milano, 1989,82.

27. La disciplina dei contratti pendenti, contenuta nella sezione IV, fu criticata già dalla sua rubricazione denominazione Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, la quale fu considerata molto enfatica, ma scarsamente corrispondente alla reale regolamentazione degli effetti ivi compresa. Ed, infatti, tale sezione, anziché contenere una disciplina organica degli ipotizzati rapporti giuridici, raggruppava norme frammentarie, scarsamente coordinate e notevolmente lacunose, le quali, molto modestamente, si limitavano a regolare distintamente alcuni specifici rapporti, trascurandone, invece, molti altri di pur notevole importanza e neppure tentando un regolamento organico e sistematico della materia. In tal guisa, per porre rimedio alla lacunosità e frammentarietà del quadro normativo, la dottrina e la giurisprudenza dovettero ricorrere, molto frequentemente, all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento giuridico sia per la non facile ricerca delle regole applicabili ai contratti non disciplinati positivamente, ricavandole dalle norme positive regolatrici di figure contrattuali contenute nella legge fallimentare, fondate sulla stessa *ratio*; sia per elaborare il concetto di rapporto giuridico preesistente ad esse sotteso ed una regola generalmente applicabile. Quest'ultima fu rinvenuta nell'art. 72, per come prima formulato, il quale, in precedenza, disciplinava solamente le sorti del contratto di compravendita. Tale disposizione fu ritenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza espressione di un principio generale circa gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, costituiti da prestazioni corrispettive non eseguite o non compiutamente eseguite da entrambe le parti. Cosicché, la regola generale divenne quella della sospensione dell'esecuzione del contratto, fino a quando il curatore, debitamente autorizzato, optava per il suo subentro o per il suo scioglimento. Tra molti si veda E. Gabrielli, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, cit.,121 e ss.

28. La regolamentazione per tipi, senza la presenza di una regola generale, fu ritenuta una diretta conseguenza dell'influenza del diritto francese, il quale, a differenza di quello tedesco, regola le sorti di singoli specifici contratti.

29. A. De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, 365, il quale, a proposito degli artt. 72 ss., pone in evidenza una certa inesperienza del legislatore nel regolamentare questa delicata materia; L. Guglielmucci, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 4; V. Andrioli, voce *Fallimento*, cit.,410. Secondo quest'ultimo, basterebbe confrontare l'elenco dei contratti, disciplinati dalla legge fallimentare, con quello presente nel codice civile, per

comprendere in qual misura sia lacunosa la disciplina della legge fallimentare. Essa non ha considerato rapporti di larghissimo impiego come la locazione di beni mobili, il trasporto, i contratti bancari, la permuta, la cessione dei beni ai creditori, ecc., non facendo alcun cenno alla sempre più vasta massa di contratti atipici.

30. Si veda Cass. civ. 5 febbraio 1980, n. 799, in *Giur. Comm.*, 1980,667, secondo la quale l'art. 72 L. Fall. doveva essere considerato esclusivamente una norma di chiusura, applicabile nell'ipotesi in cui non fosse possibile un qualsiasi accostamento analogico con le fattispecie contrattuali disciplinate dalla legge fallimentare.

31. In tal senso, v. Cass. civ. 5 febbraio 1980, n. 799, in *Fall.* 1981,65; Cass., Sez. Un., 22 maggio 1996, n. 4715 in *Giur. it.* 1997,1599; Cass. civ. 9 aprile 2003, n. 5552, in *Fall.* 2003,1118

32. A tal riguardo, G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,185; F. Ferrara, A. Borgioli, *Fallimento*, cit.,350.

33. In realtà, la *ratio* delle norme che prevedevano lo scioglimento automatico di taluni contratti, era individuata, alcune volte, nel contrasto tra la normativa contrattuale e le esigenze del procedimento fallimentare; altre volte, nel carattere determinante delle qualità personali del contraente fallito oppure nelle esigenze di tutela del fallito o del terzo contraente *in bonis*. In tale direzione, il numero dei contratti che si scioglievano *ope legis*, era piuttosto esiguo, perché la maggior parte di essi era compatibile col fallimento e poteva continuare col curatore del fallimento. Poteva differire solo il meccanismo della loro acquisizione, perché alcuni contratti continuavano con il curatore, che vi subentrava automaticamente nella posizione del contraente fallito; altri, invece, entravano in uno stato di sospensione che perdurava fino a quando il curatore non dichiarava di subentrarvi, in luogo del fallito, assumendo, a carico dell'amministrazione fallimentare, tutti i relativi obblighi oppure di sciogliersi dal rapporto. Le norme che prevedevano, invece, il subentro *ex lege* del curatore in certi rapporti, rientravano coerentemente nel sistema della sostituzione fallimentare, perché riguardavano i contratti dai quali derivavano, a favore del contraente *in bonis*, diritti che l'amministrazione fallimentare avrebbe dovuto, comunque, rispettare oppure prestazioni che attribuivano al fallito il diritto ad una controprestazione valutata *ex lege* utile per i creditori

34. L'applicazione analogica delle disposizioni, presenti nella sezione quarta delle legge fallimentare, anche se utile nella misura in cui consentiva di ricavare, alla meglio, il regime di rapporti giuridici, privi di una specifica disciplina o perché semplicemente trascurati dal legislatore o perché non ancora conosciuti, era tuttavia insoddisfacente, non solo in quanto insicura per la mancanza di un appiglio testuale e gravemente lesiva del principio della certezza del diritto, ma anche per la sua inidoneità a colmare le lacune di un tessuto normativo disorganico.

35. *Ex multis*, Cass. civ. 25 febbraio 2002, n. 2754, in *Fall.*, 2003,39; Cass., Sez. Un., 22 maggio 1996, {URL} *Il Fall.* 1997, 30. Tra le sentenze di merito: Trib. Torino, 7 marzo 1985, in *Fall.*, 1985,791; Trib. Bologna, 22 gennaio 1991, in *Fall.*, 1991,529. In Dottrina si vedano : G. Cottino, *Effetti del fallimento sulla vendita e contratti affini in corso di esecuzione*, in *Dir. Fall.*, 1964,361; S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004,144; A. Jorio, *Le crisi d'impresa, il Fallimento*, Milano, 2000,508; F. Cintioli, *Esecuzione specifica di contrarre, fallimento e garanzie del venditore*, in *Fall.*, 1997,423; G. C. Bibolino, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in G. Lo Cascio (a cura di), {URL} *Diritto Fallimentare*, Milano, 1996, 717

36. Il Legislatore, spinto dalle difficoltà incontrate nella pratica e dalle critiche che gli furono mosse dalla dottrina, sulla base di una ulteriore delega prevista dall'art. 1, comma 3, l. 12 luglio 2006, n. 228, è intervenuto con una revisione complessiva della normativa approvata, cosicché, attraverso il {URL} *Disposizioni integrative e correttive del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante la disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi, 5, 5-bis e 6 della legge 14 maggio 2005, n. 80* ({URL}), ha aggiunto disposizioni integrative e correttive all'intera sezione, con una portata innovatrice assai rilevante, poiché ha provveduto a novellare gli artt. 72, 72-bis, 72- quater, 73, 74, 79, 80 e 80-bis.

37. La legge delega n. 80, del 14 maggio 2005, impegnava il Governo a modificarne la disciplina, da una parte «ampliando i termini entro i quali il curatore deve manifestare la propria scelta in ordine allo scioglimento dei relativi contratti» e, dall'altra parte, «prevedendo una disciplina per i patrimoni destinati ad uno specifico affare e per i contratti di locazione finanziaria».

In tale direzione, nel 2005 furono elaborati due diversi progetti. Il primo, cd. progetto Vietti, che ricalcava pedissequamente il disegno di legge Caruso e che prevedeva l'ampliamento da otto a sessanta dei giorni, previsti dall'art. 72, comma terzo, per l'esercizio del potere di scelta del curatore, dopo la messa in mora da parte del contraente *in bonis*; l'articolo 76 *bis*, concernente gli effetti sui finanziamenti ad uno specifico affare; l'articolo 83 *bis*, riferito alla locazione finanziaria. Tale progetto prevedeva, altresì, l'introduzione di una norma generale, volta a disciplinare tutti i rapporti pendenti ossia l'articolo 83 *ter*. Il secondo, {URL}

38. Nel febbraio del 2004, fu istituita un'ulteriore Commissione con l'incarico di predisporre un progetto di legge sulla disciplina integrale di una nuova legge fallimentare, progetto che si rilevò anch'esso infruttuoso, ma che appare interessante per lo spazio destinato alla materia che qui ci interessa. Ed, infatti, quest'ultimo, non solamente, dedicava un intero capo, artt. 119-130, ai rapporti giuridici pendenti, ma, soprattutto, proprio l'art 119 accoglieva la regola della sospensione del rapporto, con

facoltà, da parte del curatore, di scegliere tra l'esecuzione e lo scioglimento; prevedeva, inoltre, la facoltà del contraente *in bonis* di mettere in mora il curatore, al fine di provocare lo scioglimento del rapporto medesimo ed escludeva il suo diritto ad ottenere il risarcimento del danno, in caso di scioglimento. Ed, ancora, negli artt. 120 e 121 erano elencati i contratti soggetti alla prosecuzione automatica con gli organi della procedura e quelli che, invece, erano sottoposti allo scioglimento automatico; erano previste regole specifiche per alcune fattispecie contrattuali, in parte già disciplinate nella vigente legge fallimentare, come, ad esempio, per la vendita, la vendita a rate e a consegne ripartite, la somministrazione, l'appalto; erano introdotte altre disposizioni specifiche per l'affitto di azienda, il contratto di lavoro subordinato, la clausola arbitrale ed il compromesso; ed, infine, come norma di chiusura del capo, si stabiliva, all'art 130, la preminenza di dette regole sulle disposizioni inserite in leggi speciali, applicabili solo in quanto compatibili con l'art. 119. Come sopra anticipato, il testo presentato nella legge delega del 14 maggio 2005, n. 80, però, fu sostanzialmente diverso.

39. P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 776.

40. Cass. civ., 9 aprile 2003, n. 5552 in *Fall.*, 2004,511; Cass. civ., 25 febbraio 2002, n. 2754, *ivi*, 2003, 39.

41. Tale formulazione fu da molti criticata, poiché inidonea a ricomprendere tutte le regole speciali derogatorie dell'art. 72 L. Fall.. Basti pensare alle disposizioni in tema di contratti individuali di lavoro, artt. 2119 cod. civ.; di contratti di società, artt. 2288, c. 1, cod. civ; 2308, cod. civ; 2448, ultimo comma, cod. civ, nel testo anteriore alla riforma societaria ed ancora alle disposizioni sulla rendita perpetua e vitalizia, collocate nell'art. 60 della stessa legge fallimentare. Ed, ancora, contratti la cui disciplina si rinviene in altri testi normativi: la cessione dei crediti di impresa art. 7, commi 2 e 3 della l. 21 febbraio 1991, n. 52; il contratto di edizione art. 135 della legge 22 aprile 1941, n. 633; l'appalto pubblico: {URL}

42. Tra i contratti soggetti allo scioglimento automatico rientrano: art. 72 *ter*, il contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare, nel caso in cui il fallimento della società impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione finanziaria; art. 76, il contratto di borsa a termine, se il termine scade successivamente alla dichiarazione di fallimento di una parte; art. 77, Associazione in partecipazione, nel caso di fallimento dell'associante; art. 78, il contratto di conto corrente, contratto di commissione e contratto di mandato nell'ipotesi di fallimento del mandatario; art. 81, il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto: dandone comunicazione all'altra parte nel termine di 60 giorni dalla dichiarazione di fallimento; offrendo idonee garanzie. In forza delle disposizioni contenute nel codice civile: nella

società semplice, art. 2288 il quale prevede «È escluso di diritto il socio che sia dichiarato fallito»; nella società in nome collettivo, art. 2308, secondo il quale «La società si scioglie, oltre che per le cause indicate dall'articolo 2272, per provvedimento dell'autorità governativa nei casi stabiliti dalla legge, e, salvo che abbia per oggetto un'attività non commerciale, per la dichiarazione di fallimento». Per quanto concerne le società di capitali, dopo la riforma, l'art. 2484 non prevede più il fallimento tra le cause di scioglimento e liquidazione delle società per azioni, a responsabilità limitata ed in accomandita per azioni.

43. Tra i contratti soggetti alla continuazione automatica rientrano: art. 79, contratto di affitto di azienda; art. 80, contratto di locazione; art. 82, contratto di assicurazione, nel caso di fallimento dell'assicurato; art. 83, contratto di edizione, nel caso di fallimento dell'autore. In subordine: art. 73, vendita con riserva di proprietà, nell'ipotesi di fallimento del venditore; art. 72 *ter*, contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare, nel caso in cui il fallimento della società non impedisca la realizzazione o la continuazione dell'operazione finanziaria.

44. Tra i contratti soggetti alla sospensione rientrano: art. 72, co. 3, Contratto preliminare; art. 72-*bis* Contratti relativi ad immobili da costruire; art. 73 Vendita con riserva di proprietà, nell'ipotesi di fallimento del compratore; art. 74 Contratti ad esecuzione continuata o periodica; art. 72 *quater* Contratto di locazione finanziaria, nel caso di fallimento dell'utilizzatore. In subordine: art. 76 Contratto di borsa a termine, se il termine scade prima della dichiarazione di fallimento di una parte; art. 78 Contratto di mandato nell'ipotesi di fallimento del mandante; art. 75 Restituzione di cose non pagate. Tale norma -prevedendo la possibilità per il venditore di recuperare la cosa anche in seguito al suo trasferimento-, si pone in netto contrasto con l' {URL}

45. La sospensione è uno strumento predisposto nell'interesse della procedura fallimentare, poiché è volto ad assicurare al curatore un arco di tempo sufficiente ad effettuare una scelta ponderata tra il subentro e lo scioglimento del contratto o anche di non scegliere e di lasciare il rapporto in stato di sospensione. In tale direzione, D. Vattermoli, *Rapporti pendenti*, in A. Nigro, M. Sandulli (a cura di) *La Riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006,417; E. Gabrielli, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in F. Vassalli, {URL} (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, III, *Gli effetti del fallimento*, cit.,133 e ss.

46. La scelta, operata dal curatore, non deve rivestire una forma particolare potendo essere effettuata attraverso una dichiarazione espressa, scritta oppure orale, ma può essere anche tacita ossia manifestata per fatti concludenti. In tal senso v. Cass. civ., 25 agosto 2004, {URL} *Giust. civ. Mass.* 2004,7-8; Cass. civ., 9 luglio 2008, n. 18834, in *Giust. civ. Mass.* 2008,1115; Cass. civ., 3 settembre 2010, n. 19035, in *Giust. civ. Mass.*

2010,1210; Cass. civ. 2 dicembre 2011 n. 25876, in *Giust. civ. Mass.* 2011,1724, secondo la quale l'esercizio, da parte del curatore, della facoltà di scelta tra lo scioglimento o il subingresso nel contratto preliminare di vendita pendente, ai sensi dell'art. 72 L. Fall. (nel testo, vigente anteriore alle modifiche introdotte dal {URL}), può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti, non essendo necessario un negozio formale né un atto di straordinaria amministrazione e, dunque, non ricorrendo la necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, trattandosi di una prerogativa discrezionale del curatore. Ne consegue che, una volta manifestata da parte del curatore, la volontà di subentrare nel contratto, viene meno la facoltà di scioglimento prevista dall'art. 72 Legge Fallimentare; pertanto il promissario acquirente, cui quella dichiarazione sia stata rivolta, può pretendere l'esecuzione del contratto stesso da parte della curatela, la quale subentra nelle obbligazioni del promittente venditore fallito. Ed, ancora, Cass. civ. 15 gennaio 2013 n. 787, in *Fall* 2013,1312, secondo la quale, posto che l'esercizio, da parte del curatore, della facoltà di scelta tra lo scioglimento od il subingresso nel contratto preliminare di vendita, ai sensi dell'art. 72 L. Fall. (nel testo, vigente *ratione temporis*, anteriore alle modifiche introdotte dal {URL}), può anche essere tacito, ovvero espresso per fatti concludenti non essendo necessario un negozio formale né un atto di straordinaria amministrazione, trattandosi di una prerogativa discrezionale del medesimo curatore, la proposizione, ad opera di quest'ultimo, di un atto di appello avverso la pronuncia di primo grado che invece, statuisce il trasferimento coattivo, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., poiché involge il conferimento di un mandato alle liti *ad hoc*, costituisce idonea manifestazione, anche in assenza di una sua specifica sottoscrizione sull'atto con cui il gravame è concretamente formulato, della sua volontà di sciogliersi dal menzionato contratto.

47. Rientrano, in tale categoria, da una parte, quei rapporti in cui l'amministrazione fallimentare non ha alcun interesse a subentrarvi, in quanto la prestazione, oggetto del contratto, non potrebbe essere acquisita al fallimento, come, ad esempio, il contratto con un albergatore per un soggiorno turistico; dall'altra, vengono esclusi i contratti in cui l'amministrazione fallimentare non può subentrare, come, ad esempio, i contratti di lavoro, quelli di prestazione d'opera e, in generale, tutti quelli attraverso cui il fallito, in cambio di un corrispettivo, presta la propria attività personale, intesa, non solo in senso tecnico di rapporti indisponibili, ma anche rapporti patrimoniali, finalizzati alla soddisfazione di esigenze della persona del fallito. Risulterebbe, infatti, senza senso riconoscere al fallito il diritto di procurarsi i mezzi necessari al suo sostentamento e a quello della sua famiglia e poi legittimare, allo stesso tempo, il curatore a subentrare in quei contratti che rendano effettivamente realizzabile il diritto garantito.

48. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit. 137-138. In tal guisa, l'A. afferma: « Muovendo dalla premessa che non sono compresi nel fallimento i guadagni del fallito, nei limiti in cui sono necessari al mantenimento suo e della sua famiglia, perché il fallito

può ottenere un assegno alimentare, ove versi in stato di bisogno, si deve necessariamente pervenire alla conseguenza che può, liberamente, disporre del denaro, così guadagnato o conseguito, per soddisfare quelle esigenze, in relazione alle quali i guadagni sono stati lasciati nella sua disponibilità o l'assegno alimentare è stato concesso: il fallito può, quindi, efficacemente pagare il prezzo dei beni acquistati per il sostentamento suo e della sua famiglia, il prezzo degli strumenti necessari all'esercizio della professione o dell'arte cui si dedica, il canone di locazione dell'appartamento in cui abita, il corrispettivo della somministrazione dell'energia elettrica, gas ed acqua potabile per l'abitazione, l'onorario del medico e il prezzo delle medicine, ecc. Il fallito, per contro, non può adempiere efficacemente gli altri contratti: non può, quindi, corrispondere i premi del contratto di assicurazione sulla vita a favore di terzi, pagare l'albergatore per trascorrere le sue vacanze al mare o montagna o altrove, l'onorario per un intervento di chirurgia estetica, ecc.; ove procedesse a siffatti pagamenti, essi sarebbero inefficaci, ai sensi dell'art. 44 L. Fall.»

{URL} : nella prima categoria, il fallito potrà efficacemente adempiere; nella seconda, invece, non è prevista tale facoltà. Ciò nonostante essi non si sciolgono *ex lege*, atteso che potrebbero essere adempiuti da un terzo in luogo del fallito. Vedi L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 137.

50. L'esecuzione individuale rinviene la propria ragione giustificativa nel rapporto obbligatorio inteso dal punto di vista funzionale e non già strutturale. Come noto, la definizione di obbligazione come *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, appare per la prima volta nelle istituzioni di Giustiniano ed è comunemente attribuita al giurista Fiorentino. È, però, ai giusnaturalisti ma, soprattutto, alla scuola storica del diritto e alla pandettistica tedesca [{URL} *Das Obligationenrecht*, Berlin 1951-1853 in {URL} *Obbligazioni e contratti*, Roma, 1978, 13 e ss.] che va il merito di aver concettualizzato l'obbligazione per come oggi essa è intesa, scevra, cioè, da ogni genere di condizionamento soggettivo ed oggettivo. In tale direzione, si arriva alla nozione di rapporto obbligatorio, inteso come rapporto materiale, staccato dal soggetto obbligato sia in quanto persona sia in quanto soggetto tenuto ad eseguire l'atto prestazione e collegato, invece, ai beni di sua proprietà e, dunque, al suo patrimonio. In tale direzione, con riferimento al rapporto obbligatorio, si possono distinguere diverse teorie. Vi sono quelle patrimoniali che, alla stregua di un diritto reale considerano l'obbligazione come diritto su una o più cose; assoggettamento del patrimonio del debitore all'attuazione coattiva, al dover ricevere, da parte del creditore [Per tutti si veda R. Nicoló, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, pag. 77 e ss.]. Secondo tale impostazione, il soggetto creditore si troverebbe in una situazione di aspettativa della prestazione tutelata dal patrimonio del debitore. Al contrario, per le teorie personali, la condotta del debitore e, dunque, la prestazione, sarebbe l'unico oggetto del rapporto obbligatorio. A sua volta, però, oggetto

della prestazione è il bene dovuto. In tale direzione, si giunge nuovamente, seppur in modo mediato, al bene dovuto. [Per tutti si veda M. Giorgianni, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, 234 e ss.]. I fautori delle teorie personali, dunque, considerano il diritto di credito come un vero e proprio diritto soggettivo del creditore ad ottenere (e si realizza in tal modo il suo interesse) la prestazione dal soggetto debitore. È proprio a tal riguardo che si inserisce il dibattito sulla responsabilità patrimoniale, cioè, se quest'ultima, debba essere considerata un elemento strutturale dell'obbligazione oppure un suo elemento esterno. Sotto l'influenza della dottrina tedesca [K. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, Leipzig, 1882; A. Brinz, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, 371 e ss.; C. Gangi, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, 178 ss., il quale ricorda che la bipartizione del concetto di obbligazione fu proposta, per la prima volta, proprio dal BRINZ, nell'ambito del diritto romano; poi sostenuta, nell'ambito del diritto greco e nel diritto assiro-babilonese], la quale reputa elementi dell'obbligazione il debito e la responsabilità. Le teorie patrimoniali ritengono che la responsabilità sia certamente da collegare all'obbligazione e motivano un tale assunto, attraverso l'esempio di quelle obbligazioni, in cui vi sia la responsabilità, ma non il debito come, ad esempio, l'ipoteca per debito altrui oppure, mediante quelle forme obbligatorie in cui vi sia il debito, ma non la responsabilità, come nell'ipotesi di un'obbligazione naturale. L'esistenza di obbligazioni, senza debito o senza responsabilità, indurrebbero a far ritenere entrambi come elementi essenziali dell'obbligazione e di uguale importanza. In tal senso si veda V. Roppo, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in {URL} (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., 490 ss.. In tal guisa, per il creditore la soddisfazione potrebbe avvenire integralmente anche con il risarcimento del danno e, non solamente, con la prestazione originale. In tale direzione, E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 32 e ss., secondo il quale il diritto di credito del rapporto obbligatorio si configurerebbe alla stregua di un'aspettativa, indirizzata al soddisfacimento dell'interesse creditorio, attraverso l'adempimento della prestazione da parte del debitore. Tale aspettativa sarebbe strutturalmente collegata alla responsabilità e, conseguentemente, all'esecuzione forzata, ossia al mezzo, attraverso il quale, l'interesse è realizzato in ipotesi di inadempimento.

