



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Quaderni di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

15

VALENTINA COLCELLI

PROFILI CIVILISTICI DEL MERCATO DEI CERTIFICATI VERDI



2012

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

©Copyright 2011 by
Istituto per gli Studi Economici e Giuridici
“Giacchino Scaduto” - Spin-off della
Università degli Studi di Perugia

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

ISBN 978-88-95448-37-4

Edizione 2012

Il volume è stato impresso in Italia, per conto dell'Istituto per gli Studi Economici e Giuridici “Giacchino Scaduto” s.r.l. – Spin-off dell'Università degli Studi di Perugia, Via Margutta, 1/A - Roma: P.I. 08967801005

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

INDICE SISTEMATICO

CAPITOLO PRIMO

LA FUNZIONE DEL DIRITTO PRIVATO NEL MERCATO DELLELETTRICITÀ DA FONTI RINNOVABILI

1. – La funzione del diritto privato nel mercato elettrico da fonti rinnovabili	pag.	9
2. – Certificati Verdi e la tutela dell’ambiente attraverso il mercato »		14
3. – La funzione del diritto privato nel mercato interno »		17
4. – Piano del lavoro »		22

CAPITOLO SECONDO

I CERTIFICATI VERDI: NATURA GIURIDICA E QUALIFICAZIONE

1. – Qualche puntualizzazione iniziale	»	25
2. – I Certificati Verdi, titoli di credito e titoli impropri	»	26
2.1. – La “non” astrazione dei Certificati Verdi	»	28
2.2. – La “non” autonomia dei Certificati Verdi	»	30
2.3. – La “non” letteralità dei Certificati Verdi	»	31
2.4. – Certificati Verdi e titoli di credito atipici, impropri e titoli legittimazione	»	32

3. – Certificati Verdi dentro la storica riflessione circa la differenza tra Diritti e beni giuridici	pag.	34
4. – Certificati Verdi e diritti soggettivi	»	37
5. – Sulla nozione di bene giuridico e su quella di diritto	»	42
6. – Bene come diritto di proprietà nella giurisprudenza C.E.D.U	»	47
7. – Il contributo del diritto privato comunitario ai “nuovi beni”	»	51
8. – L’idoneità dei Certificati Verdi ad essere beni	»	60
9. – Sulla nozione di bene giuridico e su quella di diritto	»	62

CAPITOLO TERZO

LA PARTECIPAZIONE ALLE TRANSAZIONI NEL MERCATO DEI CERTIFICATI VERDI

1. – Introduzione alla questione	»	65
2. – La scelta del contraente	»	68
3. – I contratti d’adesione al Mercato dei Certificati Verdi come contributo alla riflessione al concetto di parte del contratto	»	72
4. – Le limitazioni all’autonomia negoziale nei contratti d’adesione al Mercato dei Certificati Verdi	»	75
5. – Il contratto di adesione al mercato elettrico	»	76
6. – Mercato, contratto e sussidiarietà	»	84

CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI ADESIONE AL MERCATO DEI CERTIFICATI VERDI

1. – La conclusione del contratto c.d. d’adesione	»	87
1.1. – Conclusione del contratto tra G.M.E. ed operatore: sua analisi economica	»	97

2. – I caratteri del c.d. contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi	pag. 100
2.1. – Gli obblighi dell’operatore e del G.M.E	» 103
3. – La Disciplina di cui al DM 19 dicembre 2003 come condizioni generali del contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi?	» 105
3.1. – I capitoli d’appalto e le condizioni generali di contratto	» 107
3.2. – La natura del richiamo della «Disciplina» nel contratto di adesione	» 111
3.3. – Clausole vessatorie nei contratti della pubblica amministrazione ed in quello di adesione al mercato dei Certificati Verdi	» 113
4. – Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E.	» 116
4.1. – (Segue) Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E. ed il problema della sua reputazione. Cenni di analisi economica	» 117
5. – Risoluzione del contratto per perdita della qualifica d’operatore e penale a favore del G.M.E.	» 119
5.1. – Il significato economico della clausola penale dell’art. 8 del contratto d’adesione	» 123

CAPITOLO QUINTO

IL CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DEL CERTIFICATO VERDE NEL MERCATO ORGANIZZATO DAL G.M.E.

1. – Il contratto di compravendita dei Certificati Verdi	» 125
2. – Partecipazione e garanzie di informazione per l’operatore	» 126
3. – Le modalità delle contrattazioni	» 129
4. – Il problema del momento di perfezionamento del contratto di compravendita dei Certificati verdi	» 133

CAPITOLO SESTO
IL CONTRATTO BILATERALE DI COMPRAVENDITA
DEI CERTIFICATI VERDI

1. – I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato	pag. 136
1.1. – (segue) I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato. Adempimenti e condizioni	» 139
2. – Clausole standardizzate nei contratti bilaterali di compravendita dei Certificati Verdi	» 140
2.1. – Clausola di legittimazione a contrarre	» 141
2.2. – Clausole che disciplinano i meccanismi di trasferimento dei Certificati Verdi	» 147
2.3. – Clausole penali e Clausole di garanzia	» 148
2.4. – Condizioni risolutive del contratto	» 149

CAPITOLO SETTIMO
I NUOVI BENI

1. – La costruzione del mercato elettrico e la centralità del contratto	» 154
2. – Knowledge-based Society ed immaterialità dei beni	» 158
3. – Genesi e tutela dei beni immateriali tradizionali. Cenni	» 163
4. – Certificati Verdi, informazioni, dati, ed altro: strumenti per una riflessione sulla nozione di bene giuridico immateriale	» 175
5. – Considerazioni conclusive	» 186
INDICE DEGLI AUTORI	» 193

CAPITOLO PRIMO

LA FUNZIONE DEL DIRITTO PRIVATO NEL MERCATO DELL'ELETTRICITÀ DA FONTI RINNOVABILI

SOMMARIO: 1. La funzione del diritto privato nel mercato elettrico da fonti rinnovabili. — 2. Certificati Verdi e la tutela dell'ambiente attraverso il mercato. — 3. La funzione del diritto privato nel mercato interno. — 4. Piano del lavoro.

1. — *La funzione del diritto privato nel mercato elettrico da fonti rinnovabili*

Esiste un innegabile rapporto fra il diritto dei contratti e la regolazione del mercato del settore elettrico.

Il settore in esame, infatti, recentemente toccato dal processo di liberalizzazione, mostra con più evidenza di altri la stretta connessione esistente tra due corpi normativi, quello amministrativo e quello privatistico quali leganti intrinseci tra il fenomeno del mercato e la presenza del diritto⁽¹⁾.

La marcata presenza di strumenti tipici del diritto privato nella regolazione del mercato si giustifica in ragione delle note vicende legislative in tema di liberalizzazioni. Le norme comunitarie, in primo luogo, hanno imposto ed impongono agli Stati di abolire i diritti speciali ed esclusivi in alcuni settori⁽²⁾, dichiarando libera l'attività

⁽¹⁾ Il riferimento è a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003.

⁽²⁾ Per una ricostruzione del quadro normativo europeo che ha dato l'impulso, attraverso lo strumento delle direttive, alla liberalizzazione regolamentata del mercato dell'energia, in un'ottica più ampia di una graduale sostituzione dello Stato impren-

che era precedentemente riservata⁽³⁾.

La trasformazione dei servizi pubblici, in particolare di quelli nazionali, consentono di indagare il problema fondamentale del rapporto e dell'interazione tra le regole pubbliche e l'autonomia privata⁽⁴⁾.

Finalità, procedure e tecniche di regolazione evidenziano come la privatizzazione miri proprio a garantire le condizioni di esercizio dell'iniziativa economica privata e della libertà contrattuale.

In virtù dell'intervento del diritto comunitario in questo settore, al pari di quanto accaduto in altri settori dei servizi pubblici, l'arretramento del diritto amministrativo non significa creazione di un mercato *libero*.

Nel caso specifico del settore in esame, lo smembramento dei monopoli elettrici verticalmente integrati ha determinato la necessità di trovare nuove soluzioni per il coordinamento fra i diversi segmenti della filiera. Il mercato elettrico tra l'altro può dirsi una filiera complessa⁽⁵⁾.

ditore e fornitore di beni e servizi di pubblica utilità con uno Stato regolatore degli stessi settori, si veda AA.VV., E. BRUTTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007.