51. Si giunse così alla comune opinione che considera il rapporto obbligatorio costituito dall'interesse creditorio e dalla prestazione del debitore, quale mezzo per la soddisfazione di quest'ultimo. In tale direzione, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 557, il quale afferma che «ogniqualevolta nasca un'obbligazione si è in presenza di un vincolo giuridico che impone ad un determinato soggetto (debitore) di tenere un dato comportamento (adempiere cioè una prestazione) al fine di soddisfare un interesse proprio di altra persona determinata (il creditore)»; M. Giorgianni, *L'obbligazione: la parte generale delle obbligazioni*, cit., 58; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 54 e ss. Ed, ancora, C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 4,

L'obbligazione, cit.,¹ e ss., secondo il quale l'obbligazione è lo specifico dovere giuridico, in forza del quale un soggetto, il debitore è tenuto ad una prestazione patrimoniale, per soddisfare l'interesse di un altro soggetto, il creditore. Tale assunto trova il proprio fondamento nell'art. 1174 {URL} #160;del debitore debba corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, non fa altro che concettualizzare l'obbligazione. È proprio questo vincolo del debitore alla prestazione che addurrebbe una giustificazione allo spostamento di ricchezza dal debitore al creditore. Conseguentemente, nell'ipotesi di mancato adempimento, troverebbe una sua giustificazione la possibilità di ricorrere alla coercibilità predisposta dall'ordinamento, il quale all'inadempimento del debitore e, conseguentemente, all'insoddisfazione dell'interesse creditorio, sottopone il debitore, non più all'atavica usanza di rispondere con il proprio corpo [S. Romano, *Sull'arresto personale per debiti*, in *Riv. Dir. Proc.* 1937,175 e ss.; E. Allorio, *Arresto per debiti e novità di domanda*, in *Riv. Dir. Proc.* 1937,307], ma alle esecuzioni forzate o coattive del proprio patrimonio. In tal senso, si vedano A. Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; M. A. Cattaneo, *Diritto e forza*, Padova, 2005; S. Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935; E. Grambiata, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, 11, secondo il quale esecuzione e coazione non possono essere considerati separatamente, poiché non potrebbe esistere esecuzione, senza un potere coattivo che imponga al soggetto obbligato l'esecuzione. È proprio attraverso «il braccio secolare dell'obbligazione» che si garantisce al creditore di realizzare forzatamente il suo credito [A. Di Majo, *Responsabilità e patrimonio*, Torino, 2005,38].

52. Al fine di evitare di incorrere in quella precomprensione del fenomeno che non ne permetta la vera analisi e conoscenza, è necessario limitarsi a quella precomprensione positiva tanto cara a Gadamer. In tale senso, si veda {URL} *Wahrheit und methode. Grundzuge einer philosophischen hermeneutik*, 2 ed. Tübingen, 1965, trad. it. G. Vattimo (a cura di), *Verità e metodo*, Milano, 1972

53. Esser ribadisce che è compito del giudice realizzare lo scopo del diritto, attraverso un riferimento ai criteri prepositivi di un ordinamento giusto, i quali condizionano la pretesa di un ordinamento di essere chiamato diritto. È in tale direzione che sono necessari, come requisiti, la compatibilità con l'ordinamento giuridico positivo, la quale, però, non è sufficiente, poiché deve sussistere anche una rispondenza alle giustificate ragionevoli attese sociali, nel senso che è in nome del popolo che si amministra la giustizia. L'applicazione della legge non può consistere in un mero arbitrio, ma deve configurarsi come una sorta di perfezionamento creativo della stessa, poiché essa è vincolante per tutti ed, almeno idealmente, ogni cittadino dovrebbe essere in grado di prevedere le decisioni del giudice che lo riguardano.

54. Più che ricognitiva, normativa e riproduttiva, è l'applicazione il vero e proprio

momento costitutivo dell'interpretazione, poiché in un sistema in cui la volontà sovrana è al di sopra di tutto, non ci può essere, in senso stretto, alcuna ermeneutica giuridica; il compito di comprendere ed interpretare si dà solamente, laddove qualcosa sia statuito in modo da valere obbligatoriamente come legge. In tal senso, si vedano {URL} *Wahrheit und methode. Grundzuge einer philosophisc hen hermeneutik*, cit.,681; E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990,318 e ss. L'A. ha il grande merito di traslare l'ermeneutica tedesca ai principi giuridici. Egli rivendica la necessità della funzione integrativa (ma non evolutiva) dei concetti della dogmatica odierna nella ricostruzione storica. Benedetto Croce a tal proposito diceva che «grazie alla continuità tra la creatività inconsapevole del passato (le cose) e la sua autocoscienza sistematica nel presente (i nomi), vi sia una differenza solo di grado tra l'interpretazione storiografica e quella del diritto vigente». Si tratta di teorie estremamente innovative per il tempo e, dunque, è questa la ragione per cui probabilmente non furono immediatamente accettate e condivise. Betti pone l'esigenza di un'ermeneutica oggettiva proprio nel momento in cui la cosiddetta ermeneutica ontologica, accomunando ogni metodologia al formalismo positivisticò, degradava tale esigenza a ingenuo pregiudizio scientifico. Questo principio è alla base del colossale equivoco che porta a considerare quello tra l'ermeneutica metodica di Betti e l'ermeneutica ontologica d'ispirazione heideggeriana un confronto fra una metodologia e una filosofia anziché, come si dovrebbe, tra due filosofie e ontologie molto diverse, fondate la prima sull'idea che i fenomeni storici siano comprensibili in quanto spirito oggettivato solo in virtù di una almeno relativa presa di distanza, la seconda su una storia dell'essere (linguaggio) cui comunque si apparterebbe e nella quale il passato sarebbe già sempre mediato col presente. L'ermeneutica bettiana non è, dunque, meno filosofica di quella esistenzialistico-metodica con cui si confronta e alla quale reagisce con indignazione, rinvenendovi, estremizzato però in senso soggettivisticò e relativisticò, il proprio corretto richiamo all'attualità del comprendere. Betti è l'artefice della cosiddetta ermeneutica differenziale. L'interpretazione dev'essere rigorosamente distinta, anzitutto, dalla successiva comprensione ma, poi, anche, dalla creazione di forme, dallo spiegare causalisticò, dalla semiotica. Respingere l'intendere come procedimento epistemologicamente valido e l'intendersene come competenza disponibile e più persuasiva che non epistemologicamente valida. Egli riprende l'antica distinzione tra *subtilitas intelligendi*, *explicandi* e *adplicandi*, tra tre tipi di interpretazione e si pone in automatico contrasto alla nuova ermeneutica, secondo cui ogni interpretazione è applicazione, per di più ad esigenze non sociali ma esistenziali e personali. Conscio del pericolo del relativismo, Betti si appella all'osservanza di quattro canoni fondamentali: l'autonomia ermeneutica dell'oggetto, ottenibile grazie al controllo della peraltro necessaria soggettività dell'interprete; la totalità, cioè la reciproca illuminazione delle parti e della totalità (linguistica, psicologica e dell'epoca, tecnica); l'attualità dell'intendere, che, pur necessaria perché si generi un interesse ermeneuticò, non deve sfociare in una prospettiva distorta e anacronistica; l'adequazione dell'intendere, secondo cui occorre essere (o farsi) congeniali a ciò che s'interpreta,

dotandosi della prospettiva giusta e più favorevole. Si tratta di canoni sia epistemologici sia etici, che, per la loro evidente interferenza, non vanno osservati unilateralmente ma solamente nel loro condizionamento reciproco e magari variamente accentuati a seconda degli oggetti e delle necessità storiche. Quella di Betti non è una variante psicologica, ma, un'euristica tecnico-morfologica in funzione storica, la struttura oggettiva delle forme rappresentative (esemplarmente: non la volontà del legislatore ma la *ratio iuris*), la logica cioè con cui esse risolvono i loro problemi immanenti. La soggettività di Betti è la comunicazione tra lo spirito insito nelle forme rappresentative e quello interpretante. Betti considera oggetto dell'ermeneutica non tanto la *quaestio facti*, ciò che sempre accade (secondo l'ermeneutica ontologica l'imprescindibilità dei giudizi e il fraintendimento), quanto piuttosto la *quaestio iuris*, e cioè forme di comprensione epistemologicamente garantite e che non si esauriscono nell'incontrollata riflessione esistenziale sulle proprie strutture conoscitive.

55. Al venditore, si diceva, non potrebbe essere addossato l'onere di dare la cosa compravenduta e di non ricevere, però, l'originario corrispettivo pattuito, ma solo una frazione di esso, secondo le regole del concorso. Egli, infatti, nelle precedenti formulazione dell'art. 72, subiva un trattamento differenziato e di sfavore rispetto a quello accordato dalla legge al curatore, il quale, in ragione della regola del concorso, poteva avvantaggiarsi dell'adempimento della prestazione da parte del contraente *in bonis*, costringendolo a subire la falcidia collegata alla singola procedura. Si vedano al riguardo G. Bonelli, *Del fallimento*, cit.,9; S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit.,273.

56. La *ratio* dell'istituto della sospensione è stata rintracciata nel corrispondente istituto civilistico *inadimplenti non est adimplendum*, secondo il quale, se è vero che il curatore non potesse essere obbligato ad eseguire o, comunque, a proseguire l'adempimento dei contratti pendenti, è, altresì, vero che il contraente *in bonis* non poteva essere costretto a dare esecuzione ad un contratto il cui effetto, sul piano della corrispettività, si sarebbe potuto realizzare soltanto secondo la legge del concorso. In tale direzione si veda G. BONELLI, *Del fallimento*, cit.

57. L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 122. Diversamente vedi F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, Torino, 2002, 79 ss., anche se con riferimento alla formulazione precedente delle norme sui rapporti pendenti. Secondo Vassalli, in realtà, il contraente *in bonis*, ancorché essere svantaggiato nei confronti del curatore, risulterebbe favorito rispetto agli altri creditori concorrenti, venendosi a trovare in una posizione di forza.

58. Sul carattere speciale della sospensione rispetto alle eccezioni di cui agli artt. 1460 e 1461 cod. civ. si vedano A. Dimundo, A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, cit.,93; L. Guglielmucci, *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006,13; E. Gabrielli, *La disciplina generale dei*

rapporti pendenti, in F. Vassalli, {URL} (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit. 138 e ss. secondo il quale la tutela della funzionalità del sinallagma è stata considerata costantemente in grado di giustificare il senso della disciplina. Ed, ancora, B. Meoli-S. Sica, *Effetti sui rapporti*, in *Tratt. di Dir. Fall.*, 2010,493, secondo il quale se è vero che la sospensione, prevista dall'art. 72 L. Fall. può essere ritenuta l'equivalente, dal punto di vista funzionale della tutela del contraente *in bonis* che non abbia ancora eseguito la sua prestazione, dei rimedi civilistici dell'eccezione di inadempimento e della sospensione dell'esecuzione per il sopravvenuto mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente; è, altresì, vero che si differenzia, però, da questi ultimi, *in primis*, perché l'effetto sospensivo del rapporto consegue automaticamente alla dichiarazione di fallimento, *in secundis* perché al contraente *in bonis*, in seguito alla riformulazione dell'art. 72 L. Fall., non è più consentito adempiere la sua obbligazione ed insinuarsi nello stato passivo per il suo credito, così come gli è precluso di chiedere la risoluzione del contratto, assumendo, in tal guisa, più la funzione di tutela della massa dei creditori che di quella del terzo contraente, anche se non trascurata del tutto, consentendogli di non eseguire la propria prestazione per tutta la sua durata.

59. L'effetto sospensivo, susseguente alla dichiarazione di fallimento, è stato oggetto di varie ricostruzioni dogmatiche che lo hanno ricondotto, ora al regime dell'eccezione d'inadempimento, ora alle conseguenze automatiche del fallimento. Vedi R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 1060 ss.

Ed, ancora, anche se con riferimento alla precedente formulazione delle disposizioni sui rapporti pendenti. F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, cit.,153 ss., intravede il medesimo fondamento tra le due discipline. Secondo l'A., il regime della sospensione delle disposizioni fallimentari sui rapporti pendenti, anche se secondo meccanismi differenti da quelli di autotutela, sanciti dagli artt. 1460 e 1461 cod. civ., pone il contraente *in bonis* in una posizione di maggior favore rispetto agli altri creditori concorrenti nel fallimento. «Si può dire che ciò avvenga per ragioni sostanzialmente equitative, le quali, in un certo senso, si possono accostare a quelle che sono state poste a base della disciplina della compensazione. In altri termini, si reputa equo che il contraente *in bonis* che vede sopraggiungere il fallimento della controparte, quando ancora non ha eseguito la propria prestazione e neppure è stato ancora soddisfatto del suo credito, si trovi in una posizione di maggior forza rispetto agli altri creditori, meritevoli di specifica considerazione. Questa posizione è, appunto, quella che è tenuta in considerazione e tutelata in alcune delle norme sulla sorte dei contratti pendenti»

60. All'apparenza, si sarebbe eliminata, quindi, l'unica ipotesi della legge fallimentare in cui il terzo contraente potesse far valere la propria posizione contrattuale, adempiendo il rapporto ed insinuando il proprio credito coattivamente. A ben vedere, le ipotesi in cui

un contraente possa far valere coattivamente le proprie pretese nel fallimento non sono state eliminate ed, anzi, hanno trovato una loro estensione in seguito ai nuovi interventi legislativi; solamente che, invece di essere collocate nella legge fallimentare, si rinvencono in altre leggi speciali. A tal riguardo, basti pensare alla facoltà di esecuzione coattiva del credito in autotutela dei contratti di garanzia finanziaria, per i quali l'art. 4, commi 1, lett. a), e 2, del {URL} (attuativo della direttiva 2002/47/CE), stabilisce che, al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia, il creditore pignoratizio ha facoltà, anche nel caso di apertura di una procedura di risanamento (concordato preventivo e amministrazione controllata) o di liquidazione (fallimento e liquidazione coatta amministrativa), di procedere alla vendita delle attività finanziarie, oggetto di pegno, nel rispetto delle formalità contrattualmente previste, trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del proprio credito, fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita, informando per iscritto gli organi della procedura sulle modalità di escussione adottate e sull'importo ricavato nonché restituendo contestualmente l'eccedenza.

61. F. Di Marzio, *Contratti in esecuzione e fallimento*, cit., 5.; S. Ambrosini, G. Cavalli, A. Jorio, *Il fallimento*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, cit., 469.

62. Le norme della Legge Fallimentare sembrano, anche dopo la riforma, essere indirizzate alla tutela del ceto creditorio, così da non tenere in debita considerazione la conservazione dell'impresa decotta. Ed, infatti, tale interesse è ritenuto, invece, prevalente in altre procedure, quali quella del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazioni o dei piani di risanamento. Se si tiene in debita considerazione la tempistica e, molte volte, il fallimento di tali procedure, non si può non desumere che forse l'interesse alla conservazione dell'impresa dovrebbe essere già valutato e bilanciato con gli altri interessi all'origine anche della procedura fallimentare. Ed, inoltre, ciò appare maggiormente vero se si considera che la riforma *in itinere* del diritto fallimentare è protesa verso la continuazione dell'impresa e la ricerca di un bilanciamento tra i vari interessi che entrino in gioco.

63 B. Meoli, S. Sica, *Effetti sui rapporti*, in *Tratt. di Dir. Fall.*, 2010, 397, secondo i quali le norme successive all'{URL} *ratio* risiede nella funzione giuridica assolta dal contratto specifico che disciplinano. Ed, ancora, O. Cagnasso, *I contratti pendenti*, in S. Ambrosini (a cura di) *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al "decreto correttivo"*, Bologna, 2008, 117, per il quale sarebbe, in realtà, necessario capire fino a che punto il nuovo sistema possa effettivamente ritenersi chiuso, dovendosi verificare se, in ogni caso, i contratti, ai quali non siano espressamente applicate le regole eccezionali, siano soggetti al principio generale della sospensione; A. Genovese, *Effetti del fallimento sui contratti in corso*, in *Dir. Fall.*, 2006, 1148 e 1149. Contra si vedano A.

Jorio, N. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, 447; G. Verdirame, *I rapporti giuridici pendenti dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, cit. .1170

64. In tal senso si veda L. Guglielmucci, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, cit., 149

65. G. Ragusa Maggiore, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Le Procedure concorsuali. Il fallimento*, Torino, 1997,510. Alcuni ritengono che il contratto continui nell'ipotesi di fallimento del concedente, con conseguente applicazione analogica dell'art. 80 solamente in tale ultima ipotesi e non anche nel caso di fallimento dell'affittuario alcuni escludono prosecuzione [A. Bonsignori, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. IX, Padova, 1986, 429].

66. Anche se secondo una parte della giurisprudenza, il contratto di comodato non potrebbe essere ricondotto né sotto il regime disciplinare di cui all'art. 72 né sotto quello dell'art. 80, trovando applicazione in via estensiva il disposto ex art. 1809, comma 2., {URL} {URL}

67. Con riferimento a quest'ultimo, una corrente di pensiero, rimasta minoritaria, esclude l'applicazione analogica sul presupposto che l'art. 76 sarebbe una riproduzione dell'art. 6 {URL} #39;articolo 76, sia da riferirsi alle valute e divise [U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1966,1203]. Di diverso avviso è la dottrina maggioritaria secondo la quale, non si può dimenticare anche la l. 30 maggio 1913 n. 272 regolatrice delle Borse Valori da cui si fa discendere un'unicità di disciplina [G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968,374; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1998,1244; V. Andrioli, *Fallimento*, {URL}]

68. F. Bortolotti, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999,15 e ss.; A. Musso, *La Subfornitura*, F. Bricola, F. Galgano, G. Santini (a cura di) *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, cit.,70

69. L. Panzani, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Utet Giuridica, 2012, vol. 2

70. A. Tullio, *Contratto di agenzia e fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2003,908 e ss. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 1 luglio 2010 n. 8686, in *Redazione Giuffrè* 2012

71. F. Gigliotti, *La spedizione*, in P. Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, Milano, 2011,374; S. Foghini, *La spedizione: profili civilistici ad una fattispecie caleidoscopica*, Frosinone, 2018,136; B. Meoli-S. Sica, *Effetti sui rapporti*, cit.,533 e ss.;

G. De Semo, *Diritto fallimentare*, cit.,359; G. Presti, *Commento all'art. 78 L. Fall.*, in A. Jorio (diretto da) M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario sistematico*, Bologna, 2006,1246; Contra D. Vattermoli, *Rapporti pendenti*, cit.,474

72. P. Bontempi, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2009, ed. III,327

73. Art. 175 CCII Contratti di carattere personale «1. I contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell'altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi. 2. Ai fini di cui al comma 1, i contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso».

74. {URL} *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al "decreto correttivo"*, S. Ambrosini (a cura di), Bologna, 2008, *passim*; {URL} *Trattato di diritto delle procedure concorsuali. La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, U. Apice (diretto e coordinato da) , Torino, 2010, *passim*; AA. VV., *Manuale di Diritto Commerciale*, V. Buonocore, (a cura di) Torino, edizione XIII, 2016, *passim*; AA. VV., *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, Milano 2010, *passim*; {URL} *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A., MESSINEO F, MENGONI L., continuato da SCHLESINGER P., Milano, 2014, *passim*; AA. VV., *Trattato di diritto commerciale*, G. Cottino (diretto da), Padova, 2009, *passim*; L. Guglielmucci (a cura di), *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, Padova, 2006, *passim*.

75. P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,482; G. Presti, *Il mandato e la commissione*, in S. Sanzo (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009,204. Contra L. Guglielmucci, in {URL} *I contratti in corso di esecuzione nelle procedure concorsuali*, cit.,273, per il quale la ragione deve essere rintracciata nella incompatibilità del mandato con i vincoli imposti dalla procedura in tema di amministrazione e liquidazione del patrimonio del mandatario. Ed, ancora, A. Luminoso, *Mandato ed altri contratti di cooperazione gestoria*, in F. Vassalli, F. P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit.,206, secondo il quale lo scioglimento troverebbe la propria ragione giustificativa nella circostanza che la destinazione del patrimonio del fallito al soddisfacimento degli interessi della massa creditoria precluderebbe al mandatario il compimento dell'attività, oggetto del contratto dopo il fallimento

76. La maggior parte della dottrina ritiene, infatti, che la ragione giustificativa dell'art. 81 debba essere rintracciata proprio nell'*intuitu personae*. In tal senso, si veda D.

Finardi, *Esecuzione del contratto di appalto e risarcimento del danno del committente*, in *Fall.*, 1999, 1105. Contra G. Tarzia, *Rapporti che si sciolgono per il fallimento*, in L. Panzani (diretto da) *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 323; secondo cui la regola si spiega verosimilmente alla luce della vocazione liquidatoria del patrimonio dell'imprenditore, per cui risulta funzionale a questo scopo non gravare il curatore di ulteriori oneri di gestione e di rischi. A tal riguardo, occorre sottolineare come, in realtà, sia lo stesso legislatore ad elevare l'*intuitu personae* a ragione giustificativa della norma in esame, non solamente attraverso l'inserimento nel corpo del medesimo articolo che «il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto», ma anche attraverso il suo esplicito richiamo, nella riforma Rordorf della legge fallimentare *in itinere*, nella quale si legge testualmente che «Ferma restando la struttura di fondo dell'art. 72 della vigente legge fallimentare, si è ipotizzato di introdurre per i contratti caratterizzati da *intuitu personae* una norma simile a quella prevista in materia di appalto dall'art. 81, comma 2, di detta legge [...]»

77. In tale direzione, il fallimento dell'associante -ossia del possessore della qualifica di imprenditore- farebbe venir meno il centro di imputazione giuridica dell'associazione. Si vedano L. Guglielmucci, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in A. Jorio (diretto da) M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario sistematico*, cit., 260; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 464; G. C. Bibolini, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. Fall.*, 1996, 771; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 1262; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., 374. Contra G. TARZIA, *Rapporti che si sciolgono per il fallimento*, in L. Panzani (diretto da) *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 298 secondo il quale l'*intuitu personae* non può essere aprioristicamente ritenuto assorbente con riguardo a qualsiasi impresa o affare, dovendosi, al contrario, verificare, caso per caso, la sua effettiva rilevanza. Connessa è l'impostazione secondo cui l'associazione in partecipazione si scioglierebbe, per il tipo di rapporto intercorrente tra associante ed associato ed, in particolare, per la circostanza che il fallimento dell'associante, non potendo più egli stesso gestire l'impresa, renderebbe difficilmente raggiungibile lo scopo del rapporto, ossia non riuscirebbe a garantire all'associato la propria partecipazione agli utili o alle perdite. In tal senso, si vedano F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*, cit., 388; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 1261; F. Vassalli, *Diritto fallimentare*, cit., 212; G. U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, 430

78. Secondo alcuni, lo scioglimento di tale contratto, più che nel rapporto di *intuitu personae* troverebbe la propria ragione nella circostanza che la continuazione potrebbe consentire una compensazione oltre i limiti previsti nella legge fallimentare. In tal senso, si vedano L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, cit., 134; G. Tarzia, *Rapporti che si sciolgono per il fallimento*, in L. Panzani (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure*

concorsuali, cit.; P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 388; P. Rescigno, *Trattato di diritto privato. Impresa e lavoro*, vol. 2, Torino, 2011, 301; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., 1267. Secondo l'A. il curatore non avrebbe interesse a subentrare in un rapporto che richiede un continuo e frequente sorgere di crediti reciproci. Ed, infatti, se al momento della dichiarazione di fallimento, il conto corrente ha un saldo attivo per il fallito, il subingresso sarebbe svantaggioso per la massa che dovrebbe subire la compensazione di detto saldo con i crediti derivanti dalle successive rimesse del contraente *in bonis*; viceversa se il saldo è attivo per il contraente *in bonis*, ossia per la banca, le rimesse effettuate dagli organi della procedura, invece di concretizzarsi in crediti utilizzabili per incrementare la massa fallimentare, andrebbero, in gran parte, a soddisfare, per compensazione, il corrispondente credito della banca e, dunque, anche in quest'ultimo caso, la continuazione del rapporto diverrebbe svantaggiosa. D. Vattermoli, In A. Nigro, M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, cit., 474. Secondo l'A. se la caratteristica delle operazioni regolate in conto corrente è che le scritturazioni a credito e a debito sono destinate a compensarsi, in seguito alla dichiarazione di fallimento, la funzione del contratto non può spiegarsi, essendo impossibile la compensazione tra poste pre e post fallimentari. Ed, ancora, si vedano A. Bonsignori, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1986, 419; D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996, 334, secondo i quali l'estinzione del contratto avverrebbe come conseguenza dello spossessamento dei beni, il quale genererebbe il venir meno della causa stessa del contratto, conducendo, inevitabilmente, al suo scioglimento. Tale opinione è condivisa da quella giurisprudenza che, stante l'incapacità del fallito, sostituito dal curatore, ai sensi dell'art. 43 L. Fall., ritiene che egli non possa più legittimamente operare sul conto, rendendo inefficaci gli ordini di pagamento rivolti alla banca. In tal senso, {URL} in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 1 con nota di L. Restaino secondo cui «Intervenuto il fallimento del correntista viene meno il rapporto di provvista e perde effetto l'ordine di pagamento impartito dal medesimo sicché il pagamento in quanto tale, riguardando una situazione giuridica meramente supposta, ma inesistente, non è giuridicamente attribuibile a nessuno e solo il versamento, come mero trasferimento di liquidità, è attribuibile al soggetto che lo esegue». D'altra parte, le posizioni, sopra riportate, trovano diretto fondamento nella legge fallimentare poiché per un verso, ai sensi dell'art. 56 {URL} [F. Pasquariello, *Gestione e riorganizzazione dell'impresa nel fallimento*, Milano, 2010, 130; S. Bonfatti, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in S. Bonfatti, P. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 125]; per altro verso, ai sensi dell'art. 42 {URL}

79. La ragione giustificativa di tale disposizione, rimasta sostanzialmente immutata rispetto alla sua formulazione originaria, è tradizionalmente individuata nella necessità di sottrarre il patrimonio dell'imprenditore decotto all'alea tipica delle oscillazioni dei contratti di borsa. Ed, infatti, il carattere squisitamente speculativo di tali operazioni,

legato alle variazioni dell'indice o dello strumento finanziario sottostante, alle fluttuazioni del parametro adottato come riferimento, è del tutto estraneo all'intrinseco obiettivo del fallimento di evitare attività rischiose per il patrimonio fallimentare, in intima connessione con l'istanza di certezza e cristallizzazione dei rapporti patrimoniali, al momento dell'apertura della procedura. È, in questa prospettiva, che la legge prescrive la cristallizzazione del risultato economico dell'operazione, al momento della sentenza dichiarativa del fallimento, onde impedire che, in costanza di procedura, l'alea insita - per definizione - in questa tipologia contrattuale incida ulteriormente sulla consistenza della massa attiva e di quella passiva. In tal senso, V. Andrioli, voce *Fallimento*, cit.,410; G. Cottino, *Effetti del fallimento sui contratti di cui agli artt. 73 e 77 legge Fall.*, in *corso di esecuzione*, in *Dir. Fall*, 1965,24 ss.; G. Di Chio, *Commento all'art. 76*, in L. Guglielmucci, G. Zanarone, G. Di Chio, V. Mangimi, G. U. Tedeschi, *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Commentario Scialoja, Branca*, cit.,230; A. Bonsignori, *Il fallimento*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, cit.,420; A. Giudici, *Codice del fallimento*, In P. Pajardi, M. Bochiola, A. Paluchowski (a cura di) *Codice del Fallimento*, cit.,477; F. Ferrara, A. Borgioli, *Il fallimento*,1974,347, secondo il quale «il fallimento di uno dei contraenti, fa necessariamente abortire il fine speculativo ed il contraente in bonis sarebbe esposto alle variazioni di prezzo a lui sfavorevoli, ma non potrebbe giovare di quelle favorevoli».

80. La disposizione in esame, nell'ipotesi di fallimento di ambedue le parti, prevede la prosecuzione del rapporto, ma differenzia per il creditore le modalità di esercizio del diritto di recesso, a seconda se a fallire sia il locatore od il conduttore; in particolare, la discrasia si sostanzia in un diritto di recesso incondizionato, nell'ipotesi di fallimento del conduttore e di uno limitato, nel caso di fallimento del locatore, poiché, nel primo caso, al curatore, è riconosciuta tale possibilità, in qualunque momento, purché corrisponda un equo indennizzo; se a fallire è il locatore, il curatore potrà recedere solamente se il contratto abbia durata superiore a quattro anni. Orbene, la ragione giustificativa sottesa alla continuazione sarebbe da rinvenire nella circostanza che la continuazione del rapporto non osterebbe alla liquidazione del bene e continuerebbe a giovare al fallimento. In tale direzione, S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit.,307 e ss.; R. Provinciali, G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit.,508 s.; G. De Semo, *Diritto fallimentare*, cit.,381; R. Rossi, *Affitto di azienda stipulato prima della dichiarazione di fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2010,508; A. Giudici, *Codice del fallimento*, {URL} *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in *Fall*, 2007,759; D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,337. Contra F. Di Marzio, *Contratto di locazione e fallimento*, in F. Di Marzio (a cura di) *Contratti in esecuzione e fallimento. La disciplina dei rapporti pendenti nel nuovo diritto concorsuale*, Milano, 2007,182, secondo il quale non si potrebbe escludere l'eventuale esistenza di un interesse, da parte del fallimento, a sciogliersi dal contratto, considerato che la sussistenza di un contratto di

locazione potrebbe ostacolare la vendita del bene o renderla meno vantaggiosa per il venditore. In tale direzione, la continuazione del rapporto contrattuale sarebbe prevista, non nell'interesse della massa, ma del conduttore, in virtù del principio *emptio non tollit locatum*. In realtà, a tal riguardo, appare opportuno richiamare l'attenzione sulle parole della relazione illustrativa della riforma [decreto legislativo 12 Settembre 2007, n. 169], la quale, per spiegare le ragioni della modificazione di tale articolo, esordisce che la stessa è effettuata «al fine di contemperare le esigenze di terzi di tutela della stabilità dei rapporti giuridici contratti con l'impresa, poi fallita, con l'interesse del fallimento di evitare che l'esistenza di un vincolo locatizio, di lunga durata, possa deprimere eccessivamente il valore del bene al momento della vendita». Per la prima volta, si è espressa, dunque, la volontà di realizzare il contemperamento tra gli interessi contrapposti nel contratto ossia tra l'interesse del fallimento alla cessazione di un rapporto che, per le ragioni sopra esposte, potrebbe risultare gravoso e l'interesse del conduttore a non perdere il godimento della cosa locata, almeno per quattro anni dalla dichiarazione di fallimento e, dunque, in conformità ai principi generali, operanti in tema di locazione, i quali accordano al conduttore un diritto di godimento del bene, insensibile alle vicende circolatorie dello stesso ed opponibile ai terzi (con riferimento agli artt. 1599 e 2923 {URL}).

81. La disposizione contempera perfettamente gli interessi delle parti contrattuali garantendo una perfetta simmetria tra le posizioni delle due parti attraverso il riconoscimento ad entrambe del diritto di recesso e, nell'ipotesi del suo esercizio, dell'obbligo di corrispondere un equo indennizzo. In tal senso, v. B. Meoli, S. Sica, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in V. Buonocore, A. Bassi, *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, 549.

82. Per quanto riguarda la disciplina, predisposta per tale tipologia contrattuale, la disposizione in esame differenzia gli effetti del fallimento, a seconda se a fallire sia il venditore od il compratore. Nel primo caso, la dichiarazione di fallimento non determina lo scioglimento del contratto, ragion per cui al curatore non rimane altra possibilità che eseguire il rapporto. Viceversa, nella seconda ipotesi, il legislatore ha rimesso la scelta al curatore, il quale, previa autorizzazione del comitato dei creditori, deciderà se sciogliere o continuare tale contratto, sempre ammesso, però, che il contratto risulti pendente, ossia prima del verificarsi dell'effetto traslativo, a seguito dell'integrale pagamento del prezzo, da parte del compratore. Nell'ipotesi di scioglimento, l'art. 73 prevede, da una parte, il dovere del curatore di restituire il bene oggetto del contratto; dall'altra, la restituzione delle rate di prezzo, già riscosse dal venditore - con esclusione del danno successivo al fallimento-, salvo il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa, in analogia con quanto disposto dall'art. 1526 cod. civ. Nell'ipotesi in cui il curatore decida di subentrare, è stata prevista la possibilità, da parte del venditore *in bonis*, di richiedere una cauzione, salvo che il curatore non rinunci al termine o alla rateizzazione [La possibilità,

da parte del venditore *in bonis*, di richiedere la prestazione di una cauzione è stata inserita, al fine di compensare la sostituzione, nel rapporto, del soggetto originario e l'interruzione che tale sostituzione crea al rapporto fiduciario, in precedenza instaurato. In tal senso, v. A. Giudici, *Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, cit.,947]. Una volta subentrato, il curatore deve adempiere a tutte le obbligazioni previste dal contratto, ad iniziare dal pagamento delle rate [S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit.,294; D. Mazzocca, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1996,330; G. U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.,351]. Si ritiene che il fondamento di tale disciplina sia quello di realizzare un contemperamento tra l'interesse della curatela, la quale potrebbe nutrire interesse verso la continuazione del rapporto contrattuale e l'interesse del venditore che, nell'accordare il termine, abbia confidato nelle qualità del soggetto beneficiario dello stesso e non in quelle del curatore [In tal senso, U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., 1231].

83. In conformità a questi nuovi dettami, è stato introdotto, attraverso il decreto correttivo, l'art. 72 *bis* L. Fall., secondo il quale i contratti relativi agli immobili da costruire si sciolgono se, prima che il curatore comunichi la propria scelta tra continuare o sciogliere il contratto, l'acquirente abbia escusso la fideiussione, a garanzia della restituzione di quanto versato al costruttore, dandone comunicazione al curatore. Tra l'esigenza di tutela del risparmio e quella di attuazione della liquidazione fallimentare, in questo caso, sembrerebbe prevalere la prima e ciò sarebbe avvalorato da quanto statuito nella riforma della legge fallimentare *in itinere*, secondo cui tutti gli atti che abbiano, come effetto o finalità, il trasferimento di immobili da costruire, dovranno essere conclusi per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità, così da garantire il controllo di legittimità dell'atto, da parte del notaio e porre fine alla prassi della sistematica violazione, da parte dei costruttori, dell'obbligo di fornire, al momento della conclusione del contratto (anche preliminare), la fideiussione, a garanzia dell'acquirente e la polizza assicurativa, previste dal {URL}

84. F. Merusi, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino, 2006, 1 e ss.; G. Costantino, *La gestione della crisi d'impresa tra contratto e processo*, in F. Di Marzio E F. Macario (a cura di) *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010,207, secondo il quale «[...]in realtà, appare ragionevole dubitare che mercato e giurisdizione implicino esigenze e valori contrapposti e non siano conciliabili. Si tratta, piuttosto, di trovare un punto di equilibrio, perché l'economia non può prescindere dalle regole e queste devono poter essere attuate e fatte rispettare anche contro la volontà dei consociati. Non appare possibile fare a meno delle regole di comportamento, né rinunciare ad esigere la loro osservanza. Già nel 1215, nella *Magna Charta Libertatum*, fu stabilito che *nulli negabimus justitiam*».

85. F. Fimmanò, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra*

informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali, in *Fall.*, 2004,459 e ss. Secondo l'A., infatti, negli ultimi anni, la normativa emanata in relazione alla gestione della crisi d'impresa è stata maggiormente indirizzata ad una valutazione sulla reale opportunità, anche in termini di convenienza economica, di protezione dell'azienda piuttosto che di una liquidazione definitiva dell'impresa. In tale direzione, ai fini del superamento della crisi, il legislatore ha introdotto una serie di strumenti volti a valorizzare il ruolo dell'autonomia negoziale.

86. Sul nuovo Codice della Crisi si veda per tutti S. Sanzio, D. Burroni, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Zanichelli, 2019

87. L'ordinamento francese, infatti, prevede già da molto tempo una serie di procedure, le quali, con funzioni preventive, mirano a far emergere prima lo stato di crisi si da garantire la conservazione dell'azienda in crisi. In particolare, si hanno procedure informali (*Mandat ad hoc*, *Reglement amiable*, *Procédure de sauvegarde*), e procedure formali (*Rédressement judiciaire* e *Liquidation judiciaire*). Ognuna di queste procedura, ad eccezione della *Liquidation judiciaire*, tentano di consentire, al di là della liquidazione del passivo, il salvataggio del compendio aziendale, il mantenimento dell'attività e dei livelli occupazionali, sì da dismettere l'interesse del mercato e prediligere gli altri interessi in gioco. Sulle procedure concorsuali in Francia si veda {URL} *Entreprises en difficulté. Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, Parigi, {URL}

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7787>

NON FUNGIBLE TOKENS, SMART CONTRACTS E BLOCKCHAIN NELL'ARTE E NELLA MODA: CRYPTO ART E DIGITAL FASHION

Il presente contributo analizza i riflessi giuridici dell'impiego delle nuove tecnologie legate a Non Fungible Tokens (NFTs), smart contracts e blockchain con riferimento al settore artistico-creativo, fenomeno che desta sempre maggior interesse. Nell'ultimo anno gli NFTs hanno, infatti, rivoluzionato il mercato dell'arte e della moda, dando vita ai fenomeni della crypto art e del digital fashion.

autore **Giorgia Vulpiani**



Abstract ENG

The paper analyses the juridical issues related to the use of Non Fungible Tokens (NFTs), smart contracts and blockchain in the fields of art and fashion. During this year, NFTs deeply revolutionized art and fashion market, starting the new phenomena of crypto art and digital fashion.

Sommario: 1. *Blockchain e smart contracts*: premessa; 2. Profili giuridici dei *Non fungible tokens*; 3. *Non fungible tokens, smart contracts e blockchain* nel settore artistico: la *crypto art*; 4. *Non fungible tokens, smart contracts e blockchain* nel settore moda: digital fashion, privacy ed ecosostenibilità; 5. Osservazioni conclusive.

1. Blockchain e smart contracts: premessa

Non Fungible Tokens (NFTs), *smart contracts* e *blockchain* stanno destando di giorno in giorno un interesse crescente nel dibattito giuridico, soprattutto per il loro impiego nel settore artistico-creativo.

Gli NFTs hanno, infatti, nell'ultimo anno, rivoluzionato il mercato dell'arte, riscontrando un notevole successo non solo *online*, ma anche in case d'aste tradizionali. Ne è un esempio la vendita da Christie's dell'opera di crypto art *Everydays - The Last 5000 Days* di Beeple.

Tali nuove tecnologie stanno avendo un crescente impatto anche nel settore della moda, sia in relazione alla vendita di NFTs da parte dei grandi marchi del *fashion*, sia riguardo all'applicazione delle *blockchain* e degli *smart contract* nella filiera produttiva, anche in ottica di eco-sostenibilità.

Prima di affrontare le specifiche applicazioni di NFTs, *smart contracts* e *blockchain* nei settori dell'arte e della moda, occorre far chiarezza su alcuni concetti fondamentali[1].

La *blockchain* è un tipo di registro distribuito (*distributed ledger*)[2], condiviso ed immutabile, che facilita il processo di registrazione e gestione delle transazioni e di tracciamento degli *assets* in una rete definita.

In altre parole, si tratta di una catena di blocchi informatici, concatenati l'uno all'altro in maniera immutabile, in grado di mantenere in modo affidabile un sistema di registri digitali distribuiti idonei a tenere traccia indelebile delle transazioni effettuate, che devono poi essere validate dalla rete stessa. La struttura della *blockchain* è decentralizzata, aperta e crittografata e, dunque, le transazioni avvengono senza alcun intermediario. Un'altra caratteristica fondamentale riguarda l'immodificabilità dei dati registrati sulla *blockchain*, in quanto, una volta registrata un'informazione su tale *distributed ledger*, questa non può essere modificata o manomessa.

Come visto, dunque, le peculiarità della *blockchain* sono la decentralizzazione, la verificabilità e l'immutabilità; caratteristiche che garantiscono l'autenticità, l'integrità e l'affidabilità dei dati[3].

Per rendere più celeri le transazioni, sulla *blockchain* viene memorizzato un set di regole che viene eseguito automaticamente: uno *smart contract*[4].

Uno *smart contract* è, più specificamente, un protocollo di transazione computerizzato che esegue i termini di un contratto. Detto in altre parole, esso è un contratto programmato per eseguirsi automaticamente al realizzarsi di condizioni preimpostate[5]. Ed è proprio attraverso la *blockchain* che si garantisce l'immodificabilità e l'esecuzione automatica del codice informatico dello *smart contract*.

L'impulso che determina l'esecuzione dello *smart contract* può dipendere sia da elementi interni al codice o da elementi esterni, come ad esempio un tasso di interesse. In questo ultimo caso, sarà necessario l'intervento di un elemento esterno alla *blockchain*, il {URL} *smart contract* e che ne costituiscono i presupposti di esecuzione.

Sulla riconducibilità dello *smart contract* alla concezione classica di contratto, si sono confrontate diverse tesi dottrinali. Secondo una ricostruzione va esclusa la natura negoziale degli *smart contracts* sulla base del fatto che essi rappresentino più canali di conclusione e gestione degli accordi che accordi in sé[6]. Si afferma, infatti, che uno *smart contract* non afferisce alla fase della formazione dell'accordo, bensì a quella dell'adempimento, con la conseguenza che esso non possa integrare una fattispecie di accordo atipico ex art. 1322 del Codice civile[7].

Una diversa impostazione riconosce, invece, natura negoziale agli *smart contracts*, con conseguente applicazione della disciplina generale del Codice civile in tema di contratto[8].

In tema, la normativa è piuttosto scarna, riscontrandosi, infatti, solo sparute disposizioni, piuttosto generiche, sia nell'ordinamento interno che a livello europeo.

Il legislatore italiano è intervenuto con la L. 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione del {URL} *ter* rubricato proprio *Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*[9].

Alla luce del suddetto intervento, per tecnologie su registri distribuiti si intendono le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia, verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili. Tali tecnologie consentono la conclusione e l'esecuzione del contratto: la macchina legge il codice, valida, archivia su una pluralità di registri distribuiti ed esegue, secondo la logica del *if this, then that*.

La norma non parla, tuttavia, di *blockchain*, ma più in generale di registri distribuiti, sovrapponendo invero le due figure, che sono, come visto, in rapporto di genere a specie[10].

Lo *smart contract* viene, invece, definito dall'art. 8 *ter* L. 12/2019 come «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse»[11].

Anche in Francia, è stata emanata una normativa in tema di *blockchain* e *crypto assets*, la Loi 2019-486 del 22 maggio 2019 (nota come loi PACTE)[12], che fissa un quadro regolamentare per le *Initial Coin Offering* (ICO) e per l'attività dei provider di *crypto-assets*.

Anche a livello europeo, manca una disciplina normativa su *blockchain* e *smart contract*, pur a fronte di diverse iniziative come l'istituzione dell'*EU Blockchain Observatory and Forum*, dell'*International Association for Trustes Blockchain Applications* e l'*Interoperable Standards for DLT and Blockchains*.

Particolare rilievo rivestono la Risoluzione del Parlamento europeo del 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione[13], che analizza le implicazioni delle digital ledger technologies, e la proposta di Regolamento, elaborata dalla Commissione europea, sui mercati dei *crypto assets* (MiCAR)[14], alla quale ne è collegata un'altra relativa ad un regime pilota per le

infrastrutture di mercato basate sulle *distributed ledger technologies* (DLT)[15].

La proposta MiCAR qualifica i *crypto assets* come una delle principali applicazioni della *distributed ledger technology* e li definisce come «rappresentazioni digitali di valore o di diritti potenzialmente in grado di apportare vantaggi significativi sia ai partecipanti al mercato che ai consumatori».

Non è chiaro se, in tale ampia definizione, rientri la particolare figura dei *non fungible tokens*. Secondo il Report n. 7/2021, in materia di NFTs, dell'osservatorio europeo sulla *blockchain* i *non fungible token* non rientrerebbero negli obiettivi della MiCAR, in quanto quest'ultima non sarebbe riferita a *crypto asset* infungibili.

2. Profili giuridici dei *Non Fungible Tokens*

Un *token* può essere definito come un *asset* digitale creato su una *blockchain* o su un altro registro distribuito e può essere fungibile, caratterizzato dunque dalla surrogabilità con cose della stessa quantità, specie e qualità (il *tantundem*), o non fungibile, e dunque un bene unico nel suo genere che non può essere sostituito con un altro.

Le criptovalute[16], come *Ethreum* o *Bitcoin*, primo esempio di applicazione della *blockchain*[17], rappresentano un *token* fungibile, che può essere scambiato con altro di uguale specie, qualità e quantità.

Un NFT è, invece, un *token* infungibile, unico ed irripetibile, un complesso di dati informatici che non può essere sostituito con un altro. La cosa interessante è che ogni tipo di *digital asset* può essere un NFT: un disegno, un video[18], della musica[19], una gif [20], un personaggio o una *skin* di un videogioco, un *meme* o addirittura un *tweet*[21].

Il *token* digitale si sostanzia, dunque, in una serie di dati informatici che vengono registrati su una *blockchain*, comprensivi del diritto di proprietà sul *token* stesso, il che rende possibile identificare precisamente chi sia il proprietario del bene digitale.

L'NFT su *blockchain*, una volta acquistato, può poi essere scambiato sul mercato, tendenzialmente attraverso l'utilizzo delle criptovalute. L'acquirente può essere sicuro che ogni trasferimento, proprio per le caratteristiche della *blockchain* esaminate in precedenza, avviene in maniera trasparente, in quanto resta traccia di ogni passaggio di proprietà.

Certo, il file che costituisce l'essenza del non fungible token (un'immagine, un video) è, per sua natura, riproducibile all'infinito e può essere, quindi, condiviso con una molteplicità di soggetti, ma solo il proprietario del token infungibile potrà vantare diritti sullo stesso e la garanzia di autenticità del file multimediale.

Possono esserci diversi tipi di NFTs, come ad esempio gli *asset tokens*, che conferiscono un diritto specifico su un bene materiale o immateriale, gli *utility tokens*, che garantiscono un diritto di accesso esclusivo a beni o servizi su una determinata piattaforma blockchain, o i *security token*[\[22\]](#), che rappresentano la proprietà di un complesso di assets e conferiscono ai titolari diritti equiparabili a quelli degli strumenti finanziari[\[23\]](#).

I *Non fungible tokens* possono essere scambiati in tutto il mondo ed è, quindi, necessario indagare le problematiche giuridiche ad essi connesse, come ad esempio la tutela della proprietà intellettuale e i profili di diritto contrattuale, attinenti alla circolazione dei beni, alla protezione del contraente debole e alla tutela della *privacy*[\[24\]](#).

Una riflessione va fatta, inoltre, proprio sulla natura giuridica di un NFT, chiedendosi se sia possibile far rientrare un Non fungible token nel concetto classico di bene *ex art. 810 {URL} #160*; come una fattispecie negoziale complessa rappresentativa di diritti di credito o reali, oppure come un titolo di credito, inteso come evoluzione in chiave tecnologica dei titoli rappresentativi di merci *ex art. 1996 {URL}* [\[25\]](#)

3. *Non fungible tokens, smart contracts e blockchain* nel settore artistico: la *crypto art*

Nel settore artistico si sta imponendo sempre di più il nuovo fenomeno della *crypto art*, che rappresenta una vera e propria rivoluzione nel mercato dell'arte[\[26\]](#).

Per opere di *crypto art* si intendono quelle opere digitali tokenizzate su sistemi di *blockchain* che possono consistere anche in un file jpeg contenente un disegno digitale statico o dinamico.

In tale contesto, i *non fungible tokens* si sostanziano in un certificato elettronico con un codice criptato e firma dell'artista che attestano l'autenticità dell'opera.

L'opera di *crypto art*, proprio per le sue caratteristiche ontologiche, è riproducibile all'infinito e può continuare a circolare liberamente in rete ed essere condivisa con altri utenti, ma solo il titolare del *non fungible token* può vantare i diritti su di essa. Questi potrà poi rivendere l'opera (il non fungible token legato all'opera e non il copyright sulla stessa) e, ove previsto, l'autore riceve, per ogni nuova transazione, una percentuale sul prezzo di vendita.