⁽³⁾ In tema di europeizzazione dei servizi pubblici e liberalizzazione si veda P. E. MORTHORST, *A green certificate market combined with a liberalised power market*, in *Energy policy*, 31, 2003, p. 1393 ss., il quale ricorda come: «*in achieving GHG-reductions as intended by the Kyoto-protocol, the deployment of renewable energy technologies is expected to be one of the more important options. Presently, there is no general agreement in the EU on which instruments to use in developing these renewable sources, but one of the relevant ones is the establishment of an international market for tradable green certificates (TGCs)*».

⁽⁴⁾ G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole di mercato*, in *Contr. Impr.*, 1989, pp. 369ss., e N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 3 ss.

⁽⁵⁾ Per una definizione di filiera si veda in generale L. COSTATO, *Compendio di Diritto Alimentare*, 2002, Padova, Premessa, p. XVII e ss.: «la filiera, pertanto, è composta da tutti gli imprenditori che partecipano, anche in modo marginale, alla composizione del prodotto finito».

In Italia, così come in Francia ed in Portogallo, almeno inizialmente si è proceduto con l'adozione di meccanismi organizzativi e gestionali accentrati. Le attuali direttive ammettono l'accesso regolamentato alla rete, superando così ogni forma di gestione che può dirsi accentrata⁽⁶⁾.

Venuta meno la direzione unitaria del monopolista anche le relazioni contrattuali e l'integrazione orizzontale sono divenuti strumenti utilizzabili per garantire l'equilibrio del sistema.

Il diritto comunitario ha disciplinato con profondità le modalità tecniche di funzionamento del mercato elettrico e quelle da fonti rinnovabili⁽⁷⁾.

L'accentuazione della presenza del diritto privato come modalità di regolamentazione dei mercati trova allora giustificazione sotto due profili.

Il primo legato all'avvento delle Autorità indipendenti e l'altro alla particolare funzione che la contrattualistica assume nell'incentivazione al ricorso alle energie c.d. verdi. In questo secondo caso il mercato, specificatamente quello elettrico, diventa il luogo – ed una delle possibili vie preferenziali – per l'effettiva realizzazione della politica ambientale comunitaria⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Cfr art. 6, dir. 2003/54/CE, per cui gli Stati potranno intervenire per commissarie mediante gare pubbliche, la produzione aggiuntiva di energia elettrica al fine di integrare l'iniziativa privata.

⁽⁷⁾ Si veda per una ricostruzione dei provvedimenti comunitari nel settore R. CIP-PITANI, *Situazioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici per la ricerca. Il caso della ricerca del sistema elettrico*, in *Rass. giur. umbra*, numero unico, 2006, p. 451 ss.

⁽⁸⁾ Ricorda Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2010, ordinanza n. 624, in *www.ambientediritto.it*, che proprio in sede comunitaria è stato posto l'obiettivo di adottare misure appropriate atte a promuovere il consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità (cfr. Direttiva 27.9.2001 n. 77/CE, art. 6), riducendo gli ostacoli normativi e di altro tipo, razionalizzando – e, quindi, non complicando in misura eccessiva – e accelerando le procedure a livello amministrativo.

L'avvento delle autorità indipendenti che ha accompagnato l'avvio dei processi di liberalizzazione, ha invero modificato il sistema di produzione di fonti del diritto.

Il diritto prodotto dalle autorità indipendenti è «per molti versi diritto privato: imperativo e suppletivo, condizionale e non finalistico, negoziato e non imposto»⁽⁹⁾.

Le autorità indipendenti hanno compiti nuovi, direttamente attribuiti loro dall'ordinamento europeo.

I compiti *comunitariamente* loro assegnati attengono alla regolamentazione di rapporti tra operatori, tra imprese e utenti per finalità diverse dal passato.

L'intervento delle autorità nei campi di loro competenza sembra non essere coincidente con il raggiungimento di fini macroeconomici, come tipico dell'intervento dello Stato nel mercato, ma al contrario diretto alla promozione della concorrenza e alla protezione dei consumatori.

Si è affermato a tale proposito come il diverso fine che giustifica il potere delle Autorità indipendenti incide anche sulla qualificazione di azioni quali la determinazione delle tariffe. Nella determinazione delle tariffe esistono in capo alle Autorità indipendenti poteri formalmente identici alle pubbliche amministrazioni: qui la predisposizione dei tariffari era essenzialmente dettata da politiche di sviluppo e di contenimento dell'inflazione; ora, invece queste sono dirette a coprire i costi di una gestione efficiente del servizio, secondo i principi di una regolazione mimetica del mercato⁽¹⁰⁾.

Al diritto prodotto dalle Autorità indipendenti in generale non può invero applicarsi la logica tradizionale del conflitto autorità/libertà proprio del rapporto tra amministrazione e cittadino.

⁽⁹⁾ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, 2005, Bologna, spec. p. 33 ss.

⁽¹⁰⁾ G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 101.

La regolazione, infatti, si iscrive in una dialettica tra soggetti portatori di interessi contrapposti, alcuni dei quali invocano espressamente l'intervento pubblico, invece di opporsi ad esso⁽¹¹⁾.

«D'altra parte, l'offerta dei servizi è oramai un'attività privata soggetta al diritto comune e alle norme *antitrust*, piuttosto che alle regole che governano l'azione dei pubblici poteri. (...) La speciale disciplina regolativa, anche ove organizzata in forma amministrativa, mira, dunque, a garantire il funzionamento del mercato e a proteggere i consumatori, non a perseguire fini pubblici»⁽¹²⁾.

La disciplina europea nel settore elettrico e l'incentivazione all'uso delle energie c.d. verdi attraverso sistemi di promozione è inoltre modalità di attuazione delle politiche ambientali europee.

Si è giustamente fatta una distinzione tra la tutela dell'ambiente nel mercato ed attraverso il mercato⁽¹³⁾, sottolineando come nel primo caso è lo stesso mercato che si adatta ad un contesto regolatorio più sensibile alle tematiche ambientali e si dota spontaneamente di strumenti funzionali in qualche modo alla tutela dell'ambiente.

Più precisamente e diversamente, la tutela dell'ambiente attraverso il mercato consta nella messa in opera di strumenti che fanno leva sulle dinamiche di mercato stesso e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente. In alcuni casi tali strumenti prescindono del tutto dall'impiego di misure autoritative da parte dell'autorità pubbliche che pur si fanno parte attiva per promuoverli.

In questa seconda dimensione lo Stato assume così il ruolo di facilitatore.

⁽¹¹⁾ Ancora G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 98.

⁽¹²⁾ Testualmente G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., p. 42.

⁽¹³⁾ Il riferimento è M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, 1, 2007, pp. 219 – 239.

2. — *I Certificati Verdi e la tutela dell'ambiente attraverso il mercato*

Esempio di tale modalità d'intendere il mercato è il ricorso al sistema dei Certificati Verdi⁽¹⁴⁾. Questo realizza un'incentivazione basata su un obbligo legislativo che impone, inizialmente con riferimento solo ai produttori ed agli importatori di energia elettrica⁽¹⁵⁾, d'immettere nella rete un quantitativo minimo di energia prodotta da fonti rinnovabili⁽¹⁶⁾. Per l'adempimento di questo obbligo la legge permette agli stessi operatori di acquistare, in tutto o in parte, la quota equivalente ed i relativi diritti da produttori di energia da fonti rinnovabili. A guidare la scelta degli operatori sarà la convenienza economica di produrre direttamente i quantitativi di questo tipo di energia operando all'uopo gli investimenti necessari agli impianti, oppure acquistando dei titoli (Certificati Verdi) da produttori che immettono nella rete l'energia prodotta da fonti rinnovabili⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Sulla scelta italiana di utilizzare i Certificati Verdi come sistema d'incentivazione allo sviluppo della produzione ed utilizzo di energie rinnovabili si veda A. LORENZONI, *The Italian Green Certificates market between uncertainty and opportunities*, in *Energy policy*, 31, 2003, p. 33 ss. L'analisi invece di questo strumento d'incentivazione nei mercati Inglese, Svedese ed americano, specificatamente dello stato del Texas è svolta da A. KILDEGAARD, *Green certificate markets, the risk of over-investment, and the role of long-term contracts*, in *Energy policy*, 36, 2008, p. 3413 ss.

⁽¹⁵⁾ Studiava il rapporto dell'allora Enel con il sistema d'incentivazione attraverso i Certificati Verdi S. GUARNIERI, *Enel ed i Certificati Verdi*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 2, 2006, p. 259 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul sistema d'incentivazione alla produzione ed uso di energia da fonti rinnovabili si veda M. PANELLA, *L'incentivazione dell'energia elettrica con i certificati verdi e la procedura di qualificazione degli impianti di produzione*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 2, 2006, p. 147 ss.

⁽¹⁷⁾ Afferma O.V. MARCHENKO, *Modeling of a green certificate market*, in *Renewable energy*, 33, 2008, p. 1957: «a mathematical model was developed to study the economic mechanism of promoting RES development – a green certificate market. (...) It is shown that the mechanism of green certificates is not a ideal means for minimizing

I produttori che non possono, o non vogliono, produrre in proprio elettricità con impianti I.A.F.R.⁽¹⁸⁾, ovvero che non riescano a raggiungere la quota – fissata inizialmente al 2%⁽¹⁹⁾ – potranno allora acquistare i necessari Certificati Verdi dai gestori di impianti I.A.F.R., o tramite accordi diretti o rivolgendosi alla Borsa dei Certificati Verdi. Per ottenere un Certificato Verde bisogna produrre annualmente almeno 50.000 kwh di energia elettrica, ma per piccoli impianti basta una produzione di energia superiore ai 25.000 kwh annui. I Certificati Verdi sono attribuiti dal gestore della rete (G.S.E.⁽²⁰⁾, già G.R.T.N.⁽²¹⁾).

A seguito di apposita procedura di qualificazione degli impianti dei privati, è il G.S.E. ad emettere i Certificati Verdi secondo tre modalità: emissione a consuntivo, a preventivo per impianti qualificati ma non ancora in esercizio, nonché a preventivo per impianti che invece sono ancora operativi. Nella prima ipotesi il numero dei Certificati Verdi da emettere viene determinato in base all'effettiva

the impact of energy on the environment: the economic effect turns out to be smaller than the maximum possible one. However, this deviation is relatively small. Therefore, the green certificate market allows the external effects to be partially taken into account. This market creates incentives for investors, electricity producers and consumers to bring the structure of the power system, electricity production and consumption modes closer to optimum values from the viewpoint of the economy as a whole».

⁽¹⁸⁾ Per I.A.F.R. si intendono gli «Impianti Alimentati da Fonti Rinnovabili».

⁽¹⁹⁾ Il Decreto lgs. 29/12/03 n. 38, in recepimento della Direttiva 2001/77/CE stabilisce un incremento della quota d'obbligo, inizialmente di 0,35 punti percentuali a decorrere dal 2004 e fino al 2006.

⁽²⁰⁾ Gestore dei Servizi Elettrici s.p.a.: la società è stata costituita ai sensi dell'art. 3, comma 4, del decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e dell'articolo 1, lettere a), b), e c) e 3, del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 maggio 2004; unico azionista è il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il G.S.E. è capogruppo delle due società controllate dall'AU (Acquirente Unico) e del G.M.E. (Gestore del Mercato Elettrico).

⁽²¹⁾ Dal 1° ottobre 2006 il G.R.T.N. ha cambiato denominazione sociale: si chiama G.S.E.

produzione netta realizzata dall'impianto nell'anno precedente. In ragione dell'emissione a preventivo, invece, i Certificati Verdi vengono determinati in base alla produzione attesa di impianti qualificati e non ancora in esercizio. I Certificati vengono emessi a preventivo anche in relazione alla produzione di impianti qualificati e già in esercizio. In termini di durata della validità, i Certificati Verdi rimangono validi per l'anno cui si riferiscono ed, al fine di ottemperare l'obbligo di immissione, per i due anni successivi a quello di riferimento.

Il quadro normativo del settore è rappresentato dal decreto legislativo 79/1999, nonché dal Decreto del Ministero dell'Industria dell'11 Novembre 1999, così come dalla normativa di qualifica degli Impianti Alimentati da Fonti Rinnovabili (I.A.F.R.), e da ultimo dal d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387.

Con la legge del 23 luglio 2009, n. 99, la cosiddetta *legge sviluppo* si sono introdotte alcune modifiche al sistema di incentivazione dei Certificati Verdi. Gli interventi sono legati ad una nuova individuazione dei soggetti obbligati all'acquisto dei Certificati Verdi, nonché al trattamento degli impianti di cogenerazione. L'articolo 27, comma 18, legge cit., ha imposto l'obbligo di acquisto anche all'utente del dispacciamento in prelievo. In ragione della novella del 2009 sono pertanto tenuti all'acquisto dei Certificati Verdi, oltre i produttori ed importatori di energia, la società Acquirente Unico S.p.a. per i clienti ammessi al servizio di maggior tutela, gli esercenti il servizio di salvaguardia, nonché i c.d. clienti finali del mercato libero, cioè quelli non serviti in maggior tutela o in salvaguardia. Per quest'ultimi l'acquisto avviene attraverso un *retailer*, un venditore al dettaglio, delegato a concludere sia il contratto di trasporto che quello di dispacciamento. La novella troverà applicazione a partire dal primo gennaio 2011. In questo modo si consente agli acquirenti di scegliere di avere, in maniera garantita e consapevole, energia prodotta da impianti non inquinanti. È anche una forma di testimonianza della propria sensi-

bilità ed attenzione all'ambiente attraverso la promozione degli investimenti in questo settore.

3. — *La funzione del diritto privato nel mercato interno europeo*

I rapporti che l'ordinamento comunitario regola sono rapporti finalizzati alla conservazione del sistema legale che nasce dai Trattati e che la Corte, negli interstizi anche del criterio dello scopo di tutela della norma, ha per primo decodificato e che continua ad interpretare⁽²²⁾.

Lo Stato, o meglio l'Unione europea, attraverso il mercato cura un interesse pubblico usando però anche strumenti privatistici.

Tale dato, è comunque conferma di una tendenza generale per l'Unione, che sembra regolare i rapporti orizzontali per le stesse ragioni per cui lo stesso disciplina i rapporti verticali: la creazione e la conservazione dell'ordine giuridico economico voluto dai Trattati.

In questo senso si può affermare che l'Unione non sceglie la regolamentazione privata come arretramento dell'intervento pubblico nel mercato. Al contrario sembra confermata la tendenza per cui gli strumenti regolativi pubblici possano operare attraverso gli istituti propri del diritto civile⁽²³⁾.

In questo senso ed in questa dimensione possono essere letti gli interventi comunitari nel settore del mercato elettrico e nella specie in quello delle energie rinnovabili.

⁽²²⁾ In generale sulla peculiare funzione del contratto nell'ordinamento comunitario che trascende quella tradizionale assegnata dagli ordinamenti nazionali, si veda R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni* in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 154 ss.

⁽²³⁾ G. BELLANTUONO, *Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, pp. 59 ss.

Diverso è interrogarsi se tale scelta sia efficiente dal punto di vista economico. Ma questa valutazione compete agli economisti. Il giurista può però evidenziare un dato che sembra emergere con sufficiente chiarezza dalla norma: anche nei rapporti interindividuali gli interventi legislativi dell'UE sembrano caratterizzati dalla finalità di consolidare l'ordine giuridico comunitario strutturato inizialmente dalla regolamentazione dei rapporti verticali.

Tutto il diritto comunitario appare infatti pensato per regolare rapporti intersoggettivi – verticali o orizzontali che siano – che non sono comunque rapporti intersoggettivi generici.

Specificando cosa si intende per «rapporti intersoggettivi generici» si può affermare che i rapporti orizzontali ai quali l'ordinamento comunitario si riferisce sono strumentali alla volontà di perseguire la *primauté* comunitaria e la conservazione dell'ordinamento UE e del suo mercato. I rapporti di natura privatistica, quindi, regolati nel sistema dell'Unione in un secondo tempo rispetto a quelli verticali, sono chiamati a svolgere la stessa funzione che è riservata alle posizioni soggettive relative ai rapporti verticali.

Il sistema di tutele predisposto dall'ordinamento comunitario (ad integrazione di quello nazionale) rafforza la riferita considerazione, in ragione proprio dello stretto rapporto di funzionalità tra queste e le situazioni soggettive del sistema legale in esame⁽²⁴⁾.

Per questo, ad esempio, i risultati raggiunti in tema di funzione e natura della disapplicazione sono di fatto estendibili dai rapporti verticali a quelli orizzontali.

La disapplicazione⁽²⁵⁾ è infatti strumento di controllo della discrezionalità dello Stato nella fase successiva al recepimento di una di-

⁽²⁴⁾ Ci sia consentito il rinvio sul punto a V. COLCELLI, *Il sistema di tutele nell'ordinamento giuridico comunitario e selezione degli interessi rilevanti nei rapporti orizzontali*, in *Europa e dir. Priv.*, 2, 2009, p. 557.