In sostanza, una volta che il *digital artwork*, di fatto un file jpeg, viene creato e messo online, ogni utente può scaricarlo sul proprio computer, copiarlo, inviarlo, ma solo chi ha acquistato il *token* infungibile ne sarà proprietario e potrà validamente alienarlo a terzi.

Pertanto, è fuor di dubbio che la *crypto art* rientri a pieno titolo tra le opere tutelabili

dalla legge sul diritto d'autore, la L. n. 22 aprile 1941, n. 633. L'art. 1, co. 1, della predetta legge prevede, infatti, che siano protette le opere dell'ingegno «di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione», specificando al n. 4 dell'art. 2 che sono comprese nella tutela «le opere della scultura, della pittura, dell'arte del disegno, della incisione e delle arti figurative similari, compresa la scenografia».

Un'opera digitale crittografica rientra a pieno titolo tra le opere tutelabili ai sensi della citata legge sul diritto d'autore, in quanto opera senza dubbio creativa ed espressione di una «arte figurativa» o meglio «visiva»[\[27\]](#). Spetteranno al *crypto artist*, dunque, come previsto dalle disposizioni della L. n. 633/1941, oltre al diritto morale dell'opera, i diritti di sfruttamento economico dell'opera stessa.

Uno dei vantaggi della *crypto art* riguarda il fatto che lo scambio delle opere digitali è, come esaminato nei paragrafi precedenti, decentralizzato e non necessita quindi di intermediari, essendo gestito attraverso *smart contracts* su *blockchain*, che sono immutabili e trasparenti. Ciò supera non poche questioni legate al tradizionale mercato dell'arte, con particolare riguardo alle problematiche dell'intermediazione, permettendo tali nuove tecnologie la possibilità di accesso alle opere di un ampio bacino di utenti, dell'autenticità e della provenienza delle opere.

Gli NFTs non pongono, infatti, in linea teorica, problemi in relazione alla certificazione dell'autenticità e provenienza dell'opera[\[28\]](#), proprio in considerazione delle caratteristiche strutturali della blockchain sopra delineate.

Tale tecnologia garantisce, infatti, la trasparenza, la certezza delle transazioni e l'autenticità dell'opera, tema che solleva non poche problematiche giuridiche, anche in relazione alla possibilità o meno di accertamento giudiziale. La blockchain permette, inoltre, la partecipazione di qualsiasi soggetto, da ogni parte del mondo, ad un'asta *online* per l'acquisto di un'opera di arte crittografica.

Esattamente come l'arte non digitale, la *crypto art* viene, infatti, esposta in gallerie *online* con struttura *peer-to-peer*, come SuperRare, KnownOrigin e Async Art.

Proprio su quest'ultima piattaforma è stata venduta un'opera di *crypto art* per cento mila dollari: *Right Place & Right Time* di Matt Kane. Si tratta di un'opera d'arte digitale composta da 24 livelli sincronizzati con l'oscillare dei prezzi dei bitcoin nelle 24 ore precedenti. Un'opera d'arte che cambia, dunque, ogni giorno in base alla volatilità dei prezzi di Bitcoin.

Gli NFTs possono essere, tuttavia, venduti anche nel “mondo fisico”, come è accaduto di

recente con la vendita in una casa d'aste tradizionale, Christie's, dell'opera *Everydays - The Last 5000 Days* del crypto-artist Mike Winkelmann, meglio conosciuto come Beeple, già noto per la vendita del non fungible token raffigurante un Trump sconfitto alle elezioni per la cifra di 66 mila dollari – e successivamente rimesso sul mercato dall'acquirente per 666 mila dollari – qualche giorno prima che venisse comunicato il risultato delle elezioni per la Casa Bianca del 2020.

Ha destato scalpore anche il caso del Banksy bruciato: l'opera (il *Morons – white*) del noto *street artist* acquistata dalla società di *blockchain* Injective Protocol che l'ha convertita in NFT e ne ha distrutto la versione “fisica”. A seguito di tale operazione, il valore dell'opera è impennato, esattamente com'è accaduto dopo l'autodistruzione della *Girl with baloon* durante un'asta da Sotheby's, quando l'opera, appena venduta per più di un milione, ha iniziato a scivolare attraverso una trita carta controllato a distanza. L'opera, ora denominata *Love is in the Bin* è diventata ancora più preziosa per l'eccentricità del gesto.

Se, però, l'autore dell'opera può senza dubbio distruggerla, non è detto che possa liberamente farlo l'acquirente della stessa, nel rispetto della legge sul diritto d'autore. A tal riguardo, l'art. 20 della legge n. 633/1941 riserva all'autore dell'opera, indipendentemente dai diritti esclusivi di utilizzazione economica, ed anche dopo la cessione dei diritti stessi, il diritto di «rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione, ed a ogni atto a danno dell'opera stessa, che possano essere di pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione».

La disposizione non parla, dunque, di distruzione dell'opera, come anche rilevato da una delle rare sentenze che si è occupata del tema[29], tuttavia, non si ritiene possibile escludere il diritto da parte dell'artista di opporsi alla distruzione dell'opera.

A tal riguardo, il caso del Banksy bruciato è particolare, perché in seguito alla sua distruzione ad opera della Injenctive Protocol, quel *Morons-white* non esiste più nel mondo fisico, ma solo in quello digitale.

E allora l'opera può davvero dirsi distrutta o deve ritenersi semplicemente trasformata? Ci si chiede, inoltre, cosa accadrebbe nel caso di distruzione definitiva di un'opera di *crypto art*, anche in considerazione della frustrazione del diritto alle *royalties* dell'autore.

Una diversa problematica riguarda la creazione dell'opera d'arte digitale da parte dell'Intelligenza Artificiale[30], che pone questioni di diverso tipo, a partire proprio dalla tutelabilità o meno delle opere create da un'intelligenza artificiale, che, com'è noto per poter essere tutelata ai sensi della normativa italiana ed europea necessita il requisito dell'originalità, fino ad arrivare all'individuazione del titolare del diritto d'autore sull'opera in questione[31].

A tal riguardo, secondo una tesi, il titolare dei diritti morali e patrimoniali dovrebbe essere il produttore dell'Intelligenza Artificiale[32], mentre un diverso orientamento individua nell'utilizzatore il titolare dell'opera, ossia il soggetto che concretamente premerà il comando necessario per raggiungere il risultato finale e che sarà anche il proprietario dell'AI[33]. Quest'ultima ricostruzione sembra la ricostruzione più convincente e quella che si ritiene potrebbe essere utilizzata in sede normativa.

Da ultimo, è stata prospettata la riconoscibilità del diritto d'autore direttamente all'intelligenza artificiale, attribuendole personalità giuridica[34], tesi che, tuttavia, non convince, non essendo ancora ad un livello tecnologico tale da ipotizzare la personalità giuridica di un AI.

4. *Non fungible tokens, smart contracts e blockchain* nel settore moda: digital fashion, privacy ed ecosostenibilità

L'industria del *fashion* si trova attualmente a dover fronteggiare due grandi problematiche: l'elevato impatto ambientale e sociale e la sempre più diffusa contraffazione dei prodotti.

Il settore moda è riconosciuto, infatti, come uno dei più inquinanti con criticità connesse al consumo di energia, acqua, impiego di risorse non rinnovabili, produzione di rifiuti tossici e immissione nell'ambiente di agenti inquinanti[35].

A ciò si aggiungono le problematiche legate al *fast fashion*, all'internazionalizzazione della *supply chain* e alla delocalizzazione in Paesi con manodopera a basso costo, il che comporta serie implicazioni da un punto di vista etico-sociale.

Il mercato della moda ha subito, inoltre, un profondo mutamento con riguardo al moltiplicarsi delle piattaforme di *e-commerce* e all'avvento dei social media, che ricoprono attualmente un ruolo centrale nelle scelte di acquisto da parte dei consumatori.

Ciò fa sorgere una serie di problematiche relative alla tutela dei dati personali degli utenti, con riguardo, ad esempio, all'utilizzo della profilazione da parte delle imprese per orientare le scelte, suggerendo al consumatore l'acquisto di prodotti scelti per lui sulla base delle informazioni raccolte dalle piattaforme online visitate dallo stesso.

Con il mutare della coscienza sociale e l'accrescimento della sensibilità in relazione alla tutela dell'ambiente, si richiede con sempre maggiore pressione al settore moda la ricerca di prodotti e di processi più sostenibili da un punto di vista etico, con riguardo dunque al rispetto dei diritti dei lavoratori e dei consumatori, ed ambientale, con riferimento all'utilizzo di materie prime naturali, riciclate, riduzione dei consumi ed emissioni (*carbon footprint*).

L'impiego delle tecnologie *blockchain* rappresenta attualmente uno snodo cruciale per la risoluzione delle varie problematiche legate al settore del fashion.

Innanzitutto, l'utilizzo dei *Non Fungibile Token*, oltre che favorevole occasione di mercato, può essere utile per la tracciabilità e la trasparenza di un prodotto, in modo che il consumatore possa essere adeguatamente informato non solo circa l'autenticità del capo di abbigliamento, ma anche su tutti i passaggi relativi alla produzione dello stesso.

La tematica è legata a quella dei marchi e certificazioni ambientali e di sostenibilità, che consentono alle imprese di dimostrare impatto ambientale e qualità dei prodotti, di cui è un esempio Ecolabel, marchio di qualità ecologica a livello europeo, disciplinato dal Regolamento CE n. 66/2010[36], che si sostanzia in un'etichetta volontaria basata su un sistema di criteri selettivi, su base scientifica, applicabile a prodotti e servizi a basso impatto ambientale lungo il loro intero ciclo di vita, sottoposto a certificazione da parte di un ente indipendente, volto ad indirizzare imprese e consumatori verso scelte sostenibili.

In tema, diverse problematiche discendono dall'assenza di un *framework* normativo di riferimento chiaro e comprensibile operatori del settore e consumatori, i quali dovrebbero essere posti in grado di distinguere la sostenibilità effettiva dalla pratica del *greenwashing*[37].

Si riscontra, infatti, ad oggi solo un dedalo di normative e autoregolamenti di settore, che non fanno altro che aumentare la confusione degli operatori e dei consumatori[38].

Un'adeguata trasparenza, sostenuta da un chiaro quadro normativo, riveste rilievo fondamentale per lo sviluppo di un mercato della moda sempre più sostenibile e a ciò può ben contribuire l'impiego dei sistemi di *blockchain*, grazie alle delineate caratteristiche di certezza, decentralizzazione, verificabilità ed immutabilità dei dati.

Si pensi, ad esempio, allo *smart labeling*, invero già utilizzato da alcune imprese, attraverso cui il consumatore, scansionando il qr code è reso edotto di tutto il processo produttivo che ha interessato il prodotto.

Tuttavia, queste tecnologie potrebbero compromettere la tutela della *privacy* dei soggetti, come nel caso degli *smart clothes* o delle *wearable technologies*, potendo essi dialogare con altri sistemi interconnessi[39].

Proprio in considerazione della struttura particolare della *blockchain* emergono criticità giuridiche in relazione al raccordo tra tale tecnologia e il Regolamento UE 2016/679 (GDPR)[40] e il {URL} [41], con particolare riferimento all'individuazione del titolare

del trattamento dei dati e al diritto all'oblio[42].

Al di là delle problematiche legate alla riservatezza, preme evidenziare che *blockchain* e *smart contracts* potrebbero tutelare i prodotti di fashion design in maniera più efficace, arginando con più facilità i problemi legati alla contraffazione dei prodotti dei brand del lusso[43].

Con riguardo alla tutela dei prodotti del settore moda, va, infatti, ricordato che spesso è stata posta in dubbio l'applicabilità della legge sul diritto d'autore (L. 633/1941), come è accaduto ad esempio nel caso di un tessuto con un disegno particolare creato da Jean Paul Gautier, cui è stata negata tutela a titolo di diritto d'autore per mancanza di valore artistico intrinseco[44].

L'adozione delle nuove tecnologie potrebbe garantire, inoltre, un'interazione più affidabile tra operatori nella filiera produttiva e un controllo della catena di distribuzione, assicurando passaggi chiari e trasparenti ed implementando anche la possibilità di scambio e dialogo.

La *blockchain* potrebbe risultare utile anche in termini di riduzione dei costi e degli sprechi, oltre che nelle indagini di mercato, in quanto un designer ben potrebbe mettere *online* un prodotto ed avviarne la produzione solo in un secondo momento, a seconda del gradimento riscontrato, ottenendo, da un lato, una sensibile riduzione dei costi e, dall'altro, la moltiplicazione delle possibilità di vendita.

Le grandi case di moda hanno già iniziato a vendere i propri prodotti in NFTs, creando prodotti di *digital fashion* anche per i videogiochi. Si è, infatti, instaurata una vera e propria collaborazione tra il settore del fashion e dell'*online gaming*; altro settore in continua espansione e capace di muovere cifre notevoli.

Ad esempio, Louis Vuitton ha collaborato con League of Legends e creato una linea di abbigliamento digitale per vestire i personaggi degli *online game* e successivamente, sulla stessa scia, anche Burberry ha collaborato con un videogame, creando un Nft che può essere commercializzato all'interno del gioco.

Gli acquirenti di tali *asset* digitali non comprano un indumento o un accessorio moda fisico, ma la possibilità di vestire i propri avatar digitali con abiti di lusso, non solo all'interno di video giochi (*skin*)[45], ma anche nel {URL} [46], nuova realtà in potenziale espansione con cui anche il giurista dovrà confrontarsi.

Anche le case di moda si sono, dunque, lanciate nel mercato dei Non fungible token, non solo con riferimento alla versione digitale dei beni di lusso, ma in relazione agli eventi gravitanti nell'orbita del settore moda, come le sfilate online, di cui è possibile acquistare

dei frame o come la vendita, sempre da Christie's, di un NFT che consiste in un *born-digital looped* video di 4 minuti ispirato al fashion film Gucci *Aria*.

5. Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, deve osservarsi come il fenomeno dei non fungible tokens, seppur additato da alcuni come evanescente bolla passeggera, rappresenti un vero e proprio punto di svolta sia nel mercato dell'arte, sia nel settore della moda.

La crypto art ha, infatti, dato nuova spinta propulsiva alla circolazione delle opere e alla commercializzazione di nuove forme artistiche, lasciando in secondo piano l'annoso dibattito su cosa sia o non sia da considerarsi arte, con il notevole vantaggio di garantire, grazie alla tecnologia blockchain, l'autenticità dell'opera, la sicurezza di passaggi chiari e lineari, infondendo fiducia agli acquirenti.

D'altra parte, con riguardo al settore della moda, l'impiego delle tecnologie di *smart contracts* e blockchain, seppur con tutte le problematiche giuridiche che, come visto, restano ancora scoperte, assume ruolo centrale nell'ottica di una transizione *green*, obiettivo di punta delle istituzioni dell'Unione Europea, e di un impiego delle risorse sempre più sostenibile da un punto di vista etico ed ambientale.

In entrambi i settori si è assistito, dunque, ad una sorta di rinascita digitale, avvenuta peraltro - e forse non è un caso - in un periodo come quello attuale, che ha portato pesanti conseguenze sulla vita di ognuno e sui mercati.

Va, infine, rilevato come i non fungible tokens possano trovare applicazione in una molteplicità di settori (musica, cinema), rappresentando uno strumento utilizzabile, ad esempio, per la valorizzazione dei beni culturali. Si potrebbe, infatti, ipotizzare la possibilità di tokenizzare alcuni beni culturali, anche al fine di reperire risorse per una più efficace conservazione degli stessi.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Nel dibattito italiano, si segnalano P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 107 ss.; D. Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 378 ss.; D. Restuccia, *Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, p. 53; G. Finocchiaro, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss.; L. Parola, P. Merati e G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 681 ss.; A. Razzini, *Blockchain e protezione dei dati personali alla luce del nuovo regolamento europeo GDPR*, in *Cyberspazio e diritto*, 2018, p. 197, ss.; R. Moro Visconti, *La valutazione delle blockchain: Internet of value, network digitali e smart transaction*, in *Dir. ind.*, 2019, p. 301; R. Pardolesi, A. Davola, «Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, in *Foro it.*, 2019, V, c. 195 ss.; F. Di Ciommo, *Smart contract e non diritto*, in *Nuovo dir. civ. comm.*, 2019, p. 257 ss.; F. Delfini, *Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167 ss.; M. Giaccaglia, *Considerazioni su blockchain e smart contract*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 941 ss.; Id., *Vecchi e nuovi (?) paradigmi contrattuali nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in *Diritto mercato e tecnologia*, 20 maggio 2020; Id., *Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie giuridiche attuali e delle norme vigenti del codice civile italiano*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, p. 113; A. Stazi, *Automazione contrattuale e contratti intelligenti. Gli smart contracts nel diritto comparato*, Torino, 2019, spec. p. 99 ss.; E. Battelli, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 681; C. Pernice, *Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, p. 490; F. Faini, *Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informatici, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 297 ss.; I. Ferlito, «Smart Contract». Automazione contrattuale ed etica dell'algoritmo, in *Comparazione e diritto civile*, 2020, p. 661 ss.; V. Bellomia, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in *Judicium*, 2020; L. Buonanno, *La responsabilità civile nell'era delle nuove tecnologie: l'influenza della blockchain*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1618; C. Amato, *La computerizzazione del contratto (Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica)*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, p. 1259 ss.; M. Maugeri, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, *passim*; Id., *Smart contracts*, in *Enc. dir.*, cit., p. 1132 ss.

[2] La *digital ledger technology* (DLT) è concetto più ampio di quello di *blockchain*.

[3] In tema di blockchain e attività notarile, M. Manente, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, *Notariato*, 2016, p. 211 ss.; D. Restuccia, *Il notaio nel terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, p. 53; M. Nastri, *Registri sussidiari, blockchain #notaio oltre la lezione di carnellutti?*, in *Notariato*, 2017, p. 369 ss.; M. Krogh, *Transazioni in valute virtuali e rischi di riciclaggio. Il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, p. 155 ss.; C. Licini, *Il notaio nell'era digitale: riflessioni giu-economiche*, in *Notariato*, 2018, p. 142; U. Bechini, *Il notaio digitale. Dalla firma alla blockchain*, Milano, 2019, p. 153. Sulla particolare figura della notarchain, v. E. Damiani, *Blockchain Application in General Private Law: the Notarchain Case*, in *Legal Technology Transformation. A Practical Assessment*, a cura di A. Caligiuri, Napoli, 2021, p. 229.

[4] L'espressione *smart contract* è stata coniata da Nick Szabo, secondo il quale «a smart contract is a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of smart contract design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and even enforcement), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries. Related economic goals include lowering fraud loss, arbitration and enforcement costs, and other transaction costs». Individuava tra gli esempi di *crude smart contracts* «POS terminals and cards, EDI, and agoric allocation of public network bandwidth», in *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Market*, 1996, in {URL}.

[5] Anche prima dell'avvento degli *smart contracts*, il tema dell'esecuzione automatizzata del contratto era oggetto di riflessione dottrinale. Ne parlava già A. Cicu, *Gli automi nel diritto privato*, Milano, 1901. V anche Galizia, *I contratti automatici e la loro interpretazione*, Lapi, 1910. Si vedano anche N. Irti, *Scambi senza*

accordo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 525 ss.

[6] P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale*, cit., p. 111.

[7] L. Parola, P. Merati e G. Gavotti, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 685.

[8] M. Maugeri, *Smart contracts*, cit., p. 1142.

[9] In arg., v. G. Remotti, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive d'indagine (commento all'art. 8 ter {URL})*, in *Oss. dir. civ.*, 2020, p. 189 ss.; C. Pernice, *Distributed ledger technology blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, cit., p. 490; M. Maugeri, *Smart contracts*, cit., p. 1139 s.; S. Rigazio, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2021, p. 369.

[10] In arg., S. Rigazio, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019*, p. 369.

[11] Si prevede inoltre che «Gli smart contracts soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» (comma 2) e che «La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'art. 41 del Reg. UE n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014». Infine, il quarto comma dell'art. 8 *ter*, stabilisce che, ai fini della produzione dell'effetto della validazione temporale di cui al comma precedente, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, l'Agid è chiamata ad individuare gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere.

[12] Acronimo di Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. In tema, A. Berruto, *La nuova disciplina francese dei cryptoasset: un imperfetto tentativo regolatorio?* in {URL} . Più in generale su blockchain e smart contracts nell'ordinamento francese, v. D. Drillon, *La révolution blockchain. La redéfinition des tiers confiance*, in *RTD. Com.*, 2016, p. 893; G. Guerlin, *Considérations sur les smart contracts*, in *Recueil Dalloz, IP/IT* 2017, p. 512 ss.; T. Douville, *Blockchain et protection des données à caractère personnel*, in *AJ Contrat*, 2019, p. 316 ss.; G. Cattalano, *Smart contracts et droit des contrats*, in *AJ Contrat*, 2019, p. 321 ss.

[13] Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e *blockchain*: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)).

[14] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2020) 593 final del 24 settembre 2020. In arg., F. Annunziata, *Verso una disciplina europea delle crypto-attività- Riflessioni a margine della recente proposta della commissione UE.*, in {URL} , 15 ottobre 2020.

[15] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology, COM(2020)594 final del 24 settembre 2020.

[16] In arg., G. Gasparri, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf. e informatica*, 2015, p. 415 ss.; N. Vardi, «Criptovalute» e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei bitcoin, *Dir. inf. e informatica*, 2015, p. 443 ss.; M. Miccoli, *Bitcoin fra bolla speculativa e controllo antiriciclaggio*, in *Notariato*, 2018, p. 151 ss.; R. Razzante, *Bitcoin: tra diritto e legislazione*, in *Notariato*, 2018, p. 383; C. Pernice, *La controversa natura giuridica di Bitcoin: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 333; M. Cian, *La criptovaluta – alle radici dell'idea giuridica di denaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 315 ss.; A. Caloni, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 159; G. Arcella e M. Manente, *Le criptovalute e le loro contraddizioni: tra rischi di opacità e di eccessiva trasparenza*, in *Notariato*, 2020, p. 23; G. Donadio, *Dalla “nota di banco” all'informazione via Blockchain: profili civilistici e problemi applicativi della criptovaluta*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 173 ss.; A. Pisani Massamormile, *Notarelle pessimistiche sui bitcoin*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 465 ss.

[17] Criptovaluta lanciata dallo sviluppatore (o gruppo di sviluppatori) noto con lo pseudonimo di Satoshi Nakamoto, cfr., S. Nakamoto, *Bitcoin: a Peer-to-Peer Electronic Cash System*, in {URL} Altro esempio di criptovaluta è Ethereum.

[18] Ad esempio, su NBA Top Shot vengono venduti brevi video di partite di basket

- [19] Si pensi al progetto *NFT Yourself* dei Kings of Leon o al progetto *Music Is Art* di Boosta e Žeželj.
- [20] Ad esempio, la celebre gif di Nyan Cat di Chris Torres è stata venduta per quasi 600 mila dollari (300 Ethereum).
- [21] Il primo *tweet* di Jack Dorsey «*just setting up my twttr*» (del 21 marzo 2006) è stato venduto per 2,9 milioni di dollari.
- [22] In arg., N. De Luca, *Documentazione crittografica e circolazione della ricchezza assente*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 101 ss.
- [23] *EuBlockchain Observatory and forum Report*, 2021, p. 2, reperibile in {URL}
- [24] Sul diritto alla privacy, v. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, 1995; Id., *Riservatezza*, *Enc. It. Treccani*, VII Appendice, 2007, (ora ripubblicata da Treccani, 2020) ove l'A. osserva che «Al posto di riservatezza, nel linguaggio corrente si adopera ormai comunemente la parola privacy e in quello giuridico l'espressione protezione dei dati personali. Non si tratta di una semplice questione formale. La nuova dimensione tecnologica ha fatto sì che con il termine riservatezza si indichino sempre più frequentemente casi che prospettano una esigenza di tutela dell'intimità, mentre privacy e protezione dei dati personali individuano situazioni più complesse, che rinviano a forme generali di tutela della sfera privata e delle varie libertà a questa connesse. Le modalità di protezione delle informazioni personali, il potere di controllo sui dati che ci riguardano, sono venuti a costituire un elemento della stessa cittadinanza». V. anche Id., *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 342, «La libertà in rete, tuttavia, non vale solo contro l'invasione degli Stati, ma si proietta anche verso i nuovi «signori dell'informazione» che, attraverso le gigantesche raccolte di dati, governano le nostre vite. Di fronte a tutto questo la parola «privacy» evoca non solo un bisogno d'intimità, ma sintetizza le libertà che ci appartengono nel mondo nuovo dove ormai viviamo». Sul diritto alla riservatezza, v. anche P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, pp. 198 ss.
- [25] P. Carrière, *La cripto-arte e i non fungible tokens (NFTs): tentativi di inquadramento giuridico*, in {URL}, 2021.
- [26] In tema di *blockchain* e arte, v. G. Frezza, *Opere d'arte e diritto all'autenticazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1734 ss.; Id., *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019; A. Donati, Autenticità, Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 987 ss.; S. Cherti, *L'acquisto di arte moderna e contemporanea*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 50 ss.; B. Mastropietro, *Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 556 ss.; P. Virgadamo, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1478 ss.; {URL} *L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1588 ss.; A. Barengi, *L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1093 ss.; G. Magri, *La blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?* in *Aedon*, 2/2019; E. Damiani, *Questioni in tema di diritto della circolazione delle opere d'arte: i casi de Chirico*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo*, 2020, p. 93 ss.; R. Moro Visconti, *La valutazione dell'arte digitale*, in *Dir. ind.*, 2021, p. 472.
- [27] F. Benatti, *La Street Art musealizzata tra diritto d'autore e diritto di proprietà*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 781 ss.
- [28] Occorre, tuttavia, menzionare il caso di un collezionista di NFT, probabilmente vittima di truffa da parte di un *hacker*, che ha acquistato ad un'asta online un'opera che credeva di Banksy, tratto in inganno da un *link* che rimandava al sito dell'artista.
- [29] App. Bologna, 13 marzo 1997, in *Dir. Ind.*, 1997, p. 901, secondo la quale il diritto morale d'autore non si estende al punto di poter impedire la distruzione dell'opera ceduta, essendo l'art. 20 {URL}
- [30] Con riferimento al più ampio tema della responsabilità dell'Intelligenza artificiale, v. U. Ruffolo, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1657 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017; C. Laenza, *Intelligenza artificiale e diritto: Ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 1011. Riguardo, invece, alla tematica della protezione dei dati personali e AI, G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1670 ss. In tema di Intelligenza Artificiale, occorre segnalare la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, del 21 aprile 2021, reperibile sul sito

{URL}, che definisce l'IA come «una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali».

[31] In arg., G. Sena, *Intelligenza artificiale, opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale e intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2020, p. 325; N. Muciaccia, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 761.

[32] V., P. Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 1986, 1185 ss.; M. Miernicki e I. Ng (Huang Ying), *Artificial Intelligence and Moral Rights*, in *AI and Society*, 2020, p. 319 ss.

[33] S. Guizzardi, *La protezione d'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'Intelligenza Artificiale*, in *AIDA*, 2018, p. 59 ss.

[34] Critico sul punto, N. Muciaccia, *Diritti connessi e tutela delle opere dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 761. In arg. v. G. Sartor, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 465.

[35] V. Jacometti, *Diritto e moda sostenibile tra iniziative legislative e iniziative volontarie*, in *Fashion Law*, a cura di B. Pozzo e V. Jacometti, Milano, 2016, p. 341 ss.; Id., *Circular economy and waste in the fashion industry*, in *New Frontiers of Fashion Law*, a cura di {URL} *Slow fashion in a fast fashion world: promoting sustainability and responsibility*, in *New Frontiers of Fashion Law*, cit., p. 47 ss.

[36] Ecolabel è stato istituito nel 1992 dal Regolamento (CEE) n. 880/1992 ed è oggi disciplinato dal R. (CE) n. 66/2010, come modificato dal R. (EU) n. 782/2013. Ecolabel UE ha le caratteristiche di un marchio volontario di tipo I (norma ISO 14024 – Etichettatura ambientale di tipo I). In Italia sono state introdotte anche agevolazioni e incentivi per gli operatori del settore che si dotano del marchio Ecolabel UE, come la L. n. 221/2015, contenente disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali.

[37] Il *greenwashing* si sostanzia nel green marketing adottato da un'impresa senza che i prodotti o il processo produttivo siano legati a reali pratiche ecostenibili.

[38] V. Jacometti, *Diritto e moda sostenibile tra iniziative legislative e iniziative volontarie*, cit., p. 352 ss.

[39] G. Ziccardi, *Wearable Technologies and smart clothes in the fashion business: some issues Concerning cybersecurity and data protection*, in *New Frontiers of Fashion Law*, a cura di {URL}

[40] Su cui cfr. *ex multis* P. Perlingieri, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, cit., p. 481 ss.; E. Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, cit., p. 106 ss.; D. Poletti, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018; V. Cuffaro, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati*, in *Trattamento dei dati personali e Regolamento UE n. 2016/679*, in *Corr. giur. (Speciali digitali)*, 2018, p. 2 ss.; F. Piraino, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2107, p. 369 ss.

[41] F. Faini, *Blockchain e diritto: la catena del valore tra documenti informativi, smart contracts e data protection*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 297.

[42] Su cui, Cfr. M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009, p. 81, secondo cui il diritto all'oblio sarebbe «una situazione soggettiva con il corpus del diritto all'identità personale ma con l'anima della privacy». V. anche F. Di Ciommo, *Quel che il diritto non dice. Diritto e oblio*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 1101; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 404 ss.; S. Morelli, *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, p. 848 ss.; L. Rattin, *Il diritto all'oblio*, in *Arch. civ.*, 2000, p. 1069; E. Gabrielli, *Il diritto all'oblio (Atti del convegno di studi del 17 maggio 1997)*, Napoli, 1999; P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)*, in *Foro it.*, 1998, I, p. 1835; S. Morelli, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del cd "diritto all'oblio")*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 515. In tema di diritto all'oblio e GDPR, v. F. Di Ciommo, *Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali*, in *Foro it.*, 2017, V, 315; Id., *Il diritto all'oblio nel Regolamento (UE) 2016/679. Ovvero, di un "tratto di penna del legislatore" che non manda al macero alcunché*, in *Corr. Giur.*, 2018, p. 16; Id., *Privacy in Europe After Regulation (EU) No 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten?*, in *The Italian Law Journal*, 2017, p. 623; S. Bonavita - R. Pardolesi, *GDPR e diritto alla cancellazione (oblio)*, in *Danno e resp.*, 2018, 269.

[43] In arg., con riferimento alla legislazione statunitense, S. Yanisky Ravid e G. Monroy, *When blockchain meets fashion design: can smart contracts cure intellectual property protection deficiency?*, in {URL} , aprile 2020.

[44] Trib. Bologna, 30 marzo 2009, in {URL} . In tema, v. A. Maietta, *Il diritto della moda: aspetti generali*, Torino, 2019, p. 10 ss.

[45] Ad esempio all'interno del noto videogioco Fortnite è possibile acquistare delle *skin* a marchio Balenciaga. All'interno del gioco è stato anche aperto uno store virtuale della casa di moda parigina.

[46] Il Gruppo Facebook ha annunciato la creazione di un Metaverso privato in cui gli utenti potranno interagire tra loro tramite avatar digitali. Anche Microsoft ha parlato di un progetto di metaverso e della possibilità per gli utenti di zoom di partecipare alle riunioni online tramite un alter ego digitale.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7805>

L'APPLICAZIONE DELLE TECNOLOGIE SMART CONTRACT E BLOCKCHAIN AL SETTORE AGRIFOOD: PROFILI INNOVATIVI E CRITICITÀ

Il presente contributo mira ad analizzare i rapporti tra il diritto e lo sviluppo delle tecnologie. Invero, in una società in continua evoluzione, è auspicabile che il diritto tenga il passo con il naturale progresso sociale e predisponga istituti flessibili, capaci di adattarsi al mondo delle tecnologie. Nello specifico, dunque, si analizzerà il diffondersi dei cc.dd. smart contracts, la loro natura giuridica e la possibilità di utilizzo, in particolare in un settore delicato quale quello dell'industria alimentare. Il paper esaminerà anche i profili di criticità che sono emersi in materia, in particolar modo il rapporto tra la disciplina in materia di dati personali.

autore **Michele Di Cillo**



Abstract ENG

This paper aims to analyzing the relationship between law and technological development. Indeed, within an ever-changing society, it would be desirable for the law to evolve at the same rate as the social progress, while formulating flexible legal arrangements, suitable to be adapted to developing technologies. In particular, hence, this work will investigate the spreading of the so called "smart-contracts", together with a closer focus on a vital sector of our economies such as the food industry. Finally, this paper will also examine the critical points which arose around this subject, with a closer look to the management of sensible, personal data.

Sommario: 1. Introduzione e stato dell'arte; 2. L'interazione tra *blockchain* e *smart contract*; 3. La qualificazione giuridica degli *smart contract*; 4. La compatibilità con la disciplina *GDPR*; 5. Conclusioni.

1. Introduzione e stato dell'arte

Il punto di partenza per la spiegazione del presente contributo deve essere il pensiero del sociologo tedesco Ulrich Beck e della sua concezione di "società del rischio", contrapposta a "società industriale"^[1].

Nonostante il suo interesse per il diritto agroalimentare sia limitato agli OGM, proprio dalla modificazione genetica di tali alimenti il sociologo prende spunto per affrontare il

problema relativo alla conoscenza che i consumatori hanno della produzione e distribuzione degli stessi.

Il tema richiede una duplice analisi: da una parte, con riferimento al momento della circolazione del sapere scientifico e, dall'altra, la positivizzazione del sapere, secondo cui il legislatore ha comparato interessi contrapposti ed è riuscito a scegliere grado ed intensità di protezione dai rischi. Questo secondo aspetto è il motore che ha ispirato la redazione del presente contributo.

Invero, il complesso apparato normativo determina un assetto di tutele fondato su una diagnosi dei pericoli per la salute dei consumatori di determinati alimenti, prescrive obblighi di trasparenza e impone la tracciabilità di tutta la filiera produttiva affinché il consumatore sappia dove ha origine ogni materia prima che ha contribuito al bene finale.

Si pensi, ad esempio, al Reg. UE 1169/11, {URL} #160;*Food Information Regulation* che, sulla scia di quanto già positivizzato dalla {URL} (dir. 2003/89/CE), prescrive l'indicazione sulle etichette della presenza di una o più tra le 14 categorie di sostanze e ingredienti allergenici di cui al suo Allegato II della stessa.

L'obiettivo dovrebbe essere quello di scegliere con consapevolezza come nutrirsi. Così argomentando, è sul consumatore che viene traslato il rischio di aver portato sulla propria tavola un cibo anziché un altro, seppur le opzioni d'acquisto siano filtrate dalle scelte legislative compiute dalle istituzioni che, a monte, hanno predeterminato i "canoni di legalità" dei prodotti in vendita.

Proprio con riferimento al Regolamento summenzionato, infatti, sorgono notevoli dubbi sul puntuale rispetto delle prescrizioni ivi contenute, giacché in fase di etichettatura degli alimenti si predilige l'utilizzo di nomi alimentari più generici - se non difforni - rispetto a quelli indicati in direttiva: a mero titolo esemplificativo, è il caso di evidenziare come alcuni produttori siano propensi a far riferimento alla "frutta secca" anziché chiarire quale specifico tipo di frutta secca sia contenuta nel prodotto o nello stabilimento di produzioni di altri prodotti, ovvero ancora della generale espressione "può contenere glutine", con la quale il produttore realizza una forma di esenzione di responsabilità, gravando però il consumatore delle conseguenze derivanti da un "incauto" acquisto.

Il rischio tipizzato da Beck e riconosciuto anche da diversi giuristi[2] si manifesta con più intensità in settori caratterizzati dalla necessità di tutelare i beni indispensabili per la vita dell'uomo, quali l'ambiente[3] e l'alimentazione.

Il quadro, poi, assume contorni meno definiti se si considera la gerarchia e la stratificazione normativa del nostro ordinamento, ove alle fonti interne si aggiungono quelle di derivazione unionale.

Ebbene, nel rispetto dei principi derivanti dai trattati, primo tra tutti il principio di attribuzione delle competenze, il nostro ordinamento è tenuto ad adempiere agli obblighi

imposti dalle istituzioni europee, soprattutto nella delicata materia alimentare. Ad oggi, una delle primarie fonti in materia è il regolamento (CE) n. 178/2002[4], che definisce il rischio[5] ed elabora una distinzione tra pericolo e rischio, di volta in volta identificabile.

Invero, l'art. 3 della citata fonte sovranazionale, definisce il rischio come "funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo"; specifica, poi, che per "pericolo" si intende un agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute". La correlazione tra il pericolo ed il rischio non viene predeterminata a monte ma viene incasellata in due definizioni elastiche quanto basta per permettere una piena tutela in una materia assai delicata, in considerazione delle ripercussioni sulla salute e sulla società.

Successivamente, con il regolamento (UE) 2017/625, dalla dottrina[6] qualificato come il “Regolamento della complessità e della globalizzazione”, la materia si è perfezionata grazie ad un sistema di controlli.

È necessario, dunque, uno sfruttamento congiunto dei moderni strumenti tecnologici ed informatici frutto della modernità, sia per il rispetto delle prescrizioni imposte dai legislatori sia per il benefico utilizzo di istituti giuridici che la prassi commerciale ha fatto emergere. La materia che permette un efficace raggiungimento di questo rapporto simbiotico è proprio il diritto agroalimentare.

La *conditio sine qua non* affinché ciò accada è la capacità di integrare strumenti online e offline in una logica in cui l'individuo agisca da sostegno e propulsore per l'altro. Proprio perché “il tempo trasforma il diritto”[7], l'introduzione delle nuove tecnologie apre in sostanza praterie di opportunità, che occorre opportunamente regolamentare.[8]

Sebbene gli *smart contracts* e la piattaforma *blockchain* – nell'utilizzo congiunto ma non imprescindibile - abbiano già beneficiato di un terreno fertile in ambito assicurativo e bancario, nonché in materia di rimborsi automatici per cancellazioni e ritardi dei voli, la massima produttività può raggiungersi proprio nello studio in oggetto, come ampiamente si mostrerà nel prosieguo.

L'adozione di contratti “intelligenti”, inseriti in un contesto meccanizzato quale quello della catena automatizzata e condivisa, può essere lo strumento di trasparenza, qualità e sostenibilità di cui ha bisogno l'industria agroalimentare, in cui vi è una pluralità dei soggetti coinvolti ed alta è la posta in gioco, tanto sul piano economico quanto su quello della salute.

Uno strumento così innovativo trascina dietro anche profili di criticità, poiché la

condivisione in una rete comune di dati e informazioni sensibili dovrà necessariamente scontrarsi con la normativa in materia di dati personali e con il rispetto di tutte le previsioni codicistiche in materia contrattuale.

Se, da una parte, l'ordinamento ha riconosciuto la validità di questi contratti, dall'altro non ha dato il giusto peso ad alcuni tratti peculiari in materia, quale ad esempio l'impossibilità di determinare il luogo di esecuzione di questi contratti "virtuali".

In ultimo, non meno rilevante è il mutamento del ruolo del consumatore – quale destinatario finale del prodotto – che, a seguito dell'aumento degli obblighi di informazione a carico dei produttori, viene gravato dell'onere di essere correttamente edotto su tutti i dati messi a sua disposizione. In altri termini, come correttamente affermato in dottrina, la "cronica debolezza" dell'acquirente cesserebbe di essere aprioristicamente forma di responsabilità per il soggetto forte del rapporto contrattuale e lascerebbe spazio alla identificazione di una forma di "responsabilità da ignoranza"^[9].

Questi, infatti, una volta compiuta la propria scelta sulla base delle informazioni ricevute nei modi prescritti dalla legge, assumerà su di sé il rischio dell'alimento acquistato.

2. L'interazione tra *blockchain* e *smart contracts*

Nel 1994, l'informatico Nick Szaboteorizzò i {URL} *smart contracts*, definendoli "*a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract*"^[10], cioè un contratto eseguito automaticamente attraverso l'inserimento in un computer dei dati necessari. Più che beneficiare di tale qualifica, il contratto era ridotto ad una mera operazione automatizzata, impedendo sì i problemi relativi ad inadempimenti e ritardi ma lasciando un'alea di rischio "errore", che anche le macchine più precise possono commettere.

L'anno successivo, Szabo modificò la precedente definizione e offrì una versione più specifica del contratto^[11], per poi formularne una terza nel lavoro "*Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*" del 1996, per cui "*is a set of promises, specified in digital form, including protocol swithin which the parties perform on these promises*" ovvero sia un insieme di promesse, sotto forma digitale, incluso il protocollo all'interno del quale le parti adempiono a tali promesse.

Gli *smart contract*, dunque, nascono come software per automatizzare l'esecuzione di obbligazioni contrattuali: automatismi informatici sviluppati con apposito linguaggio di programmazione su un protocollo informatico che ne permette il funzionamento.

Il legislatore impiegherà ben oltre due decenni per fornire una definizione ed una collocazione giuridica all'istituto, che nel frattempo aveva preso piede nel mondo

commerciale, seppur limitatamente ad alcuni settori ad alta densità di operazioni: bancario e assicurativo.

Con l'art. 8-ter, comma 2, {URL}

"un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".

Il primo problema derivante da questo intervento del legislatore, peraltro assai tempestivo - se paragonato all'inerzia degli altri Paesi - è nella definizione legislativa prescelta per lo strumento, posto che si riferisce al contratto intelligente come ad un programma che vincola le parti, lasciando erroneamente intendere che il vincolo sia conseguenza dell'esistenza del programma e non del principio consensualistico alla base dell'incontro di volontà.

Linee guida che, inutile sottolinearlo, non sono state tempestivamente fornite e che hanno interrogato gli operatori di diritto circa la convenienza ad utilizzare uno strumento non compiutamente disciplinato. In realtà, le parti hanno raggiunto un accordo per permettere a qualcosa di esterno alla loro volontà materiale di eseguire un contratto, in modo automatico (leggere: intelligente) ed immutabile. Ciò su cui le parti non hanno più potere di intervento è l'esecuzione del contratto.

Semmai, a voler ritenere che il legislatore abbia utilizzato il termine "esecuzione" in maniera assai più tecnica di quanto immaginato, dovremmo affermare che l'esecuzione cui fa riferimento non è quella del contratto bensì l'esecuzione del programma di elaborazione, ragion per cui una volta avviato non si potrà più interrompere. Prima di tale momento, non esisterebbe alcun vincolo tra le parti.

Questa interpretazione, per quanto compatibile con i contratti reali – che, appunto, si perfezionano solo con la consegna della cosa, che qui sarebbe rappresentata dall'esecuzione del programma – appare assai forzata.

Questi contratti intelligenti, come avremo modo di evidenziare a breve, potrebbero essere considerati dei contratti tradizionali, espressione del più ampio principio della libertà contrattuale o essere meri strumenti di esecuzione del contratto.

L'incontro tra *smart contract* e la tecnologia *blockchain* avviene con la creazione di una

piattaforma, ad opera di Vitalik Buterin, il quale immagina i due sistemi funzionare in modo sinergico, creando un legame indissolubile tra la condivisione in rete di informazioni e l'automatizzazione nell'esecuzione.

La tecnologia *blockchain* rappresenta un mezzo per garantire la permanenza delle registrazioni dei dati e facilitare lo scambio di informazioni tra i molteplici soggetti coinvolti nella “catena di produzione alimentare”. La prima conseguenza di siffatto sistema sarebbe la totale trasparenza delle operazioni, affidata a sistemi informatizzati – seppur a loro volta gestiti da esseri umani – che operano in automatico e a cui rivolgersi per ottenere le informazioni essenziali in materia, velocizzando la filiera e assicurando il rispetto di tutte le normative.

Un'ulteriore conseguenza potrebbe ravvisarsi nel potenziamento del ruolo dei soggetti che danno impulso alla filiera, primi fra tutti i fornitori di fertilizzanti e semi, o i piccoli agricoltori, che potrebbero inserire le loro merci direttamente nel sistema, senza ricorrere a grossisti e intermediari, con notevole rideterminazione del prezzo a cui offrire i loro prodotti.

Dunque, per comprendere con chiarezza il sistema, è bene esaminare la molteplicità dei soggetti coinvolti: i produttori della merce, che a livello embrionale sono quasi sempre piccoli coltivatori; i commercianti, esportatori o importatori; le aziende di logistica che curano materialmente lo spostamento e la conservazione dei prodotti; i fornitori di servizi finanziari e i fornitori delle certificazioni necessarie tra i vari passaggi della filiera; le autorità di vigilanza.

Il produttore deve comunicare al commerciante o al grossista il luogo di origine del prodotto, le modalità di ottenimento e di conservazione. Si pensi alle uova, al latte, alla farina, a tutte le materie essenziali per la realizzazione del prodotto finale.

La materia prima necessaria a realizzare il bene da destinare alla vendita verrà inserita in un sistema digitale contenente non solo le specifiche tecniche ma i controlli a cui è stata sottoposta.

Dopo aver elaborato i prodotti alimentari, le società di raffinazione devono offrire gli stessi ai grossisti, i quali, di nuovo, potrebbero iniziare a fare offerte tramite *smart contract*.

Una volta che le aziende di trasformazione alimentare avranno accettato l'offerta, queste trasporteranno i prodotti alimentari trasformati ai grossisti e aggiorneranno i dettagli del trasporto sulla Blockchain.

Il grossista potrebbe quindi assumere fornitori di servizi logistici per distribuire gli articoli ai diversi rivenditori al dettaglio che siano dotati delle relative applicazioni,

permettendo di mantenere gli alimenti al sicuro sotto temperatura controllata. La stessa temperatura verrebbe controllata di volta in volta, anche in base alla posizione del vettore.

Tutti i partecipanti a questa catena formata da contratti "intelligenti" avranno libero accesso ai dati inseriti: il negozio che ha ricevuto la merce attraverso una azienda di logistica saprà quali materie prime sono state utilizzate, da chi sono state prodotte, chi ha assemblato in prodotto finale e in quale località.

Dopo aver ricevuto gli alimenti dagli agricoltori, le raffinerie o le aziende di trasformazione alimentare potranno ricorrere al medesimo strumento per formulare un'offerta. Una volta accettata, le operazioni e le informazioni relative ai prodotti verrebbero automaticamente archiviate e sarebbero a disposizione degli altri attori, delle autorità di controllo e degli enti certificatori.

Il soggetto a cui il prodotto finale è destinato avrà tutti gli strumenti per acquistare in modo cosciente il prodotto e, come accennato, graverà su di lui la responsabilità per un acquisto incauto, se tutte le normative sono state rispettate ed il sistema delineato sino ad ora non ha subito alterazioni o falsificazioni.

Allo stesso modo, sia nel corso delle operazioni, sia quando il prodotto finito è immesso sul mercato, le autorità pubbliche preposte alla verifica del rispetto dei requisiti *ex lege* imposti potranno compiere le verifiche ispettive sul costo e sulla quantità delle colture, visualizzando i registri digitali archiviati nella catena.

Considerato lo stato dell'arte, le più importanti aree di applicazione degli *smart contract* al settore "*agrifood*" sono, in primo luogo, la possibilità di registrare aziende, animali, prodotti generati, impianti e tutte le transazioni compiute; il monitoraggio ed il tracciamento di prodotti con attributi di credibilità, intendendosi per tale la qualità che non è *icto oculi* ravvisabile dal consumatore finale; in secondo luogo, il trasferimento di certificati di importazione ed esportazione e la possibilità di creare una automatizzazione dei processi di business attivati da transazioni condizionate.

3. La qualificazione giuridica degli *smart contract*

Nel corso dei secoli, il diritto ha lasciato che la società e l'evoluzione lo mutassero[12]. In questo contesto, un ruolo chiave è stato rivestito dal contratto.