⁽²⁵⁾ Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. Cost.*, 1984, p. 1098.

rettiva sia nei rapporti verticali che in quelli orizzontali. La legge nazionale si disapplica se in contrasto con l'effetto perseguito dall'atto di diritto derivato che ne imponeva l'assunzione anche quando destinatari sono i singoli e non questi nei rapporti con il pubblico potere.

Ciò è tanto vero che il momento della tutela attraverso la disapplicazione è anticipato rispetto a quello dell'avvenuto recepimento della direttiva, quando questa contiene norme tecniche. Ossia nell'ipotesi in cui in capo allo Stato deficitano, o sono estremamente ristretti, i margini di discrezionalità nell'attuazione del precetto di provenienza europea, come nelle regole tecniche⁽²⁶⁾. E ciò anche e proprio nei rapporti orizzontali⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Di fronte agli atti comunitari caratterizzati dell'efficacia utile, successivamente alla fase del loro recepimento nel diritto interno, il potere di disapplicazione esistente in capo ai giudici nazionali è strumento di verifica della discrezionalità dell'autorità nazionale nell'applicazione del diritto dell'Unione. È il mezzo che realizza il controllo che gli organi legislativi nazionali non abbiano ecceduto il limite del potere loro spettante. V. Corte di Giustizia, 24 ottobre 1996, C-72/95, in *Racc.*, 1996, I, p. 5403.

⁽²⁷⁾ La ragione di quanto affermato può esser spiegata facendo riferimento ai criteri che sovrintendono la disapplicazione, i quali in caso di rapporti orizzontali assumono una loro speciale connotazione. Il riferimento è alla sentenza *Unilver Italia Spa/ Central Food Spa* (Corte di Giustizia, 26 settembre 2000, C-443/98, in *Racc.*, 2000, p. I-7535) che riguardava proprio un rapporto di natura privatistica dedotto davanti al giudice. La questione pregiudiziale sollevata riguardava il caso per cui norme tecniche contenute in direttive inattuate potessero essere fatte valere in un procedimento civile relativo ad una controversia tra singoli su diritti e obblighi di natura contrattuale. La Corte risponde alla questione pregiudiziale sottoposta affermando che la sua consolidata giurisprudenza – per cui una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, C-91/92) – non si applica ad una fattispecie in cui l'inosservanza dei precetti contenuti in una direttiva, che causano un vizio procedurale sostanziale, comporta l'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli. La Corte afferma, quindi, che la giurisprudenza in materia di divieto di produrre effetti orizzontali da parte delle direttive inattuate non si applica quando l'inosservanza del contenuto di una direttiva, come nel caso di specie la n. 83/189, costituisce un vizio procedurale sostanziale. Questa ipotesi dà luogo all'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione della direttiva. Non producono invece mai effetti orizzontali direttive che definiscono il contenuto sostanziale della norma giuri-

È chiaro che la Corte di Giustizia concepisce ad esempio anche la responsabilità extracontrattuale nei rapporti interindividuali come ulteriore strumento attraverso il quale garantire piena efficacia al diritto comunitario, così come la ripetizione dell'indebito. Il fatto stesso che oggi si possa rintracciare una tendenza ad un'unitaria definizione di responsabilità aquiliana nel diritto comunitario rafforza la logica dei giudici di Lussemburgo⁽²⁸⁾.

La violazione di norme connotate dalla finalità individuata fa dello strumento risarcitorio, anche nelle violazioni poste in essere dai singoli nei confronti di altri soggetti privati, un mezzo per garantire l'effetto utile della norma comunitaria⁽²⁹⁾. Si pensi in questo senso alla disciplina U.E. della concorrenza e alla stessa possibilità che anche i consumatori possano agire nei confronti dell'impresa che la violino

dica sulla base della quale il giudice nazionale deve risolvere la controversia che pende innanzi a lui. In questo caso, infatti, la norma contenuta nella direttiva non crea né diritti né obblighi (Corte di giustizia, 30 aprile 1996, C-194/94, in *Racc.*, 1996, I-220, punto 11, prosegue poi il punto 12: «una norma va invece considerata regola tecnica ai sensi della direttiva 83/189 qualora, come ha osservato in udienza il governo belga, essa imponga alle imprese interessate di richiedere la previa omologazione del loro materiale, benché le norme amministrative previste non siano state emanate»).

⁽²⁸⁾ Cfr. Corte di Giustizia, 13 aprile 1994, C-128/92, in *Racc.*, 1994, p. I-1212, punti 36-54, e nelle conclusioni alla sentenza *Banks* l'Avvocato generale ritiene si possa desumere proprio dall'insieme della giurisprudenza della Corte, e soprattutto da quella relativa alla responsabilità della Comunità, una significativa serie di indicazioni sugli elementi di matrice comunitaria del regime della responsabilità dei singoli.

⁽²⁹⁾ Si pensi in questo senso ancora alla pronuncia Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-184/99, Grzelczyk, in *Racc.*, 2001, p. I-6133, la quale ai punti 26 e 27 afferma apertamente: «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto indirizzo rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole della concorrenza comunitarie ed è tale da falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento dell'effettiva concorrenza della Comunità».

mediante azioni risarcitorie⁽³⁰⁾. Questo è forse l'aspetto che maggiormente sottolinea la tendenza evidenziata dalla Corte di fare, anche nei rapporti orizzontali, dell'azione risarcitoria il mezzo per garantire efficacia piena al diritto di provenienza europea⁽³¹⁾. L'ampliamento del numero dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, compresi quindi anche i consumatori, è una modalità attraverso la cui valorizzare l'utilizzo delle azioni risarcitorie come strumenti dotati della capacità di mantenere l'effettività del mercato quale struttura competitiva⁽³²⁾.

Il sistema giuridico comunitario assegna anche al recupero delle somme versate e non dovute ed alla responsabilità contrattuale (due tipici principi di diritto civile), la funzione di garanzia di ordine economico cercato da parte dell'Unione europea⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Si veda in questo senso P. PISANI, *Concorso di obbligazioni indennitarie e gestorie nella disciplina del rapporto tra autorità di vigilanza bancaria e risparmiatore depositante*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2006, p. 876; nonché V. W. VAN GERVEN, *Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe*, in *Maastricht jour. eur. and comp. law*, 1993, p. 9.

⁽³¹⁾ Nelle cause riunite *Manfredi*, confermando la lettura già fornita dalla pronuncia *Courage/Creaban*, la Corte ha ricordato come l'art. 81, n. 1, T.C.E., oggi 101 T.F.U.E., produca effetti diretti nei rapporti orizzontali ed attribuisca ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare. V. Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, in *Danno e resp.*, 2007, p. 19; nonché Cfr. Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75. Si veda diffusamente sul problema del danno *antitrust* R. PARDOLESI, *La qualificazione del danno antitrust*. G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenza dei giudici nazionali*, Trento, 2007, p. 101 ss.; nonché F. SCAGLIONE, *La tutela civile nei contratti ad offerta concorrenziale. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di giurisprudenza di Trento 15-16 giugno 2007*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE (a cura di), Perugia, 2008, p. 257 ss., *Permanenze nell'interpretazione civile*.

⁽³²⁾ In questo senso anche Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, p. 433, con nota di A. GUARDIERI, *L'illecito antitrust degli assicurati, le azioni degli assicurati e una questione di competenza risolta dalle sezioni unite*.

⁽³³⁾ Si parla, in merito, di *indebito comunitario* per qualificare la tendenza della

Così i rapporti orizzontali nell'ordinamento comunitario, in ragione anche della funzione assegnata dal sistema di tutele predisposto da questo stesso ordinamento giuridico per la loro garanzia, paiono selezionati e regolati per assicurare l'esistenza e la sopravvivenza dell'ordine giuridico dell'Unione europea.