Quest'ultimo, invero, sebbene gli articoli del Codice civile che lo disciplinano siano rimasti pressoché immutati, è passato dall'essere "analogico" ad essere "informatico"[13] tanto da trasformare l'accordo di cui all'art. 1321 {URL} #160;

Ad oggi, ampiamente dibattuta è in dottrina la riconducibilità o meno nell'area del contratto degli *smart contracts*.

In disparte l'atteggiamento propositivo e semplicistico di quella parte di dottrina che ritiene di poter rispondere affermativamente alla domanda, semplicemente evidenziando la necessità di una disciplina normativa chiara e ben definita[14], vi è una fetta più consistente di dottrina che distingue tra *smart contract* e *legale smart contracts*, a seconda che il codice informatico venga usato come strumento di esecuzione di un contratto già in essere tra le parti o come strumento di accordo, costitutivo del contratto stesso. Sicché si potrebbe affermare che, in almeno una delle due ipotesi, oltre a non costituire una nuova tipologia di contratto, uno smart contract si può ritenere concluso, in ossequio al principio consensualistico, con l'incontro delle volontà delle parti[15].

Ed allora nessuna eccezione potrà opporsi all'assunto per cui, nel caso di specie, le parti avranno in precedenza manifestato il consenso in altre forme ed il contratto intelligente assume la veste di "contenitore" della loro volontà.

Diverso è il caso in cui le parti abbiano intenzione di far incontrare le loro manifestazioni di volontà direttamente per tramite dello strumento informatico, poiché in tal caso si tratterà di un "canale per la conclusione"[16] e la disciplina contrattuale applicabile non sarà la norma contenuta nell'art. 1326 {URL} [17].

Invero, il proponente si rivolge ad un pubblico indeterminato ed indistinto di soggetti, attraverso una proposta contrattuale che contenga tutti i requisiti essenziali *ex lege* previsti. Si pensi, a titolo esemplificativo, al produttore di mangimi che offre il proprio prodotto ad una massa indistinta di agricoltori ovvero al vettore specializzato in trasporto di merce a basse temperature che offre i suoi servizi.

In tali ipotesi, il contraente accettante valuta la convenienza della proposta trasmessa tramite gli strumenti informatici in esame e rende nota la propria adesione con la medesima modalità.

Orbene, così tracciate – seppur sommariamente – le note distintive tra modalità di esecuzione e modalità di conclusione del contratto, sono immediatamente ravvisabili le avversità di parte di dottrina nel ritenere che una modalità di esecuzione del contratto sia *ex se* come contratto, e per di più "intelligente".

Meno problematico è il riconoscimento di un nuovo modo di concludere accordi, che sfruttando un sistema a catena e una rete può agevolare l'incontro tra volontà e prevenire inadempimenti contrattuali.

La standardizzazione nell'uso degli smart contracts potrebbe consentire di affrontare nuove sfide economiche. In primo luogo, permettere il rafforzamento del ruolo

"marginale" di tutti i piccoli agricoltori e i soggetti che, nella filiera produttiva alimentare, rappresentano un ruolo di passaggio ma ugualmente centrale.

In secondo luogo, l'obiettivo concreto di ridurre l'inadempimento contrattuale, grazie al meccanismo di automazione nell'esecuzione delle obbligazioni, gioverebbe anche ai traffici economici. Si pensi, sempre a titolo meramente esemplificativo, alle tutele che questa automazione ha determinato in piattaforme oggi molto diffuse come *Air Bnb* per gli alloggi a breve termine, *Auting* per il noleggio di autovetture da privati o *Chrono24* per l'acquisto di orologi di lusso di seconda mano. In tutte queste piattaforme, infatti, il sistema protegge l'acquirente - ed il venditore - fungendo da tramite ed attivando il pagamento nei confronti del venditore solo quando si ha la certezza della consegna della merce, della restituzione dell'autovettura o del buono stato dell'immobile dopo il rilascio.

Nella "neonata" piattaforma *Auting*, l'*owner* mette a disposizione del *driver* un'automobile. Il secondo pagherà direttamente al sito il costo del servizio e le somme verranno corrisposte all'*owner* solo a noleggio concluso. Oltre a fornire assicurazione per la responsabilità civile, per danni e furto dell'autovettura, il sito seguirà le parti per eventuali problemi sorti dopo i rispettivi adempimenti del contratto-base, quali ad esempio la ricezione ed il pagamento di sanzioni amministrative.

4. La compatibilità con la normativa *GDPR*

Così come è stato per l'introduzione dell'istituto della *class action*, di cui la dottrina auspicava un rapido *restyling* e che ha reso necessario più di un intervento legislativo, anche per l'applicazione dei contratti intelligenti tramite piattaforma *blockchain* al settore *agrifood* è richiesto un atteggiamento critico nei confronti dei problemi applicativi emersi nella prassi, tra cui, oltre al {URL}

In primo luogo, con riferimento al rischio di frode, l'era inaugurata dalla nuova industria, definita "industria {URL} #160; [18] - dove le parole d'ordine sono proprio 'tracciabilità' e 'trasparenza' - sembrerebbe in grado di far compiere ogni adempimento necessario alla riduzione del 'rischio alimentare'. Non è infrequente, però, che taluno ponga in essere incaute attività produttive, che prediligano una facile monetizzazione a danno della sicurezza alimentare (si pensi ai trasporti, al mantenimento delle temperature, all'etichettatura come "biologico" di prodotti che non potrebbero essere qualificati tali).

E infatti, dietro le macchine virtuali, i sistemi informatici e lo scambio di dati alla base del meccanismo in esame esiste sempre l'opera materiale dell'uomo che provvedere a tali inserimenti. Se, da un lato, l'ampia diffusione di suddetti strumenti può portare a penetranti e incrociati controlli, dall'altro, la mera esistenza di autorità di controllo è *ex se* sintomatica della necessità di verificare che i dati inseriti corrispondano al vero.

Dunque, ciò che risulta difficile immaginare e che richiede approfondimenti è in che modo si possa impedire che qualcuno manometta il sistema.

In secondo luogo, il problema di maggiore consistenza è nel rapporto con la disciplina in materia di garanzia dei dati personali. Invero, alla base del corretto funzionamento della *blockchain* vi è l'ontologica immutabilità dei dati inseriti: essi restano a disposizione di tutti gli attori del procedimento, per le ragioni anzitempo evidenziate.

Al contrario, secondo la GDPR, tali dati devono poter essere completamente rimossi se il singolo interessato lo richiede.

Inoltre, l'art 6 GDPR richiede una base giuridica per il trattamento dei dati personali, cioè la concreta finalità cui sono destinati. In materia di *blockchain*, però, non si può identificare la base giuridica richiesta dalla norma poiché lo strumento in esame non ha un singolo scopo ma si presta a molteplici applicazioni e, dunque, di volta in volta sarà necessario determinarne la concreta funzione.

Per altro verso, poi, si potrebbe anche asserire che la base giuridica in ambito *blockchain* sia ravvisabile nel consenso delle parti. Se così fosse, però, il consenso dovrebbe avere le caratteristiche di cui all'art. 4 GDPR.

Altro punto critico attiene all'applicazione di parti specifiche della normativa GDPR dipende dal luogo in cui i dati vengono elaborati perché, ovviamente, i dati sulla *Blockchain* vengono elaborati "ovunque e da nessuna parte".

Diverse sono le incompatibilità e gli ostacoli.

Il primo sicuramente concerne l'individuazione del soggetto preposto a ricoprire il ruolo di "titolare del trattamento" dei dati, ex art. 4 n. 7 del GDPR, e ad assolvere i relativi obblighi ai sensi dell'art. 5; infatti, gli sviluppatori del protocollo, gli attori che gestiscono i nodi della rete e gli utenti che registrano informazioni nel *ledger* non sembrano soddisfare i requisiti richiesti.

Altro problema significativo è che le *blockchain* pubbliche *non permissioned*^[19] sono interamente decentralizzate e distribuite e quindi non vi è un'unica entità responsabile per l'elaborazione dei dati.

Da ciò deriverebbero conseguenze tali da minare alla radice il funzionamento del sistema: se un soggetto potesse in qualunque momento chiedere la rimozione dei dati, a catena verrebbe meno l'attendibilità delle informazioni sulla filiera produttiva, basata proprio sulla trasparenza e sull'accessibilità a quelle informazioni. Inoltre, non è ipotizzabile che la disciplina di un sistema di raccolta dati e contrattazione virtuale sia sottoposto a differenti discipline giuridiche, poiché esporrebbe i soggetti coinvolti all'imprevedibilità della normativa e si presterebbe a facili elusioni, finanche basate sul luogo più giuridicamente vantaggioso per l'immissione dei dati.

In ultima istanza, le questioni giuridiche aperte sulle quali restano perplessità attengono alla comparazione tra le norme previste dal codice in materia contrattuale e alla esatta sovrapposibilità di alcune definizioni[20].

5. Conclusioni

Orbene, in disparte qualsivoglia nota critica sull'utilizzo dell'aggettivo intelligente per definire un sistema automatizzato di operazioni[21], che beneficia delle più moderne e sviluppate tecnologie informatiche, ciò che giova evidenziare nella presente trattazione sono due vistose lacune.

La prima è rinvenibile nella mancata attuazione dell'art. 8-ter co. 2 del Decreto Semplificazioni, primo testo normativo a dare una definizione giuridica dello strumento informatico analizzato. Se alla qualificazione fosse seguita la promessa disciplina applicativa, l'Italia avrebbe compiuto un passo in avanti in un settore assai delicato, ove vi è una commistione di competenze.

La seconda lacuna, che parrebbe essere più un fondato timore, è nell'incapacità di determinare un assetto di tutele, in particolar modo in ambito *agri-food*, che dia la certezza della corrispondenza tra il dichiarato e il fornito.

In altre parole: o si grava il consumatore di verificare l'esatta coincidenza di quello che "*from fork to fork*" compare sulla sua tavola, attraverso un controllo incrociato di dati messi a sua disposizione – pur in parziale sfregio alle norme conquistate negli anni a tutela dei dati – oppure ci sarà sempre il rischio che interessi economici maggiori potranno influire sulla correttezza delle operazioni commerciali in materia di coltivazione, trasformazione, produzione e circolazione degli alimenti.

Tutto ciò non deve essere interpretato nell'ottica una assoluta impossibilità all'efficace sfruttamento degli strumenti esaminati, la cui astratta idoneità a regolare alcuni settori commerciali è, al contrario, indiscussa. Proprio in materia di filiera agroalimentare, di protezione dei consumatori e di automatizzazione di rimborsi in settori dove la prassi commerciale è ingente ed eccessivamente veloce, essi svelano tutta la loro utilità.

Peraltro, il vantaggio di maggior rilievo in materia di *smart contract* è ravvisabile nella concreta possibilità di deflazionare i casi di inadempimento, posto che l'intera esecuzione del contratto non è frutto della volontà "a valle" di adempiere ma si ricollega all'accordo che "a monte" ha dato vita al vincolo contrattuale tra i soggetti di diritto. Dunque, l'adempimento stesso assume i contorni dell'automaticità e resta assoggettato al mero verificarsi di determinati eventi, programmati in chiave informatica.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] Cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000; ID., *La società globale del rischio*, Trieste, 2001, pp. 91 e ss.
- [2] Cfr. L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, Padova, 2004, il quale pone l'attenzione sulla portata distruttiva che il progresso tecnologico può generare nell'ambiente, quale "habitat umano"; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006; G. RUSCONI, *Diritto alimentare*, Milano, 2017.
- [3] Si pensi agli articoli della Costituzione che fanno specifico riferimento all'ambiente, come l'art. 9, ovvero agli articoli che, nel tutelare il bene vita e la salubrità della stessa, rimandano all'ambiente, come l'art. 32. All'art. 44, poi, assume quale fine esplicito quello del "razionale sfruttamento del suolo", sotto entrambi i profili rinviando alle plurime declinazioni della sicurezza alimentare come *foodsafety* e come *foodsecurity*, più volte oggetto degli interventi legislativi e degli studi che riconduciamo al diritto alimentare. Cfr. F. ALBISINNI, *Soggetti e oggetti della sicurezza, non solo alimentare, in Europa, prima e dopo Lisbona*, in Rook Basile, Germanò (a cura di), *Agricoltura e in-sicurezza alimentare, tra crisi della Pac e mercato globale*, Milano, 2011, p. 197.
- [4] Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, "che stabilisce i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare", in {URL}
- [5] Art. 3, p. 9 del regolamento n. 178/2002: «rischio», *funzione della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute, conseguente alla presenza di un pericolo* e art. 3, p. 14:) «pericolo» o «elemento di pericolo», *agente biologico, chimico o fisico contenuto in un alimento o mangime, o condizione in cui un alimento o un mangime si trova, in grado di provocare un effetto nocivo sulla salute*.
- [6] Fra tutti, cfr. F. ALBISINNI, *Diritto agroalimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti e prospettive*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*, Roma, 2020, p. 191 e ss.
- [7] A. GIANOLA, *Evoluzione e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 2, pp. 413 ss.
- [8] Cfr. {URL} *Catene e mercati agroalimentari. Considerazioni introduttive*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*. Vol I, *Consumatori e Mercato*, 10, 2020, p. 216 e ss.
- [9] Cfr. G. SCIANCALEPORE, *Qualità dei prodotti, frode di etichette e unfaircompetition*, in *Cibo e diritto. Una prospettiva comparata*. Vol II, *Consumatori e Mercati*, 10, Roma, 2020.
- [10] N. SZABO, *Smart Contracts*, 1994, in {URL}, (ultima consultazione: 20/10/2021).
- [11] "A set of promises, including protocols within which the parties perform on the other promises. The protocols are usually implemented with programs on a computer network, or in other forms of digital electronics, thus these contracts are "smarter" than their paper-based ancestors", N. SZABO, *Smart Contracts Glossary*, 1995, in {URL}, (ultima consultazione: 20/10/2021).
- [12] Si potrebbero fornire molteplici esempi a sostegno di questa pacifica affermazione ma il *paper* perderebbe organicità e leggerezza, per cui si offrono in consultazione pochi esempi. Cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 921, il quale in "tempi non sospetti" immaginava un testamento "fatto combinando la rappresentazione fonografica con la rappresentazione cinematografica del testatore nell'atto del testare" oppure sulla patrimonializzazione dei dati personali, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 689 ss.
- [13] Cfr. G. FINOCCHIARO, *I contratti informatici*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1997.
- [14] Cfr. D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2017., pp. 392 ss.
- [15] R. NIGRO, *Smart contract. Profili di qualificazione giuridica*, in *Altalex*, 11/8/2021.
- [16] L'espressione è di P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contracts*, in *La nuova giurisprudenza commentata civile commentata*, 2019, p. 111.
- [17] Per mero tuziorismo giuridico è bene sottolineare che la differenza tra offerta al pubblico e invito a proporre di fronte ad uno smart contract sembra ancora più labile. Invero, anche nell'eventualità in cui la

proposta al pubblico non dovesse contenere tutti gli “estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta” , il meccanismo informatico di programmazione “*if this/then that*” comporterebbe comunque la esecuzione di quanto contenuto nel protocollo informatico nel momento in cui si aderisce allo smart contract.

[18] Industria {URL} #39;economia e l'evoluzione in Italia, con precipuo riferimenti alla digitalizzazione e all'utilizzo delle nuove risorse informatiche. Cfr. anche Tullini, P. (2016). Economia digitale e lavoro non-standard. *Labour & Law Issues*, 2(2), 1–15. {URL}

[19] La differenza tra le varie *blockchain* è nella possibilità o meno di conferire a tutti i soggetti il potere di inserire o meno i dati: le private sono tutte *permissioned*.

[20] Cfr. {URL} *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. poc. civ.*, 2018, p. 441 e ss, il quale evidenzia come “Ancora una volta un fenomeno nuovo impone al giurista di conoscerlo, di esaminarne le caratteristiche essenziali, di comprenderlo, di valutare se esso possa essere ricondotto alle categorie già esistenti dell'ordinamento giuridico”. Al contrario, meno propensi all'andar incontro alle tecnologie, cfr. R. PARDOLESI – A. DAVOLA, “*Smart contract*”: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Il Foro Italiano*, n. 4/2019, p. 195 e ss.

[21] Si rimanda, piuttosto, alle esaustive parole di {URL} #160;{URL} *Demistificare gli smart contracts*, in Osservatorio di diritto civile e commerciale, n. 1/2020, p. 39: “*L'espressione smart contract è attraente e desta interesse ma non può negarsi che essa è in grado di confondere gli addetti ai lavori e di creare aspettative non realistiche (***)*” ed anzi “*gli smart contracts non possono essere considerati «intelligenti» e anzi sarebbe il caso di qualificarli come «stupidi» («dumb contracts»)*”.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7788>

OSSERVATORIO DI DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA - SETTEMBRE/OTTOBRE 2021

Osservatorio bimestrale relativo alle principali sentenze emesse dalla Corte di Cassazione in tema di Diritto penale dell'economia. Periodo settembre-ottobre 2021.

autore **Andrea De Lia**



Abstract ENG

Observatory relating to the main sentences issued by the Court of Cassation on the subject of Criminal Law of the Economy - September-October 2021

Indice: 1) Illeciti tributari – Sequestro finalizzato alla confisca per equivalente; 2) Illeciti fallimentari – Differenza tra bancarotta fraudolenta e preferenziale nel caso di restituzione delle erogazioni operate dall'amministratore; 3) Infortuni sul lavoro – Responsabilità del datore in caso di macchinario difettoso; Altre pronunce in rassegna.

SENTENZE IN PRIMO PIANO

1) Illeciti tributari – *Sequestro finalizzato alla confisca per equivalente*

Cassazione, Sez. III, 6 luglio 2021, dep. 6 settembre 2021, n. 32897 – Pres. Di Nicola – Rel. Semeraro – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 12-*bis* {URL})

(*omissis*)

RITENUTO IN FATTO

1. Il difensore di {URL} *ex art. 444 {URL} ex art. 444 {URL} bis e 13-bis.*

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato nel senso che segue.

{URL}

Il giudice, per poter procedere alla confisca di cui al {URL} *ex art. 12-bis*, deve in primo luogo determinare, anche ove il processo sia definito *ex art. 444 {URL}*

Con la sentenza impugnata, in violazione di legge, non è stato determinato l'importo suscettibile di confisca quale profitto in relazione alle imputazioni.

{URL} *ex art. 2*, il profitto del reato dichiarativo di frode fiscale, suscettibile di confisca diretta o per equivalente, è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale e non può avere ad oggetto le sanzioni dovute a seguito dell'accertamento del debito, che rappresentano, invece, il costo del reato stesso, derivante dalla sua commissione.

{URL}

La giurisprudenza ha escluso che il profitto per il soggetto emittente coincida da un lato con il valore complessivo delle fatture emesse per le operazioni inesistenti e dall'altro nel valore corrispondente al profitto conseguito dall'utilizzatore delle stesse fatture, in quanto il regime derogatorio previsto dal {URL}

{URL}

Il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui al {URL}

Il profitto, pertanto, non va individuato nell'ammontare del debito tributario rimasto inadempito.

{URL} *ex art. 13-bis* che sussiste se i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative ed interessi, siano estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento.

Per quanto qui interessa in relazione alla confisca, non è però specificato se tale integrale pagamento si riferisca ai fatti oggetto delle imputazioni; inoltre, il giudice è tenuto a verificare ed attestare che il pagamento effettuato si riferisca alle imputazioni ed elimini o riduca il profitto dei reati oggetto delle imputazioni.

{URL} *bis*, comma 2, introdotta dal {URL}

2. S'impone pertanto l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio al Tribunale di Gela, limitatamente alla confisca, dovendo il giudice determinare l'entità del profitto dei reati, secondo i principi di diritto prima enucleati; verificare quindi se gli importi versati in esecuzione dell'accordo

con l'Agenzia delle Entrate si riferiscano alle imputazioni oggetto della sentenza di patteggiamento; nel caso in cui accerti che le somme versate si riferiscano alle imputazioni ridurre correlativamente l'importo del profitto confiscabile. L'entità del profitto potrebbe, per effetto dei versamenti effettuati, anche ridursi a zero, all'esito dell'accertamento.

{URL}

Annulla la sentenza impugnata limitatamente all'omessa quantificazione del profitto confiscabile e rinvia per nuovo esame sul punto al Tribunale di Gela.

Il principio di diritto: In tema di reati tributari, la disposizione di cui all'art. 12-*bis*, comma 2, {URL}

Il caso ed il processo: l'imputato era stato riconosciuto responsabile, attraverso applicazione della pena su richiesta della parte, di alcuni delitti in materia tributaria. Di seguito, dunque, aveva spiegato ricorso per Cassazione, dolendosi, in particolare, della circostanza che il GIP avesse irrogato la confisca "d'ufficio", non avendo formato essa oggetto dell'accordo intervenuto con il {URL} *bis* e 13-*bis* {URL} *a quo*, delle somme nelle more versate all'Erario.

La soluzione resa dalla Corte: la Cassazione ha annullato la sentenza impugnata.

In particolare, la Cassazione ha rimarcato che, in violazione dell'art. 12-*bis*, il GIP che aveva emesso la sentenza di patteggiamento non aveva quantificato la somma oggetto di confisca.

In secondo luogo, la suprema Corte ha rimarcato che in sede di applicazione della pena fosse stata concessa l'attenuante di cui all'art. 13-*bis* {URL} *a quo* se fosse effettivamente intervenuto il pagamento a saldo per le voci di credito oggetto dei capi di imputazione, con ogni consequenziale effetto, ancora una volta, sulla confisca.

Talché la sentenza è stata annullata con rinvio, investendosi il giudice *ad quem* dell'onere di pronunciarsi nuovamente, alla luce degli elementi disponibili e delle norme di riferimento, in ordine alla confisca.

Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema: l'art. 12-*bis* {URL} #39; art. 448, comma 2-*bis*, {URL} (Cass., Sez. V, 11 gennaio 2019, n. 19735).

Secondo la Corte, inoltre, qualora la sentenza irrevocabile di applicazione della pena su richiesta delle parti non vi abbia provveduto, in sede di esecuzione è consentito, in forza del disposto di cui all'art. 676 {URL} (Cass., Sez. I, 11 dicembre 2019, n. 282).

Si rammenta che sul tema dell'applicazione "extra-patto" di misure di sicurezza si sono soffermate con ampia sentenza le Sezioni Unite con sentenza Cass., Sez. Un., 26 settembre 2019, n. 21368, "Savin", che ha ribadito la possibilità per il giudice, in sede di emissione della sentenza di patteggiamento, di irrogare *ex officio* la confisca obbligatoria, pur rilevando la ricorribilità per cassazione per vizio di motivazione della sentenza, con riferimento alle misure che non abbiano formato oggetto dell'accordo delle parti, laddove la decisione sul punto non risulti "a rime obbligate". Sul tema dell'applicazione della pena a richiesta delle parti ed i poteri officiosi del giudice sulle misure di sicurezza, vd. Nacar, *Il ricorso per cassazione contro le misure accessorie inflitte con la sentenza di patteggiamento*, in *Giur. It.*, 2020, pp. 2261.

La sentenza qui in disamina, inoltre, contiene un interessante "*vademecum*" sull'oggetto della confisca nei reati tributari contestati all'imputato, a partire dall'art. 2 {URL}

Tale *dictum* si pone in linea con altri precedenti della Corte, come ad esempio Cass., Sez. III, 20 gennaio 2017, n. 28047, per la quale «in tema di reati tributari, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente è costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale, che costituisce profitto del reato dichiarativo di frode fiscale di cui all'art. 2 del {URL}

Si tratta, evidentemente, di un principio che si sta progressivamente affermando negli ultimi tempi, con il superamento di alcune soluzioni contrarie espresse in precedenza dalla suprema Corte, per le quali, in effetti, non vi sarebbero state differenze tra le confische operabili in relazione ai vari reati tributari, potendosi queste estendere, secondo tale linea esegetica, *tour court*, a imposta evasa, sanzioni ed interessi (vd. Cass., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 28077; si tratta, per il vero di un filone che consolidatosi per l'effetto della laconicità della sentenza Cass., Sez. Un., 31 marzo 2013, n. 18374, "Adami").