4. — *Piano del lavoro*

Nelle pagine che seguono si cercherà, quindi, di analizzare dal punto di vista del diritto privato gli elementi caratterizzanti il mercato dei Certificati Verdi. In questo senso si procederà primariamente ad indagare la natura giuridica dell'oggetto di scambio in questi mercati, il Certificato Verde appunto (v. *infra* Cap. 2). Dall'esatta

Corte di Giustizia ad individuare l'esistenza di un vero e proprio diritto dei cittadini alla ripetizione di quanto versato nei confronti dello Stato membro, percettore di somme riscosse sulla base di una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione. Afferma ad esempio Corte di Giustizia, 9 novembre 1983, C-199/82, in *Racc.*, 1983, p. 3595: «il diritto al rimborso di tributi di uno Stato membro in contrasto con le norme di diritto comunitario è la conseguenza ed il completamento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme comunitarie che vietano le tasse ad effetto equivalente a dazi doganali o, secondo i casi, l'applicazione discriminatoria di imposte interne. È bensì vero che il rimborso può essere richiesto solo alle condizioni, di merito e di forma, stabilite dalle varie legislazioni nazionali in materia, tuttavia, come risulta dalla giurisprudenza costante della Corte, tali condizioni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghe impugnazioni di diritto nazionale e che non devono comunque rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti che i giudici nazionali debbono salvaguardare». È possibile pertanto che l'ordinamento comunitario ammetta la ripetizione dell'indebito per compensazione come in Corte di Giustizia, 26 giugno 1979, C-177/78, in *Racc.*, 1979, p. 216; ovvero per ripetizione parziale come in Corte di Giustizia, 22 marzo 1977, C-74/76, in *Racc.*, 1976, p. 557; o per traslazione dell'imposta qualora i contribuenti abbiano incorporato l'onere della tassa nei prezzi di vendita delle merci, come in Corte di Giustizia, 14 gennaio 1997, C-192/95 e C-218/95, in *Racc.*, I, 1995, p. 165. Per una ricostruzione dell'intera disciplina si veda A. NICOLUSSI, *Le restituzioni*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 181 ss.

individuazione della loro natura giuridica discende anche il corretto inquadramento della disciplina applicabile al contratto di compravendita (v. *infra* Cap. 5 e 6): se i Certificati Verdi sono qualificabili come titoli di credito allora si applicheranno le previsioni codicistiche relative alla vendita dei titoli di credito (artt. 1531 e ss. C.C.), diversamente ad essi si applicherà la normativa relativa alla compravendita di beni mobili.

Prima di analizzare le tipologie attraverso cui vengono scambiati i Certificati Verdi nel proprio mercato, verrà analizzato il contratto di adesione al Mercato elettrico. Esso sintetizza invero lo stretto rapporto che sussiste tra strumenti privatistici e regolazione del settore elettrico. Il contratto d'adesione al Mercato elettrico (v. *infra* Cap. 3 e 4) per le sue caratteristiche è quello che meglio permette la ricostruzione dei rapporti tra diritto dei contratti e regolamentazione, la cui interazione sicuramente è in grado di influenzare i mercati elettrici: «il sistema italiano appare (...) [infatti] ispirato all'obiettivo di una pacifica convivenza di strumenti e regole diversi»⁽³⁴⁾.

Il rapporto innegabile fra il diritto dei contratti e la regolazione del mercato del settore elettrico, la marcata presenza degli strumenti tipici del diritto privato nella regolazione del mercato in ragione delle vicende legislative in tema di liberalizzazioni, nonché l'evidenziata funzione che l'Unione europea assegna al diritto privato nel perseguimento dei propri fini, giustificano in qualche modo la possibilità di approcciare il contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi attraverso alcuni degli elementi tipici dell'analisi economica del diritto.

Il contratto di adesione, chiamato per sua stessa natura ad essere diretta espressione dell'attuale tendenza ad operare attraverso gli

⁽³⁴⁾ Così G. BELLANTUONO, *Contratti e regolazione nel settore elettrico. Un confronto fra Italia e Regno Unito*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, VIII, 2006, p. 512.

istituti propri del diritto civile per la «cura» attraverso il mercato di un interesse pubblico⁽³⁵⁾, sarà letto (v. *infra* Cap. 4) anche mediante la valutazione *ex ante* degli effetti e della desiderabilità sociale delle regole che lo caratterizzano. L'analisi nei termini indicati dovrebbe condurre a valutare la natura pareto ottimale di questo contratto, contribuendo in questi termini a misurarne la desiderabilità sociale anche in termini di efficacia.

⁽³⁵⁾ G. BELLANTUONO, *Diritto europeo dei contratti e regolazione delle public utilities*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, pp. 59 ss.,

CAPITOLO SECONDO

I CERTIFICATI VERDI: NATURA GIURIDICA E QUALIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. Qualche puntualizzazione iniziale. — 2. I Certificati Verdi, titoli di credito e titoli impropri. — 2.1. La “non” astrazione dei Certificati Verdi. — 2.2. La “non” autonomia dei Certificati Verdi — 2.3. La “non” letteralità dei Certificati Verdi. — 2.4. Certificati Verdi e titoli di credito atipici, impropri e titoli legittimazione. — 3. Certificati Verdi dentro la storica riflessione circa la differenza tra Diritti e beni giuridici. — 4. Certificati Verdi e diritti soggettivi. — 5. Sulla nozione di bene giuridico e su quella di diritto. — 6. Bene come diritto di proprietà nella giurisprudenza C.E.D.U. — 7. Il contributo del diritto privato comunitario ai “nuovi beni”. — 8. L’idoneità dei Certificati Verdi ad essere beni. — 9. L’applicazione del sistema Iva e la qualificazione del Certificato Verde e CO2 ad opera dell’Agenzia dell’Entrate.

1. — *Qualche puntualizzazione iniziale*

La natura ed il tipo di contratti che sono stipulati sul mercato dei Certificati Verdi è necessariamente influenzata dall’oggetto delle negoziazioni che su quel mercato si verificano.

È pertanto doveroso, prima di effettuare un’analisi dei contratti del Mercato in esame, soffermarsi a riflettere con attenzione su quale è la natura giuridica dei Certificati Verdi. Natura giuridica intorno alla quale non sempre vi è stato consenso unanime, e soprattutto almeno nella fase immediatamente a ridosso dell’emanazione del c.d. Decreto Bersani non è sempre stato facile identificare.

I Certificati Verdi, infatti, vengono definiti proprio dalla norma-

tiva che li riguarda titoli commerciali⁽³⁶⁾, oppure diritti⁽³⁷⁾. Tali denominazioni non sono sufficienti a chiarire i dubbi intorno alla loro natura, anzi la legge sembra usare queste espressioni incomprensibilmente come sinonimi di bene giuridico.

Nonostante poi l'art. 2, co.1, lett. o) del Decreto Lgs. n. 387/2003 contenga la definizione di Certificato Verde, la questione della natura giuridica non è risolta, o comunque non è stata risolta facilmente. Diverse le tesi a riguardo⁽³⁸⁾. Per cercare di chiarire quale essa sia, si realizzerà pertanto un percorso a tappe successive tendenti inizialmente ad escludere ciò che i Certificati Verdi non sono.

Elementi di comprensione aggiuntivi saranno forniti dalla lettura giurisprudenziale dell'art. 1 del Prot.1 della C.E.D.U., nonché da quella di beni immateriali presente nella normativa comunitaria. La risposta al quesito iniziale sarà anche ricercata richiamando la nozione di diritto nel confronto con quella di bene giuridico.

Soffermarsi a riflettere intorno alla natura giuridica di Certificato Verde ha tra l'altro il pregio di offrire l'occasione per una considerazione più generale sulla categoria di bene giuridico in rapporto a quella di diritto.

2. — *I Certificati Verdi, titoli di credito e titoli impropri*

La prospettiva circolatoria del Certificato Verde lo ha fatto accostare almeno inizialmente al titolo di credito. Il Certificato Verde

⁽³⁶⁾ In dottrina si veda M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto pubblico*, 1, 2007, p. 219 – 239.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 2, co.1, lett. o) del Decreto Lgs. n. 387/2003.

⁽³⁸⁾ Si veda R. TAPPI, *I Certificati Verdi: meccanismo di funzionamento e profili giuridici*, in *Rass. giur. dell'energia elettrica*, 2, 2006, p. 165 ss; F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico?*, ivi, p. 177 ss.

può, infatti, essere negoziato separatamente dall'energia sottostante, in ragione della possibile distinzione tra i diritti del titolare di un impianto, qualificato dal GSE come fonte rinnovabile, e la posizione del titolare del certificato.

Il riferimento è alla movimentazione attraverso i conti di proprietà aperti al nuovo G.S.E. - G.R.T.N. Qui sono depositati i Certificati Verdi, negoziati sia nella sede istituita dal gestore del mercato elettrico – secondo le regole indicate nel decreto ministeriale 14 marzo 2003 e nella Disciplina del Mercato approvata con Decreto ministeriale 19 dicembre 2003 – sia mediante contratti bilaterali stipulati fuori dal mercato regolato. Tale dato è quello che ha maggiormente convinto nel proporre l'assimilazione tra Certificati Verdi e titoli di credito.

Il fenomeno attuale della c.d. de-materializzazione⁽³⁹⁾ dei titoli, riscontrabile nei mercati finanziari, ha reso tra l'altro maggiormente agevole l'assimilazione dei Certificati Verdi ai titoli di credito. Principalmente, invero, nel settore dei titoli di massa le scritturazioni sono effettuate mediante dispositivi telematici, per cui il trasferimento del titolo avviene senza il ricorso ad operazioni di movimentazione di carte e manipolazione di documenti. Alla circolazione cartacea si sostituiscono sistemi di registrazione elettronica dei trasferimenti⁽⁴⁰⁾. Questo tipo di operazioni, compresa l'immissione dei titoli, vengono tra l'altro spesso organizzate attraverso un sistema di c.d. gestione accentrata. Un solo soggetto ha quindi il compito di custodire, amministrare e sovrintendere alle operazioni di trasferimento ed esercizio dei

⁽³⁹⁾ Il fenomeno della dematerializzazione interessa anche i titoli rappresentativi di merci, si veda P. RESCIGNO, *Titoli rappresentativi e circolazione di merci*, Milano, 1992, p. 8.

⁽⁴⁰⁾ Alla gestione del sistema provvedono istituzioni tecnicamente idonee allo scopo, che per il settore degli strumenti di mercato finanziario trovano adesso disciplina nel Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

diritti inerenti ai titoli ed agli strumenti finanziari dematerializzati⁽⁴¹⁾.

È facile constatare come tali nuove possibili caratteristiche che possono assumere i titoli di credito ed il loro mercato hanno agevolato l'accostamento dei Certificati Verdi. L'assimilazione in realtà non è possibile. Il Certificato Verde deficitava, nonostante l'apparente somiglianza, dei requisiti propri dei titoli di credito, tipici o atipici che siano.

2.1. — *La «non» astrazione dei Certificati Verdi*

L'ultima affermazione fatta può essere verificata attraverso la comparazione tra le caratteristiche proprie dei titoli di credito con la disciplina dei Certificati Verdi.

Il titolo di credito è astratto. La posizione giuridica del possessore del documento è svincolata dalla causa della sua emissione. L'astrattezza tipica del titolo di credito deriva dall'assenza di ogni influenza rispetto al rapporto da cui trae origine la sua emissione. Il titolo di credito, quindi, è strumento che da solo è necessario e sufficiente per la costituzione e l'esercizio del diritto incorporato nel documento. Attraverso il meccanismo dell'incorporazione si realizza, infatti, il collegamento tra il regime giuridico fondato sul possesso in buona fede dei titoli di credito e la circolazione dei relativi diritti.

L'astrattezza, al contrario, non è elemento caratteristico dei Certificati Verdi. In seguito ad apposita procedura di qualificazione degli impianti dei privati, è il G.S.E. ad emetterli secondo tre modalità: emissione a consuntivo, a preventivo per impianti qualificati ma non ancora in esercizio, nonché a preventivo per impianti che invece

⁽⁴¹⁾ Per i primi interventi in tema di de-materializzazione di strumenti finanziari v. Trib. Milano, 26 marzo 2001 e 8 giugno 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, p. 90.

sono già operativi. In ragione alle modalità di emissione (si veda Cap. 1, *par. 2*), per i Certificati Verdi non si verifica alcuna astrazione in forza della quale il diritto, rappresentato nel documento, si possa presumere consustanziato al documento stesso⁽⁴²⁾.

La vita del Certificato Verde, soprattutto nel caso di Certificati emessi a preventivo, dipende assolutamente dal rapporto da cui essi traggono origine. Per i Certificati Verdi emessi a preventivo, il G.S.E.-G.R.T.N., allorché riceve dal produttore i dati definitivi della produzione netta, effettua la compensazione sul loro numero. Qualora la produzione di energia è superiore al numero dei Certificati Verdi emessi, si procede alla compensazione. Se, invece, la produzione è inferiore al numero dei Certificati preventivamente attribuiti, si procede al ritiro dei Certificati Verdi emessi, ma non spettanti. Nel caso in cui il produttore non sia in grado di restituire i Certificati emessi in eccesso, il G.S.E.-G.R.T.N. può trattenere per i due anni successivi i Certificati Verdi di competenza dello stesso produttore, cioè relativi allo stesso impianto o ad altri sempre di sua proprietà.

Il Certificato Verde esiste, quindi, come titolo se ed in quanto l'energia attesa sia effettivamente prodotta. L'accertamento della mancata produzione significa il suo ritiro, o meglio la sua estinzione.

Del pari il Certificato Verde circola, ossia è oggetto di possibili transazioni, se ed in quanto nel conto corrente intestato dal G.M.E. vi sono le somme necessarie per coprire i costi dell'acquisto ad opera del potenziale acquirente. Vi è la necessità, infatti, per chi è intenzionato ad acquistare Certificati Verdi di versare, entro le 12 ore del giorno precedente all'apertura della sessione di contrattazione, una somma a titolo di deposito su di un apposito conto intestato al G.M.E. Il numero dei certificati acquistabili da parte di un operatore, pertanto, è pari al numero dei Certificati corrispondenti al

⁽⁴²⁾ B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, pp. 58-59.

deposito in conto prezzo⁽⁴³⁾.

Non avviene alcun trasferimento di proprietà del Certificato se il G.M.E. non attesta – nelle ventiquattro ore successive – l'avvenuto pagamento da parte dell'acquirente⁽⁴⁴⁾. In presenza di omesso pagamento o di non invio al G.M.E. dell'attestazione che questo sia avvenuto, il G.M.E. annulla la transazione⁽⁴⁵⁾.

Da quanto emerge, ancorché sommariamente, si evince come nessuna astratta circolazione del Certificato Verde si verifica. Il Certificato Verde circola solo in ragione dell'esatto adempimento del contratto sottostante.

2.2. — *La «non» autonomia dei Certificati Verdi*

Per i Certificati Verdi non si verifica, inoltre, l'effetto tipico derivante dalla separazione tra rapporto cartolare e quello fondamentale, effetto che consta nell'inopponibilità al possessore delle eccezioni relative ai rapporti personali del suo dante causa, la c.d. autonomia. Come ricordato, il trasferimento della titolarità dei Certificati Verdi è sempre e comunque sottoposto al G.S.E. che effettua la c.d. validazione. Questi è chiamato a verificare sempre la titolarità del cedente e la legittimazione del cessionario prima di procedere alla registrazione dell'operazione nei rispettivi conti proprietà⁽⁴⁶⁾.

I Certificati Verdi sono depositati su appositi conti presenti in

⁽⁴³⁾ Si veda art. 91 Decreto ministeriale 14 marzo 2003, in G.U. n. 65 del 19 marzo 2003.

⁽⁴⁴⁾ Art. 92 Decreto ministeriale 14 marzo 2003 cit.

⁽⁴⁵⁾ Art. 93 Decreto ministeriale 14 marzo 2003 cit.

⁽⁴⁶⁾ Per lo svolgimento di tutte le attività connesse all'emissione ed alla negoziazione dei Certificati Verdi, infatti, il G.S.E.-G.R.T.N. provvede a registrare su specifici conti proprietà i Certificati Verdi emessi, venduti, acquistati ed annullati.

un registro tenuto ed aggiornato direttamente dal nuovo G.S.E.-G.R.T.N., in caso di negoziazione effettuate mediante contratti bilaterali, su comunicazione del G.M.E., in caso di negoziazioni effettuate sul mercato. Nell'ipotesi in cui la circolazione del Certificato Verde avvenga mediante operazioni sull'apposito mercato gestito dal G.M.E., l'operazione è effettuata secondo modalità tali che escludono di fatto che la cessione possa intervenire su titoli che non figurino nel conto proprietà del cedente. Nel caso di circolazione mediante contratti bilaterali, l'operazione deve essere validata dal G.S.E. In entrambi i casi il trasferimento richiede la collaborazione del G.S.E., che è anche l'emittente del titolo.

2.3. — *La «non» letteralità dei Certificati Verdi*

Il titolo di credito è inoltre letterale. Il contenuto del diritto è infatti ritagliato sul documento. La situazione acquistata, grazie al veicolo cartolare, è individuata in linea di principio solo da ciò che sul documento è scritto.