Quanto all'ipotesi "speculare" di cui all'art. 8 {URL} (condivisibilmente) rilevato, nella sentenza in commento, che l'oggetto della confisca operabile in base al già citato art. 12-*bis* sarebbe rappresentato dal prezzo versato alla "cartiera", come compenso per l'emissione della documentazione falsa, utilizzata dall'*accipiens* per evadere le imposte; ciò, in ragione dell'art. 9 del medesimo {URL} (analogamente Cass., Sez. III, 5 maggio 2016, n. 43952; Cass., Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 15458; Cass., Sez. III, 22 aprile 2015, n. 30168).

Quanto al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 {URL}), invece, la confisca potrebbe avere ad oggetto – secondo la pronuncia in commento – i beni sottratti alle ragioni creditorie del fisco, per un ammontare pari all'imposta evasa, sanzioni e interessi, poiché tali voci sarebbero corrispondenti al risparmio di spesa. Tale soluzione si pone in linea di continuità con diverse altre pronunce, tra cui se segnala

Cass., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843: «in tema di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, il profitto confiscabile, anche nella forma per equivalente, è costituito da qualsiasi vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione dell'illecito e può dunque consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento degli interessi e delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario».

Il tentativo giurisprudenziale più compiuto per motivare la diversa estensione della confisca nel contesto dell'art. 11 {URL} (Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561), nell'identificare il risparmio di spesa con gli importi evasi, sanzioni ed interessi nel loro complesso, fossero intervenute, per l'appunto, in ordine al delitto di sottrazione fraudolenta.

Sulla base di tale rilievo preliminare, la Corte ha poi rilevato che l'attività distrattiva dei beni, finalizzata a rendere infruttuosa la procedura di riscossione, comporterebbe un "risparmio di spesa" più esteso rispetto alla mera somma evasa, «dato che la condotta illecita è finalizzata ad evitarne complessivamente il pagamento. Proprio perché la condotta illecita addebitata» è quella di «sottrazione fraudolenta dei beni quale possibile oggetto di apprensione da parte dell'Erario a fronte, per di più, di intervenuto accertamento di un debito fiscale con computo anche delle sanzioni collegate, il profitto, corrispondente al valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell'amministrazione finanziaria per l'Erario» dovrebbe «essere parametrato, in tal caso, anche alle già calcolate sanzioni volendo il contribuente sottrarsi appunto anche ad esse. Con riferimento invece ai reati dichiarativi (come quelli nella specie contestati di cui all'art. 2) caratterizzati dalla evasione di imposta, la sanzione, lungi dal potere rientrare nel concetto di profitto del reato è, esattamente al contrario, il costo del reato stesso, originato infatti dalla sua commissione e, per tale ragione, necessariamente successivo ad essa; sicchè, in proposito, si è efficacemente affermato in dottrina, essere, anzi, la sanzione, alla pari, del resto, degli interessi, la antitesi obliteratrice, in funzione deterrente, della convenienza del delitto».

Sul tema della confisca nel settore degli illeciti penal-tributari, vd., nella ampissima letteratura, Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di condiscia del profitto*, 26 ottobre 2016, in {URL} ; Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2014, pp. 998 ss; Paliero-Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, 20 aprile 2015, in {URL} ; Veneziani, *La confisca obbligatoria nel settore penale tributario*, in Cass. Pen., 2017, 1694 ss. Sia inoltre consentito il rinvio, per un quadro generale della confisca in materia tributaria e per l'emergente questione della confisca {URL} *Confisca senza condanna e diritto intertemporale: il caso dell'estinzione del reato di omesso versamento dell'IVA per intervenuta prescrizione*, in

2) Illeciti fallimentari – *Differenza tra bancarotta fraudolenta e preferenziale nel caso di restituzione delle erogazioni operate dall'amministratore*

Cassazione, Sez. V, 21 giugno 2021, dep. 6 settembre 2021, n. 32930 – Pres. Di Gregorio – Rel. Brancaccio – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL})

(*omissis*)

RITENUTO IN FATTO

1. Con la decisione in epigrafe, la Corte d'appello di Milano, in parziale riforma della sentenza del GUP del Tribunale di Milano del 26 gennaio 2018, ha rideterminato la pena inflitta a {URL}

2. Avverso la sentenza ha proposto ricorso l'imputata, tramite il difensore di fiducia, deducendo un unico motivo con cui eccepisce la mancata riqualificazione della condotta di reato in bancarotta preferenziale, avendo ella incassato le somme in contestazione per soddisfare parzialmente un proprio credito certo, liquido ed esigibile verso la società.

Ed invero, la Corte d'appello, cui era stato proposto analogo motivo di impugnazione, ha condiviso l'impostazione difensiva sulla doppia veste di amministratrice della fallita e, parallelamente, di sua creditrice di essa, visti i versamenti di somme di danaro da lei effettuati sul conto postale della società per il pagamento di debiti sociali (rate di debiti tributari; compensi professionali ed altre spese della società fallita). Ciononostante, i giudici di secondo grado hanno ritenuto che la qualità di creditrice dell'imputata dovesse essere minusvalente rispetto alla responsabilità di amministratore che gravava su di lei e che dava luogo sempre e comunque a configurare a suo carico il delitto di bancarotta fraudolenta distrattiva.

La tesi della ricorrente, invece, è che andrebbe applicata alla fattispecie concreta la giurisprudenza di legittimità che ritiene essenziale verificare se i crediti vantati dall'amministratore della fallita derivino da mutuo oppure da versamenti in conto capitale, poiché nel primo caso l'amministratore dovrà rispondere di bancarotta preferenziale e non distrattiva per il rimborso dei finanziamenti a suo favore.

Si segnala l'esistenza di un contrasto tra due orientamenti di questa Corte di legittimità, esistendo diversa tesi – cui si è ispirata la sentenza impugnata – che ritiene, di contro, configurabile sempre il reato di bancarotta fraudolenta distrattiva, in caso di recupero di finanziamenti conferiti alla società fallita, a qualsiasi titolo, da parte dell'amministratore o rappresentante legale.

3. La ricorrente ha depositato conclusioni scritte con le quali ha chiesto l'accoglimento del ricorso, ribadendo che il credito dell'imputata deriva da finanziamento non in conto capitale ma da prestito, non essendo, peraltro, l'imputata neppure socia della fallita.

La difesa contesta le opposte conclusioni del PG, il quale aderisce all'orientamento più rigido, che ritiene configurabile sempre e comunque il reato di bancarotta distrattiva in caso di rimborsi di finanziamenti all'amministratore o rappresentante legale.

4. Il Sostituto Procuratore Generale Francesca Loy ha chiesto il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. La giurisprudenza di legittimità e, in particolare, quella di questa Sezione, ha tracciato linee ben definite per distinguere i casi nei quali deve ritenersi configurabile il reato di bancarotta fraudolenta distrattiva ovvero quello di bancarotta fraudolenta preferenziale. La complessità della materia e delle fattispecie concrete che possono delinearsi all'esame giurisdizionale hanno indotto, invero, ad una serie di equivoci ed anche a ritenere la sussistenza di un contrasto interpretativo sul tema giuridico proposto dalla ricorrente, contrasto che, invece, il Collegio non rileva, quanto meno negli arresti più recenti (né emerge con certezza neppure dall'analisi delle motivazioni delle sentenze meno recenti).

In un'ottica di sintesi, che può aiutare a fare chiarezza pur nella rilevata complessità del tema, possono essere individuate tre direttrici ermeneutiche stilate dalle pronunce di legittimità, corrispondenti a tre distinte, principali fattispecie; alla loro base, una comune *ratio* di discriminare: gli amministratori o i soci risponderanno di bancarotta distrattiva o di bancarotta preferenziale a seconda della ragione creditoria soddisfatta attraverso il prelievo di somme durante la fase di dissesto della fallita.

Pertanto:

a) il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti, operati dai soci in favore della società poi fallita, in conto capitale integra la fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione, poiché tali versamenti non danno luogo ad un credito liquido ed esigibile nel corso della vita della società e, nei loro riguardi, opera il criterio di postergazione previsto dall'art. 2467 {URL}

Nelle pronunce più tradizionali dell'opzione in esame, che tuttavia trovano eco ancora recenti, la qualificazione giuridica come condotte di bancarotta fraudolenta distrattiva delle restituzioni che l'amministratore liquidi in favore di sé stesso nel periodo di dissesto ruota intorno all'elemento soggettivo del reato, piuttosto che alla natura del credito, ma non smentisce l'approdo suddetto: nel caso in cui il creditore si identifichi nello stesso soggetto che assume le vesti di amministratore della società, infatti, si sottolineava il significato ben diverso e più grave della sua condotta rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri;

b) il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo o prestito integra la fattispecie di bancarotta preferenziale: in tal caso, i finanziamenti, non avendo natura di conferimenti di capitale di rischio, rappresentano il sorgere di un effettivo ed esigibile credito (chirografario) in capo ai soci, senza che da ciò consegua effettivo depauperamento dell'asse patrimoniale;

c) il prelievo di somme da parte dell'amministratore a titolo di pagamento per le prestazioni lavorative svolte in favore della società poi fallita, durante il periodo di dissesto, integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale, non essendo scindibile la sua qualità di creditore da quella di amministratore, qualora, anche per l'assenza di deliberazione assembleare che stabilisca la misura dei suoi compensi, i prelievi di somme in pagamento dei crediti verso la società in dissesto non sono definiti nella loro congruità e non sono fondati su dati ed elementi di confronto che ne consentano un'adequata e oggettiva valutazione.

Gli orientamenti che si sono passati in rassegna, dunque, solo apparentemente divergono, laddove invece si riferiscono a diverse ipotesi, che richiedono soluzioni differenti.

{URL}

La Corte d'appello, dal canto suo, non si è occupata di discernere la natura del versamento corrisposto dalla ricorrente alla società, ma ha ritenuto di aderire all'orientamento di legittimità che, a suo dire, professerebbe in ogni caso la configurabilità del delitto di bancarotta distrattiva nell'ipotesi di prelievi da parte del socio o dell'amministratore che sia anche creditore della fallita.

La censura della ricorrente è centrata.

Si è poc'anzi evidenziato che non può ritenersi esistente un orientamento interpretativo attuale che proponga sempre, *tout court*, indipendentemente dalla natura del credito vantato, la sussistenza del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, in presenza di un prelievo di somme da parte dell'amministratore o del socio della fallita, durante il periodo di dissesto.

(*omissis*)

{URL} (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società, viceversa, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale.

L'erogazione di somme che a vario titolo i soci effettuano alle società da loro partecipate, infatti, in generale, può avvenire a titolo di mutuo, con il conseguente obbligo per la società di restituire la somma ricevuta ad una determinata scadenza, oppure di versamento, destinato ad essere iscritto non tra i debiti, ma a confluire in apposita riserva "in conto capitale" (o altre simili denominazioni), versamento, quest'ultimo, che non dà luogo ad un credito esigibile, se non per effetto dello scioglimento della società e nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione, ed è più simile al capitale di rischio che a quello di credito, connotandosi proprio per la postergazione della sua restituzione al soddisfacimento dei creditori sociali e per la posizione del socio quale residuo *claimant*.

(*omissis*)

3. Si impone, pertanto, l'annullamento della sentenza impugnata per nuovo esame, affinché la Corte d'appello si adegui al principio di diritto affermato come sopra, evidenziando le ragioni specifiche di configurabilità del reato di bancarotta distrattiva o preferenziale, rapportandole al titolo causale dei conferimenti effettuati dal legale rappresentante della fallita, che, secondo la

prospettazione evincibile dalla stessa sentenza impugnata e dal ricorso, si rivelerebbero avere natura di “prestiti” o “mutui” e non di conferimenti in conto capitale.

{URL}

Annulla la sentenza impugnata con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte d'appello di Milano.

Il principio di diritto: In tema di reati fallimentari, il prelievo di somme di denaro a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società, mentre, invece, il prelievo di somme quale restituzione dei versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale.

Il caso ed il processo: in sede di merito, l'imputata era stata riconosciuta responsabile del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione impropria *ex* artt. 216 e 223 LF per aver prelevato, nella qualità di amministratrice di una società a responsabilità limitata, delle somme dalle casse sociali dell'impresa dichiarata fallita nell'anno 2016, a titolo di restituzione di precedenti erogazioni eseguite in favore dell'ente.

Avverso la sentenza di condanna, dunque, era insorta l'interessata, rilevando che, contrariamente a quanto sostenuto in alcuni arresti giurisprudenziali di legittimità, l'amministratore di un'impresa, poi dichiarata fallita, per il fatto contestato, trattandosi di restituzione di somme in precedenza erogate a titolo di mutuo in favore della società, dovrebbe rispondere di bancarotta preferenziale e non della più grave figura distrattiva, che si potrebbe concretizzare – ad avviso della ricorrente – solo nel caso di prelievo di somme non dovute o comunque erogate “in conto capitale”.

Nel caso di specie – aveva proseguito l'imputata – il prelievo contestato aveva trovato origine in finanziamenti elargiti dall'amministratrice in favore della società per far fronte ad esigenze contingenti, quali il pagamento di alcuni debiti tributari, con la conseguenza che la sentenza della Corte territoriale oggetto di gravame, nel confermare la sentenza del giudice di prime cure, avrebbe errato nella qualificazione giuridica del fatto, anche in considerazione della circostanza che l'imputata non rivestiva neppure la veste di socia, con ogni consequenziale effetto circa la destinazione dell'erogazione in favore dell'ente.

Talchè, in riforma della prefata pronuncia, si era invocato l'accoglimento del ricorso.

La soluzione resa dalla Corte: la Cassazione ha accolto il ricorso, annullando la sentenza ed investendo la Corte territoriale dell'approfondimento della finalità delle

erogazioni concesse dall'imputata in favore della società; in particolare, la Corte ha rilevato che la giurisprudenza più recente avrebbe ben delineato la qualificazione giuridica delle restituzioni, comunque illecite, di somme in favore dell'amministratore, allorquando quest'ultimo vanta un reale credito, pregresso, nei confronti dell'impresa.

In particolare, le ipotesi indicate dalla suprema Corte sono essenzialmente tre:

- a) l'amministratore preleva somme in precedenza erogate dal medesimo soggetto in favore dell'impresa a titolo di mutuo;
- b) il soggetto preleva somme in passato erogate all'impresa "in conto capitale";
- c) l'amministratore preleva somme dalle casse della società assumendo di essere creditore per l'attività lavorativa svolta e, quindi, a titolo di emolumenti.

La Corte, allora, ha rimarcato che soltanto nel caso di restituzione di somme versate "in conto capitale" in favore dell'impresa poi dichiarata fallita si sarebbe al cospetto di atti qualificabili in termini di bancarotta fraudolenta per distrazione; di contro, nel caso di restituzione di somme erogate a titolo di finanziamento, si sarebbe al cospetto di crediti certi ed esigibili, tanto che la relativa operazione di retrocessione sarebbe qualificabile in termini di bancarotta preferenziale.

Quanto, infine, ai pagamenti effettuati dall'amministratore in favore di sé stesso, a titolo di compenso per l'attività svolta per l'ente, la Corte ha sottolineato che tali condotte sostanzierebbero la bancarotta distrattiva solo nel caso in cui la retribuzione non sia stata fissata in ordine al *quantum* da specifica delibera assembleare o, comunque, non risulti determinabile in maniera certa.

Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema: il ragionamento condotto dalla Cassazione, nella sentenza in commento, è che (alla luce di quanto dispone l'art. 2467 comma 1 {URL} : cfr. Cass., Sez. I Civ., 20 giugno 2018, n. 16291), nel caso di erogazioni a titolo di mutuo ({URL}), la successiva restituzione in favore del concedente, avendo ad oggetto crediti "postergati" (rispetto alla soddisfazione di altri creditori), ma comunque esigibili da parte dell'*accipiens*, sostanzierebbe bancarotta preferenziale; di contro, nel caso di versamento "in conto capitale", trattandosi di somme che – ad avviso della Corte – non genererebbero in capo all'erogante un credito, per l'appunto, esigibile, durante la vita della società, l'eventuale, successiva restituzione rileverebbe in termini di distrazione.

Non è questa la sede, allora, per affrontare *ex professo* il tema della posizione del concedente il finanziamento e del conferente (in argomento vd. Leone, *Contributi in conto capitale: generalità della fattispecie e invalidità della delibera di restituzione ai*

soci, in *Giur. Comm. Soc.*, 2009, pp. 453 ss; Odcec Genova, *I versamenti dei soci: tra finanziamenti e conferimenti di patrimonio*, novembre 2017, reperibile sul sito web dell'Ordine professionale); fatto è che il quadro, dal punto di vista civilistico, appare assai più complesso rispetto a quello delineato dalla Cassazione nella sentenza in commento, poiché se *da un lato* non è sempre vero che il conferente non abbia diritto alla restituzione del conferimento “in conto capitale” (vd. ad esempio Cass., Sez. I Civ., 3 dicembre 2018, n. 31186: «in tema di società di capitali, le erogazioni in conto di futuro aumento di capitale in favore della società, condizionate all'adozione della relativa delibera di aumento capitale entro un determinato termine, nel caso di mancata adozione della delibera determinano a carico della società l'obbligo di restituzione di quanto erogato dal a tale titolo»), *dall'altro* non è incontroverso che il credito derivante dal finanziamento in favore della società, operato in base all'art. 2467 comma 1 {URL} (vd. Cass., Sez. I Civ., 23 luglio 2021, n. 21239: «in tema di finanziamento dei soci in favore della società, la postergazione disposta dall'art. 2467 {URL}).

La questione affrontata dalla Corte con la sentenza in commento è, peraltro, assai particolare poiché dal testo della motivazione risulterebbe che l'imputata non rivestisse la qualifica di socio, ma soltanto quella di amministratrice della società successivamente dichiarata fallita. Sicchè, se *da una parte* l'erogazione di somme “in conto capitale” non è operazione affatto riservata ai soci (cfr. MANZO, *L'aumento di capitale mediante compensazione tra il debito da conferimento ed il credito vantato dal socio nella {URL} , in Notariato*, 2013, pp. 457 ss), *dall'altra* la carenza di tale qualifica sarebbe d'ostacolo alla sottoposizione dell'erogazione alla disciplina dell'art. 2467 {URL}

Per il resto, valga la pena considerare che l'illegittima restituzione dei conferimenti sostanza in capo agli amministratori il delitto di cui all'art. 2626 {URL} (art. 223 comma 2 n. 2 LF), punito come la bancarotta per distrazione.

Indipendentemente da quanto sopra esposto, occorre osservare che la soluzione sposata dalla Corte nella sentenza in commento è tutt'altro che pacifica in giurisprudenza. Talora, infatti, in tema di finanziamento-soci, si è affermato che «integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale, la condotta dell'amministratore di una società che proceda al rimborso di finanziamenti da lui erogati in qualità di socio in violazione della regola della postergazione di cui all'articolo 2467 {URL} (Cass., Sez. V, 30 aprile 2021, n. 24588; Cass., Sez. V, 20 febbraio 2019, n. 25773).

Ancora, per questo orientamento contrario, si segnala Cass., Sez. V, 14 giugno 2018, n. 50495, per la quale «in tema di bancarotta fraudolenta, l'amministratore della società che, in periodo di dissesto, soddisfi un proprio credito quale socio finanziatore integra il reato di bancarotta per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale, poiché nel

contesto di riferimento la restituzione assume un significato diverso e più grave rispetto alla mera volontà di privilegiare un creditore in posizione paritaria rispetto a tutti gli altri».

Di contro, sulla linea sposata nell'occasione dalla Corte, si veda Cass., Sez. V, 12 febbraio 2021, n. 13062: «il prelievo di somme a titolo di restituzione di versamenti operati dai soci in conto capitale (o indicati con analoga dizione) integra la fattispecie della bancarotta fraudolenta per distrazione, non dando luogo tali versamenti ad un credito esigibile nel corso della vita della società; al contrario, il prelievo di somme quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo integra la fattispecie di bancarotta preferenziale» (analogamente Cass., Sez. V, 20 novembre 2020, n. 852; Cass., Sez. V, 1 febbraio 2019, n. 8431).

Si segnala, inoltre, sempre per la linea esegetica accolta nella sentenza in disamina, Cass., Sez. V, 16 settembre 2019, n. 49136, per la quale «la restituzione ai soci dei versamenti in conto capitale (o “in conto futuro aumento di capitale”) integra la bancarotta fraudolenta per distrazione, ai sensi degli artt. 223, comma 1, e 216, comma 1, n. 1, LF e non il delitto di bancarotta fraudolenta da reato societario, previsto dal combinato disposto degli artt. 223, comma 2, n. 1, LF e 2626 {URL} (indebita restituzione dei conferimenti), in quanto detti versamenti, confluendo in un'apposita riserva, non incrementano immediatamente il capitale sociale e, diversamente dai conferimenti, non attribuiscono alle somme che ne formano oggetto lo statuto penalistico proprio del capitale sociale, con l'ulteriore precisazione per cui, al contrario, il prelievo di somme, quale restituzione di versamenti operati dai soci a titolo di mutuo, integra la fattispecie di bancarotta preferenziale».

Quanto, invece, al diverso tema del pagamento degli emolumenti, la soluzione prospettata dalla Corte (per la quale la sussistenza del credito, indipendentemente da una delibera formale di determinazione del compenso spettante, in caso di versamento in favore dell'amministratore, integrerebbe bancarotta preferenziale e non la più grave ipotesi di distrazione), anche in questo caso, si inserisce in un quadro assai caotico: cfr., per la soluzione della rilevanza, in ogni caso, a titolo di bancarotta fraudolenta, Cass., Sez. Fer., 13 agosto 2020, n. 27132: «integra il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione e non quello di bancarotta preferenziale, la condotta dell'amministratore di una società che si appropri di somme della società a titolo di pagamento per le prestazioni lavorative svolte in favore di quest'ultima, non essendo scindibile la sua qualità di creditore da quella di amministratore».

Per una soluzione analoga a quella sposata dalla sentenza in rassegna, invece, vd. Cass., Sez. V, 12 aprile 2018, n. 32378: «risponde del reato di bancarotta preferenziale e non di bancarotta fraudolenta per distrazione il liquidatore che disponga in proprio favore il

pagamento del compenso proporzionato alla quantità e alla qualità dell'attività prestata, ma in assenza di una corrispondente delibera societaria» (in motivazione, la Corte ha precisato che il delitto di bancarotta fraudolenta ricorrerebbe, invece, nel caso in cui l'amministratore si auto-attribuisse un compenso sproporzionato).

La soluzione offerta dalla Corte, nel caso di specie, è in linea anche con Cass., Sez. V, 15 gennaio 2018, n. 3797: «integra il reato di bancarotta preferenziale, laddove sussista violazione della *par condicio creditorum*, e non per distrazione, la condotta dell'amministratore della società fallita che abbia soddisfatto il proprio credito per compensi e rimborsi spese, quando di tali importi sia accertata la congruità. Risponde viceversa di bancarotta fraudolenta per distrazione l'amministratore della società poi fallita che abbia ottenuto il pagamento di somme a titolo di compensi e spese in assenza di delibera assembleare o di altri elementi idonei a fondare un giudizio di congruità delle somme prelevate».

La Corte, in definitiva, con la sentenza in rassegna, sostanzialmente, intervenendo sul caso concreto, ha cercato di “far ordine” sulle questioni evocate, sulle quali, tuttavia, si auspica il futuro intervento delle Sezioni Unite onde dirimere l'evidente conflitto giurisprudenziale, anche attraverso il necessario approfondimento delle questioni civilistiche sottendenti.