Il titolare del Certificato Verde esige dall'emittente non altro che il computo della quantità di energia pulita che ha dato origine all'emissione del certificato, per la quota di energia da fonti rinnovabili che il titolare del certificato è obbligato a produrre o ad acquistare.

Conseguentemente il Certificato Verde finisce per incorporare un'attestazione dell'adempimento dell'obbligo del titolare di produrre il quantitativo di energia verde riportato nel certificato, e quindi un impegno ad estinguere l'obbligo. Va da se che il rapporto fondamentale, causa di emissione del titolo e quindi della costituzione del diritto cartolare, continua ad incidere sullo stesso: nel senso che quest'ultimo non vive di vita propria rappresentando un diritto nuovo che si astrae completamente dal rapporto fondamentale.

I Certificati Verdi, tra l'altro, non sono destinati a rigore solo alla circolazione. Il trasferimento può essere un fatto ulteriore o accessorio all'economia del rapporto. Il produttore potrebbe non negoziare i certificati ottenuti e mantenerli solo ai fini del rispetto dell'obbligo di produzione di energia da fonti rinnovabili. Qui è il documento che segue il diritto, non il diritto che segue il documento come nei titoli di credito. I Certificati Verdi soddisfano comunque l'interesse che soggiace alla loro emissione, a prescindere dalla loro eventuale negoziazione e quindi circolazione.

2.4. — *Certificati Verdi e titoli di credito atipici, impropri e titoli legittimazione*

La disciplina generale dei titoli di credito, introdotta nel codice civile del 1942 (artt. 1992-2027 c.c.) presuppone la possibilità di emettere titoli di credito non espressamente e appositamente regolamentati. Sono i titoli c.d. atipici. Nel codice sono prescritte regole comuni che trovano applicazione anche per i titoli di nuova emissione e cioè sprovvisti di regole proprie. I Certificati Verdi, in ogni caso, non sono qualificabili neanche come titoli di credito atipici.

La disciplina dei titoli di credito vale invero per tutti i titoli astratti o causali. Per il fatto che i Certificati Verdi non sono assimilabili ai titoli credito, essi non sono assimilabili neanche a titoli astratti.

Titolo di credito astratto significa, infatti, solo titolo atipico rispetto a quelli presenti nel codice civile. Ai titoli astratti si deve riconoscere necessariamente la stessa natura di quelli di credito, la stessa che per le ragioni indicate non è riconoscibile ai Certificati Verdi.

L'art. 2002 c.c. esclude dall'ambito di applicazione della disciplina dei titoli di credito, invece, i documenti che servono ad «identificare l'avente diritto alla prestazione» o «a consentire il trasferimento

del diritto senza l'osservanza delle forme proprie della cessione»⁽⁴⁷⁾. Questi documenti non sono titoli di credito e non sono regolati dalla disciplina che è propria di quest'ultimi.

I Certificati Verdi però non servono solo ad identificare il destinatario della prestazione (titoli di legittimazione). Essi non sono predisposti solo al fine di permettere un'agevole e sicura identificazione del destinatario della prestazione⁽⁴⁸⁾. I Certificati Verdi non si caratterizzano, poi, per essere creati per consentire il trasferimento di un diritto senza che si debba far ricorso alle forme della cessione (titoli di credito impropri).

Con i titoli di credito, i titoli impropri condividono la destinazione alla circolazione. Anche essi consentono il trasferimento del diritto. Si tratta però di una circolazione per così dire più limitata o ristretta di quella che di regola caratterizza i titoli di credito tipici. Ciò non toglie che «la destinazione alla circolazione» partecipi alla ragione d'essere dei titoli impropri e costituisca una parte essenziale della loro funzione o causa di emissione⁽⁴⁹⁾. Il titolo improprio non è un documento costitutivo del diritto oggetto di trasferimento: difetta del fenomeno dell'incorporazione e dunque il trasferimento del titolo di credito – ove si attua il trapasso del credito – è rappresentato non attraverso la cessione del credito rappresentato dal titolo, ma tramite un atto negoziale che ha per oggetto proprio il documento/bene mobile.

⁽⁴⁷⁾ B. LIBONATI, *Titoli impropri e documenti di legittimazione*, in *Novissimo Dig. It.*, XIX, Torino, 1957, pp. 361-365, per cui il codice civile riprende la formula del Vivante. Si veda nel testo la posizione di Brunner.

⁽⁴⁸⁾ Il riferimento è all'art. 1188 c.c. I documenti che sono predisposti solo per permettere l'identificazione del creditore e quindi documenti non destinati alla circolazione.

⁽⁴⁹⁾ Manca il presupposto per applicare ai titoli impropri il requisito dell'autonomia che caratterizza i titoli di credito: non è dato acquisire il diritto alla prestazione, così come prevede l'art. 1994 c.c., riproducendo l'art. 1153 c.c., sulla base del possesso in buona fede del titolo ottenuto con l'osservanza della legge di circolazione di questo, anche quando il trasferimento è avvenuto da chi non è titolare.

I Certificati Verdi non possono essere inquadrati neanche nel fenomeno dei titoli impropri⁽⁵⁰⁾. Le parti dei contratti con cui si verifica la circolazione dei Certificati Verde non devono provare speditamente la legittimazione a pretendere la prestazione e rendere nel contempo superflue le forme prescritte dal Codice civile per opporre la cessione del debitore ai terzi, sostituendosi alla notificazione (e all'accettazione del debitore) la tradizione del documento. Normalmente la tradizione del titolo improprio è accompagnata dalla girata, che non si verifica mai nella circolazione dei Certificati Verdi.

La loro caratteristica di poter circolare in un mercato *scorporati* dall'energia sottostante – esclusa l'appartenenza anche alla categoria di titoli di credito, astratti o meno – potrebbe far supporre allora che essi appartengano solo all'ampia categoria dei documenti probatori.

In ogni caso, per i Certificati Verdi tale assimilazione sarebbe limitativa rispetto alla complessità giuridica che essi rappresentano.

3. — Certificati Verdi dentro la storica riflessione circa la differenza tra diritti e beni giuridici

I Certificati Verdi sono definiti all'art. 2, co.1, lett. o) del Decreto Lgs. n. 387/2003 come «diritti di cui al comma 3 dell'art. 11 del Decreto Lgs. 16 marzo 1999, n. 79, rilasciati nell'ambito dell'applicazione delle direttive di cui al comma 5 dell'art. 11 del medesimo decreto legislativo».

L'articolo in esame non specifica ulteriormente e rinvia alle previsioni del comma 3 dell'art. 11 del Decreto Lgs. 79/1999.

I responsabili degli impianti che importano e producono ener-

⁽⁵⁰⁾ In questo caso non siamo innanzi ad operazioni in serie come spesso accade nei titoli di legittimazione, ma a normali rapporti nei quali i soggetti sono esattamente individuati.

gia elettrica da fonti non rinnovabili (i soggetti richiamati dall' art. 11 cit.) sono invitati a produrre od acquistare annualmente una certa quota di energia generata da fonti rinnovabili. L'adempimento dell'obbligo dei responsabili degli impianti che importano e producono energia elettrica da fonti non rinnovabili (i soggetti richiamati dall'art. 11 cit.) può realizzarsi anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori. La norma distingue, attraverso una disgiunzione, la «quota» dai «diritti» sugli stessi Certificati Verdi. La dicotomia richiamata riferisce in sintesi una delle caratteristiche tipiche del mercato dei Certificati Verdi: la possibilità cioè che i diritti relativi alle quote di energia c.d. verde circolino in maniera separata rispetto a questa. Tale dato è pacifico ed espressamente previsto dalla normativa.

Già in questi termini appare che i Certificati Verdi siano *qualcosa* di diverso sia dalla quota di energia che essi incorporano – sicuramente un bene mobile – nonché *qualcosa* di diverso rispetto ai diritti di cui possono essere oggetto. I Certificati Verdi portano in se, infatti, l'attestazione dell'adempimento di estinguere l'obbligo di legge di produrre o acquistare nel mercato energia da fonti rinnovabili, ed ai sensi dell'art. 5 del decreto ministeriale 11 novembre 1999, questi sono una certificazione di produzione da fonti rinnovabili.