Sulla controversa questione del pagamento in favore di sé stesso degli emolumenti, in termini di bancarotta fraudolenta o preferenziale, il contrasto giurisprudenziale è segnalato anche da Corbo, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in Cass. Pen., 2018, pp. 3570 ss; quanto alla definizione dei limiti tra bancarotta per distrazione e preferenziale vd. anche Gambardella, *I reati di bancarotta: inquadramento dogmatico, opzioni interpretative e prospettive di riforma*, in Cass. Pen., 2018, pp. 2316 ss; Chiaraviglio G., *Tre recenti significative pronunce della V Sezione della Corte di Cassazione concernenti il profitto confiscabile, la nozione di distrazione nella bancarotta fraudolenta patrimoniale, la bancarotta preferenziale*, in Riv. Dott. Comm., 2020, pp. 470 ss.

3) Infortuni sul lavoro – Responsabilità del datore in caso di macchinario difettoso

Cassazione, Sez. IV, 19 ottobre 2021, dep. 27 ottobre 2021, n. 38424 – Pres. Ciampi – Rel. Nardin – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 590 {URL})

(*omissis*)

RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 26 maggio 2020 la Corte di appello di Bologna ha confermato la sentenza del Tribunale di Piacenza, resa in sede di giudizio abbreviato, con la quale {URL}

2. Il fatto, per come accertato dalle sentenze di primo e secondo grado, può essere descritto come segue: in data (*omissis*) {URL}

Le decisioni danno atto che la dinamica del sinistro è stata accertata attraverso la relazione del consulente del {URL} (cacciavite o altro).

Entrambi i giudici del merito hanno ritenuto non abnorme il comportamento del lavoratore, essendo l'infortunio stato causato dalla precarietà del sistema di bloccaggio della macchina durante l'apertura dello sportello di ispezione, ed essendo stato provato in giudizio che in altre occasioni gli addetti al macchinario avevano proceduto nel medesimo modo.

3. Avverso la sentenza della Corte d'appello propongono ricorso per cassazione gli imputati, a mezzo del comune difensore, formulando un unico motivo.

4. Con la doglianza i ricorrenti fanno valere la violazione della legge penale in relazione all'art. 590 {URL} `vivere comune sicché non può addebitarsi al medesimo di non avere trasferito al lavoratore le regole che servono a fronteggiare rischi estranei alla formazione lavorativa. Laddove, dunque, il lavoratore consapevolmente violi le regole impartite deve escludersi la responsabilità del datore di lavoro per l'omessa formazione. Conclude per l'annullamento della sentenza impugnata.

5. Con requisitoria scritta ai sensi del {URL}

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. I ricorsi sono inammissibili.

2. Si assume, invero, che il comportamento del lavoratore infortunato, proprio perché posto in essere in aperta violazione delle direttive impartite e sulle procedure di utilizzo del macchinario, rivestendo le caratteristiche dell'esorbitanza, esima il datore di lavoro da ogni responsabilità in ordine al mancato rispetto della normativa antinfortunistica.

3. Le censure mosse dal ricorrente, senza porre in dubbio l'evento per come

realizzatosi, si concentrano sulla definizione della sfera di governo del datore di lavoro in relazione alle mansioni affidate al lavoratore ed al rischio prevedibilmente connesso con quelle. Si afferma che, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, il governo del rischio del datore di lavoro non si estende alla condotta esorbitante quella affidata con le direttive organizzative e quindi non possa “coprire” anche i comportamenti espressamente interdetti al lavoratore. Il che significa che, se il lavoratore, come in questo caso, sceglie deliberatamente di contravvenire alle istruzioni ricevute e di svolgere il lavoro che gli è stato affidato con modalità diverse da quelle stabilite, il datore di lavoro non può essere ritenuto responsabile del mancato governo del rischio di un’operazione non consentita, dovendo ritenersi “abnorme” la condotta del lavoratore che pone in essere l’attività vietata.

4. Ora, la censura per come proposta, concentrandosi esclusivamente sulla sussistenza del nesso di causalità, non contesta la sussistenza della condotta colposa come accertata, consistita nel non avere assicurato la piena efficienza del sistema di blocco del macchinario e nel non avere adeguatamente formato il lavoratore sul suo utilizzo. Né contesta l’assunto della Corte territoriale secondo il quale non vi sarebbe alcun elemento probatorio utile ad affermare che il lavoratore infortunato abbia utilizzato uno strumento per disattivare il sensore di sicurezza. Né, infine che la formazione impartita fosse adeguata. Si afferma, infatti, nella sentenza impugnata che il lavoratore neppure partecipò al corso di formazione “Linea di pressatura”, tanto da disconoscere la sua firma sul documento datato 5 settembre 2008, data nella quale egli non prestava neppure attività presso la società.

5. La questione va affrontata ricordando, preliminarmente che la più recente giurisprudenza, abbandonando il criterio dell’imprevedibilità del comportamento del lavoratore nella verifica della relazione causale tra condotta del reo ed evento ha sostenuto che affinché la condotta del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l’evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia.

6. Qui, non è dubbio che la violazione – consistita nel non mantenere il sistema del blocco del macchinario in perfette condizioni, essendo il microinterruttore di blocco dello sportello risultato vetusto e sensibile anche alla presenza di residui di carta – sia stata causa dell’evento, posto che il

corretto funzionamento del microinterruttore non avrebbe consentito al meccanismo di ripartire a sportello aperto.

D'altro lato, il semplice divieto di utilizzare un certo strumento o un bene aziendale o di evitare una certa attività o ancora di non accedere ad una struttura non fa venir meno l'obbligo del garante di tenere in siffatti elementi perfetta efficienza o di impedire concretamente e non solo disciplinarmente l'attività vietata. Su colui che riveste la posizione di garanzia, infatti, grava l'obbligo di porre in essere la prevenzione concreta, volta a contenere il rischio garantito, in questo caso anche normativamente prevista. Invero, il punto {URL} #160;

Nel caso di specie la condotta omissiva del datore di lavoro ha prodotto proprio l'evento temuto, essendo il macchinario ripartito indipendentemente dalla volontà dell'operatore.

Correttamente, dunque, la Corte territoriale, ha escluso l'abnormità del comportamento del lavoratore, non potendo questo ritenersi interruttivo del nesso causale, posto che, da un lato, non è sufficiente al datore di lavoro, per andare esente da responsabilità, semplicemente vietare una determinata attività, quando la norma cautelare impostagli sia rivolta ad evitare il verificarsi di eventi che dipendono dall'idoneità degli strumenti di lavoro, dall'altro, la disapplicazione delle norme di sicurezza da parte del lavoratore rientra nell'area di rischio del datore di lavoro, tanto più laddove non comporti l'attivazione di un rischio eccentrico rispetto a quello governabile con la semplice osservanza delle cautele prescritte, perché essa è di per sé prevedibile.

7. All'inammissibilità dei ricorsi consegue la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese processuali ed al versamento di euro tremila ciascuno in favore della Cassa delle Ammende.

{URL}

Dichiara inammissibili i ricorsi e condanna i ricorrenti al pagamento delle spese processuali e della somma di euro tremila ciascuno in favore della Cassa delle Ammende.

Il principio di diritto: Non è sufficiente al datore di lavoro, per risultare immune da responsabilità, vietare al lavoratore una determinata condotta, quando la norma cautelare impostagli sia rivolta ad evitare il verificarsi di eventi che dipendono dall'idoneità degli strumenti di lavoro; d'altro canto, la disapplicazione delle norme di sicurezza da parte

del lavoratore rientra nell'area di rischio del datore di lavoro, tanto più laddove non abbia ad oggetto un rischio eccentrico rispetto a quello governabile con la semplice osservanza delle cautele prescritte, perché essa è di per sé prevedibile.

Il caso ed il processo: in sede di merito, gli imputati, quali datori di lavoro della persona offesa, erano stati condannati per il delitto di lesioni colpose subite dal lavoratore, consistenti nell'amputazione di un piede.

In particolare, secondo la ricostruzione operata dalla Cassazione, un operaio, addetto ad una pressa per la carta, a causa dell'inzeppamento del macchinario, aveva aperto uno sportello di ispezione e, non essendo riuscito a rimuovere il materiale che aveva causato il blocco dell'apparecchiatura neppure con l'impiego di una leva, aveva a quel punto tentato di intervenire con il piede. In quel frangente, tuttavia, la pressa – nonostante l'apertura dello sportello – si era rimessa in funzione, provocando lo schiacciamento dell'arto dell'operaio, con le conseguenze lesive descritte in pronuncia.

Alla luce di tale complesso quadro, la responsabilità degli imputati era stata fondata, nei primi due gradi di giudizio, essenzialmente, sulla *culpa in vigilando*, sulla violazione degli obblighi di formazione dell'addetto alla pressa, nonché sull'inidoneità del macchinario, non dotato di adeguato dispositivo di blocco e, quindi, pericoloso.

Avverso la pronuncia di condanna, dunque, erano insorti gli interessati con ricorso davanti alla suprema Corte, deducendo, in sintesi, che il comportamento tenuto nell'occasione dal dipendente fosse contrario alle direttive datoriali e che, conseguentemente, l'evento lesivo non avrebbe potuto essere addebitato ai soggetti in posizione di garanzia, dovendosi escludere profili di rimproverabilità per l'infortunio occorso.

La soluzione resa dalla Corte: la Cassazione ha dichiarato i ricorsi inammissibili; in particolare, la Corte ha rimarcato che dalla ricostruzione dei fatti operata nei precedenti gradi di giudizio, oramai definitivamente accertata, sarebbe emersa la violazione da parte dei datori-garanti delle norme che stabiliscono requisiti minimi di sicurezza dei macchinari, rappresentati dal blocco dell'apparecchiatura, non riattivabile se non per impulso da parte dell'addetto, nonché dell'obbligo di formazione, non essendo risultato che l'operaio infortunatosi avesse partecipato a specifici corsi sulla sicurezza.

La Cassazione, dunque, ripercorrendo brevemente gli orientamenti diffusi in giurisprudenza, ha ricordato che il datore di lavoro è obbligato ad impiegare nel ciclo produttivo macchinari dotati di requisiti di sicurezza e che, in caso di violazione, egli non possa invocare la circostanza che il dipendente abbia disatteso espressi divieti impartiti proprio al fine di evitare infortuni dipendenti dal malfunzionamento del macchinario.

La medesima Corte ha proseguito rilevando che se *da un lato* il difetto del macchinario renderebbe l'infortunio prevedibile *in re ipsa*, “non eccentrico”, *dall'altro* il difetto di formazione avrebbe costituito il “sottofondo” della vicenda lesiva: talchè la manifesta infondatezza del gravame, con conseguente declaratoria di inammissibilità.

Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema: la sentenza evoca il tema della {URL}

La Corte di cassazione, per altro verso, da tempo utilizza termini quali “abnormità”, “eccentricità”, “esorbitanza” per definire le condizioni al ricorrere delle quali la condotta del lavoratore potrebbe escludere, come “causa sorpassante”, o come elemento “imprevedibile” (o ancora esterno alla sfera di rischio da governare), la responsabilità del datore; si tratta, però, di parametri “fluidi”, che si rivelano materiale plastico nelle mani delle interpreti, consentendo di valorizzare in ottica di condanna comportamenti talora privi dei necessari caratteri dell'illecito colposo e, inoltre, con palese confusione (e reciproca supplenza) tra componente soggettiva ed oggettiva del reato.

Questi orientamenti, “ostili” al datore di lavoro, prendono le mosse dalla formulazione “anodina” dell'art. 41 {URL} (atteso l'impiego del termine “sufficiente” associato al fattore causale sopravveniente che dovrebbe qualificarsi come “sorpassante”) non possiede alcuna reale capacità selettiva; analogamente, l'art. 2087 {URL} *contra reum*.

Valga considerare, in proposito, che non di rado la Cassazione ha addirittura affermato, in maniera *tranchant*, che basterebbe che l'infortunio occorra al dipendente nello svolgimento della mansione a questi assegnata per far scattare la responsabilità datoriale.

Più in generale, risulta che la Cassazione sia approdata assai raramente alla soluzione assolutoria dell'imputato-datore in relazione ad eventi lesivi occorsi al lavoratore per via di autoesposizione, soprattutto a seguito dell'attivazione da parte del datore di una qualsivoglia fonte di pericolo per la sicurezza.

Volendo ora, però, focalizzare l'attenzione sugli infortuni derivanti dall'utilizzo di macchinari, si nota che, nella vasta casistica, sparuti sono i precedenti favorevoli al datore di lavoro in caso di autoesposizione a pericolo da parte del lavoratore; tra di essi si segnala Cass., Sez. IV, 28 novembre 2018, n. 5007 sul sinistro occorso al dipendente che, al fine di sbloccare un macchinario al quale era addetto, invece di utilizzare un apposito strumento, aveva inserito la mano negli ingranaggi dell'utensile, subendo lesioni; Cass., Sez. IV, 10 novembre 1989, Addesso, in {URL}

Tornando al caso di specie, tuttavia, si può osservare che il caso sottoposto alla Corte, stavolta, era tutto sommato “facile”, in quanto una serie di criticità contestate dall'accusa non erano state – almeno per quanto rilevato dalla sentenza in commento – smentite in

maniera convincente. Difatti, per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di formazione e informazione, secondo quanto riferito dalla Cassazione, la difesa non aveva fornito la prova dell'esperienza acquisita dal lavoratore; in ordine alla presunta manomissione del macchinario ad opera dell'addetto, la stessa – prospettata come causa alternativa rispetto all'accertato malfunzionamento e ai difetti riscontrati nella pressa – è rimasta un assunto difensivo privo di dimostrazione.

Per quanto più attiene alla colpa, infine, vi è un inciso nella sentenza che la Corte non ha neppure adeguatamente valorizzato, sebbene esso costituisca la cartina di tornasole della vicenda: «in altre occasioni gli addetti al macchinario avevano proceduto nel medesimo modo». È questo particolare che, in realtà, pone in definitivo *off side* la condotta del datore di lavoro, poiché la circostanza che l'iniziativa del lavoratore, consistente nello sblocco “manuale” dell'apparecchiatura, si inserisse in una prassi consolidata, ad uno con il fatto che si trattava evidentemente di una manovra pericolosa in considerazione delle caratteristiche dello strumento (tant'è che il datore aveva eccepito di averla espressamente vietata), rendono l'evento lesivo che si è verificato prevedibile ed evitabile, con ogni consequenziale effetto circa le accertate violazioni di regole cautelari generiche e/o specifiche, risultate causali rispetto all'evento lesivo tipico.

Su questi temi, per un'ampia panoramica della giurisprudenza, sia tollerato il rinvio a De Lia, *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della “vittima” nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel giardino degli epiteti*, in *Cass. Pen.*, 2019, pp. 4317 ss. A livello monografico, vd. Civello, *Il principio del sibi impudet nella teoria del reato*, Torino, 2017; per il problema dell'identificazione dell'autoesposizione al consenso dell'avente diritto vd. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008. Le tematiche relative al rapporto tra diritto penale e sicurezza sul lavoro sono state oggetto di una ampia e recente monografia di Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2020.

ALTRE PRONUNCE IN RASSEGNA

Cassazione, Sez. III, 15 luglio 2021, dep. 7 settembre 2021, n. 33089 – Pres. Di Nicola – Rel. Liberati – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 452-*quaterdecies* {URL})

Ai fini della configurabilità del delitto disciplinato all'art. 452-*quaterdecies* {URL}

Cassazione, Sez. II, 28 maggio 2021, dep. 9 settembre 2021, n. 33497 – Pres. Rago – Rel. Mantovano – {URL} (*omissis*) – Ric. {URL} (rif. art. 640-*bis* {URL})

In tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche assume valenza decettiva la condotta del responsabile di una società, concessionaria di più emittenti radio-televisive, che, per conseguire le agevolazioni finanziarie previste dalla l. 23 dicembre 1998, n. 448, e dal decreto ministeriale 5 novembre 2004, n. 292, contravvenendo all'obbligo di separazione contabile in relazione a ciascuna emittente, attesti falsamente la riferibilità di taluni dati essenziali dell'attività ad un'emittente anziché all'effettiva (come nel caso del fatturato medio e del numero dei dipendenti), atteso che la mancata osservanza del suddetto obbligo impedisce l'espletamento dei controlli da parte delle autorità preposte a verificare i requisiti di ogni singola emittente richiedente i contributi.

Cassazione, Sez. III, 6 luglio 2021, dep. 15 settembre 2021, n. 34103 – Pres. Di Nicola – Rel. Semeraro – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 589 {URL})

In tema di prevenzione degli infortuni, le omissioni o le carenze del documento di valutazione dei rischi adottato dal datore di lavoro non esonerano da responsabilità per le lesioni occorse ai lavoratori gli ulteriori garanti della sicurezza sul lavoro, atteso che la constatazione dell'esistenza di un rischio impone loro, nell'ambito delle rispettive competenze, di adottare le misure appropriate per rimuoverlo.

Cassazione, Sez. III, 16 giugno 2021, dep. 16 settembre 2021, n. 34395 – Pres. Rosi – Rel. Mengoni – {URL} (parz. diff.) – Ric. {URL} (rif. l. 30 aprile 1962, n. 283, art. 5 lett. b)

Ai fini della configurabilità della contravvenzione di detenzione per la vendita di sostanze alimentari in cattivo stato di conservazione, lo stato di cattiva conservazione riguarda quelle situazioni in cui le sostanze alimentari, pur potendo essere ancora genuine e sane, si presentano mal conservate, e cioè preparate, confezionate o messe in vendita senza l'osservanza delle prescrizioni dirette a prevenire il pericolo di una loro precoce degradazione, contaminazione o comunque alterazione del prodotto (nel caso di specie si trattava della rivendita su pubblica via – in modo ambulante e senza alcuna autorizzazione – di carciofi arrostiti, cucinati all'aperto, privi di copertura o protezione e, quindi, esposti agli agenti inquinanti provenienti dalle autovetture in transito).

Cassazione, Sez. VI, 22 giugno 2021, dep. 16 settembre 2021, n. 34536 – Pres. Petruzzellis – Rel. Amoroso – {URL} (parz. diff.) – Ric. C. {URL} (rif. art. 39 {URL})

Al riguardo della costituzione dell'ente nell'ambito del procedimento per la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, non deve essere confusa l'incompatibilità dell'imputato a rappresentare l'ente *ex art. 39 {URL}* (che determina l'inammissibilità della costituzione in giudizio) con l'incompatibilità del difensore

nominato dal soggetto legittimato a rappresentare l'ente e dall'imputato persona fisica. In questo secondo caso, infatti, non trova applicazione la presunzione legale di incompatibilità dettata dalla predetta disposizione, ma solo un'ipotetica e astratta incompatibilità del difensore che va verificata in concreto, secondo i principi generali validi in questa materia, in forza dei quali l'assunzione da parte di uno stesso difensore della difesa di più imputati con diversa posizione giuridica è causa di nullità solo se risulti un effettivo e concreto pregiudizio alla difesa del singolo assistito, ovvero quando le linee difensive dei due soggetti difesi dallo stesso avvocato risultino in concreto tra loro inconciliabili.

Cassazione, Sez. IV, 17 giugno 2021, dep. 29 settembre 2021, n. 35652 – Pres. Di Salvo – Rel. Ranaldi – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 590 {URL})

In materia di sicurezza sul lavoro, il delegato aziendale alla sicurezza non risponde dell'infortunio occorso in un settore che, in materia di sicurezza, era stato avvocato dai vertici aziendali, ovvero centralizzato. La delega, infatti, non opera dove non vengono attribuiti poteri di gestione e risoluzione dei problemi. La delega alla sicurezza sul luogo di lavoro, in sostanza, ha connotazioni non solo formali, ma anche sostanziali. Di conseguenza, affinché la delega possa ritenersi operativa ai fini dell'attribuzione di responsabilità al preposto, tali aspetti devono convergere (nel caso di specie è stata annullata la condanna per lesioni personali colpose a carico del delegato alla sicurezza che era stato privato dei poteri operativi su decisione dei vertici aziendali, i quali avevano centralizzato le scelte in materia di sicurezza lavoro relativamente al settore in cui si era poi verificato l'infortunio).

Cassazione, Sez. IV, 22 settembre 2021, dep. 5 ottobre 2021, n. 36153 – Pres. Piccialli – Rel. Pavich – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. 590 {URL})

In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, l'obbligo del datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori macchinari provvisti di blocco automatico atto a impedire di entrare in contatto con le parti in movimento è configurabile anche in relazione alle attrezzature acquistate prima dell'entrata in vigore della Direttiva Macchine del 1996, in base al combinato disposto di cui agli artt. 70, comma 2, {URL}

Cassazione, Sez. II, 14 settembre 2021, dep. 5 ottobre 2021, n. 36180 – Pres. Diotallevi – Rel. Recchione – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 648-ter.1 {URL})

Integra il delitto di autoriciclaggio l'immissione nel mercato dei beni provento di furto mediante vendita a terzi, attesa la natura economica di tale attività che trasforma i beni in denaro e produce reddito, così dissimulando l'origine *contra ius* degli stessi e ostacolando concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa.

Cassazione, Sez. IV, 7 luglio 2021, dep. 6 ottobre 2021, n. 36181 – Pres. Di Salvo – Rel. Di Salvo – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 590 {URL})

Va confermata la sentenza che ha riconosciuto la responsabilità del datore di lavoro per le lesioni riportate da un lavoratore scontratosi con il carrello di sollevamento e trasporto condotto da altro lavoratore, essendo emerso che l'imputato, in qualità di datore di lavoro e di direttore di stabilimento, aveva omesso di disporre che le vie di circolazione e transito fossero predisposte e segnalate in modo tale che le aree di deposito e quelle di lavoro fossero differenziate, così da evitare interferenze tra pedoni e carrelli elevatori, garantendo la sicurezza dei pedoni e dei veicoli.

Cassazione, Sez. VI, 28 settembre 2021, dep. 12 ottobre 2021, n. 37085 – Pres. Mogini – Rel. Aprile – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 10-*quarter* {URL})

Il reato di indebita compensazione di crediti non spettanti o inesistenti, di cui all'art. 10-*quater* {URL}

Cassazione, Sez. III, 15 luglio 2021, dep. 14 ottobre 2021, n. 37383 – Pres. Di Nicola – Rel. Reynaud – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 589 {URL})

In materia di infortuni sul lavoro, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione ha l'obbligo di elaborare, nel documento di valutazione dei rischi, i sistemi di controllo sull'attuazione delle misure precauzionali richieste dal tipo di attività lavorativa, ma non è tenuto a controllare che il datore di lavoro adempia alle misure indicate nel documento, sicchè risponde per eventuali eventi lesivi, ai sensi dell'art. 40, cpv, {URL}

Cassazione, Sez. V, 22 settembre 2021, dep. 14 ottobre 2021, n. 37459 – Pres. Miccoli – Rel. Brancaccio – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL})

L'oggetto del reato di bancarotta fraudolenta documentale può essere rappresentato da qualsiasi documento contabile relativo alla vita dell'impresa, dal quale sia possibile conoscere i tratti della sua gestione, diversamente da quanto previsto per l'ipotesi di bancarotta semplice documentale, in relazione alla quale l'oggetto del reato è individuato nelle sole scritture obbligatorie.

Cassazione, Sez. V, 22 settembre 2021, dep. 14 ottobre 2021, n. 37461 – Pres. Miccoli – Rel. Brancaccio – {URL} (diff.) – Ric. {URL} (rif. art. 216 {URL})

Sussiste la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nel caso di riqualificazione dell'originaria imputazione di bancarotta preferenziale nel più grave reato di bancarotta per distrazione, quando il fatto storico risulti oggettivamente diverso da quello contestato, per la trasformazione radicale della fattispecie concreta nei suoi

elementi essenziali, tale da ingenerare incertezza sull'oggetto dell'imputazione e pregiudicare il diritto di difesa.

Cassazione, Sez. III, 14 settembre 2021, dep. 14 ottobre 2021, n. 37576 – Pres. Petruzzellis – Rel. Di Stasi – {URL} (conf.) – Ric. {URL} (rif. art. 11 {URL})

Ai fini della configurabilità del reato di cui al {URL}

Note e riferimenti bibliografici

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7872>