La loro incerta natura contribuisce alla riflessione sulla diversità tra diritto e bene. L'espressione bene è stata spesso identificata nel generico oggetto della tutela giuridica. Per questa via si è finito per assimilare il *bene* al diritto soggettivo⁽⁵¹⁾. Si è anche affermato

⁽⁵¹⁾ Sulla nozione di situazione giuridica soggettiva si veda M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 68. Per una ricostruzione di situazione giuridica soggettiva come categoria che in se ricomprende la selezione degli interessi rilevanti in un ordinamento giuridico non necessariamente solo come posizioni del cittadino innanzi alla Pubblica amministrazione, si veda A. PALAZZO, *Interesse legittimi e tutela dei diritti del privato*, in A.A.V.V. *Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, Atti della Tavola rotonda in memoria di Lorenzo Migliorini, Aa Vv, (Perugia,

autorevolmente⁽⁵²⁾, tra l'altro, che è proprio in questo senso che va inteso il concetto di bene nel libro III del nostro codice civile. Si parla, quindi, di bene come situazione giuridica soggettiva in ragione del rapporto che esiste tra la tutela giuridica in senso obiettivo e quella di bene quale oggetto di tutela destinata ad un determinato soggetto. La tutela giuridica attribuita specificatamente ad un soggetto determinato è stata qualificata come diritto soggettivo in quanto si è identificato il bene giuridico con la situazione giuridica di colui che riceve la garanzia: «garantendo al titolare la tutela specifica di determinati interessi (...) [si da luogo] alla nascita di beni in senso giuridico»⁽⁵³⁾. In questo modo la nozione di bene giuridico coincide con la nozione di oggetto di diritti soggettivi. Questa definizione si affianca a quella di bene giuridico come oggetto del diritto, inteso come norma ed ordinamento.

Nonostante l'autorevole lettura riferita, non appare esistere commistione tra la nozione di bene e quella propria di diritto così da rendere impossibile la sovrapposizione delle due nozioni. La riflessione intorno alla natura dei Certificati Verdi può essere, allora, strumento per chiarire la distanza che esiste tra la nozione di bene e quella di diritto.

7 dicembre 2001), Torino, 2003, p. 23 ss. Per una lettura in termini filosofici dell'espressione situazioni giuridiche soggettive, si veda P. FROSINI, *Situazione giuridica*, in *Nov. dig. it.*, XXVII, Torino, 1970, pp. 468-467, la nozione di situazione giuridica soggettiva per il quale: «Nella definizione più semplice che ne possa dare, la situazione giuridica è quella di un soggetto considerato in rapporto a un ordinamento giuridico. Per un corretto uso terminologico, essa va dunque tenuta distinta dalla condizione di rapporto, in cui un soggetto si trova nei confronti di altri o più soggetti».

⁽⁵²⁾ S. PUGLIATTI, *Bene*, in *Enc. Dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 164 ss.

⁽⁵³⁾ S. PUGLIATTI, *Bene*, cit., p. 18.

4. — *Certificati Verdi e diritti soggettivi*

I Certificati Verdi non sono diritti, più specificatamente non sono diritti soggettivi.

L'affermazione è verificabile confrontando le caratteristiche di un Certificato Verde con quelle che dal diritto positivo si desumono caratterizzare il diritto soggettivo. In realtà il confronto potrebbe condursi sul piano delle caratteristiche dei Certificati Verdi e del significato proprio – *ontologico* – di diritto soggettivo, ma sull'essenza di quest'ultimo si sono nutrite così numerose controversie che a tutt'oggi ne hanno impedito una definizione su cui vi sia unanime concordanza. In quest'ultimo senso si può cercare solo di definire la figura di diritti soggettivi in termini sincretici recuperando quanto proviene dalla tradizione e dall'attuale tendenza degli ordinamenti, compreso quello comunitario⁽⁵⁴⁾, di accordare la medesima tutela a situazioni giuridiche soggettive non sempre riconducibili a quella di diritto soggettivo che proviene dalla tradizione⁽⁵⁵⁾. Con qualche approssimazione si può affermare, allora, che il diritto soggettivo è identificabile in quell'interesse capace di realizzarsi nei confronti di tutti i consociati in quanto l'ordinamento giuridico lo tutela direttamente, pienamente ed attraverso il quale garantisce ad un soggetto l'attribuzione di un bene della vita, così come organizza la ripartizione di questi ultimi tra i consociati⁽⁵⁶⁾. È lo spazio entro il quale «al privato è lecito agire a sua discrezione, ovvero entro cui si riconosce

⁽⁵⁴⁾ Si rinvia al nostro V. COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2, 2009, pp.742-783.

⁽⁵⁵⁾ Il riferimento nel nostro ordinamento è all'art. 2043 c.c. ed al passaggio graduale da una tutela accordata inizialmente solo ai diritti assoluti ed oggi che giunge sino agli interessi legittimi nei confronti dell'agire illecito della P. A.

⁽⁵⁶⁾ Ci sia consentito il rinvio al nostro V. COLCELLI, *Diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Diritto e processo*, 2006-2009, p. 469 ss.

un potere alle sue decisioni, alla sua volontà, per il perseguimento di un interesse di attuare un dato rapporto»⁽⁵⁷⁾.

I Certificati Verdi non possono essere assimilati a diritti soggettivi e ciò nonostante il testo dell'art. 2, co.1, lett. o) del Decreto Lgs. n. 387/2003. Essi non possiedono molte delle caratteristiche tipiche che il diritto positivo riconosce ai diritti soggettivi.

I Certificati Verdi condividono con il diritto soggettivo solo la disponibilità e la trasferibilità. Queste due caratteristiche coesistono al concetto di diritto soggettivo (art. 2934 c.c.). Esse sono strumentali ad attuare la circolazione della ricchezza⁽⁵⁸⁾.

I Certificati Verdi non sono però caratterizzati dall'applicabilità dell'istituto della prescrizione. La maggior parte dei diritti soggettivi, al contrario, si prescrivono.

La soggezione alla prescrizione attribuisce al diritto soggettivo il suo carattere patrimoniale. Il sistema giuridico vuole che i beni della vita siano utilizzati. La prescrizione e l'usucapione sono istituti che attengono all'utilizzazione della ricchezza, sanzionando chi non

⁽⁵⁷⁾ P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile*, Torino, 1995, p. 161. Si veda anche P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1975, p. 236 ss. per cui: «la figura di prerogativa dotata di maggiore ampiezza di libertà, per il privato a cui è accordata, rimane il diritto soggettivo. L'affermazione vale sotto il profilo concettuale e storico, e sotto il profilo pratico. La legge parla di "diritto", e intende "diritto soggettivo", a proposito dei poteri del proprietario, del titolare di un diritto reale su cosa altrui, del creditore; e alla "tutela dei diritti") ancora, s'intende, dei "diritti soggettivi") intitola un intero libro (sesto) del codice civile».

⁽⁵⁸⁾ Si pensi all'art. 1260 c.c. che permette in tema di cessione dei crediti la loro trasferibilità anche contro la volontà del debitore; oppure all'art. 1376 c.c. che positivizza la regola della generale trasferibilità del diritto soggettivo attraverso l'efficacia traslativa del consenso. Si da così «per scontata e presupposta la generale trasferibilità del diritto soggettivo» (E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, Supplemento, 1, 2008, p. 1 ss.). Il riferimento è anche l'art. 1470 c.c. che stabilisce la generale trasferibilità dei diritti verso corrispettivo (ancora E. RUSSO, *Il concetto di diritto soggettivo*, cit. il quale afferma come nell'identificazione del diritto soggettivo con la disponibilità si tiene fuori dal concetto di diritto soggettivo tutto ciò che attiene alla tutela della persona).

la utilizza e premiando chi esercita, invece, il contenuto del diritto. L'art. 2934 c.c. sancisce il generale principio dell'estinzione per prescrizione per ogni diritto, quando il titolare non lo esercita per il tempo indicato per la legge⁽⁵⁹⁾. Ogni diritto soggettivo deve essere esercitato o fatto valere nel tempo stabilito dalla legge, incorrendo altrimenti nel modo di estinzione costituito dalla prescrizione⁽⁶⁰⁾.

I Certificati Verdi hanno sicuramente contenuto patrimoniale, ma nessuna disposizione relativa alla prescrizione è loro applicabile.

I Certificati Verdi hanno una durata limitata nel tempo. È vero, infatti, che i Certificati Verdi rimangano validi per l'anno cui si riferiscono e, per ottemperare l'obbligo di immissione, per i due anni successivi a quello di riferimento.

La prescrizione, però, è qualcosa di diverso dalla durata in validità dei Certificati Verdi. La durata, massimo biennale, della validità del Certificato prescinde dall'esercizio di qualsiasi attività sugli stessi ad opera del titolare.

Si potrebbe, allora, affermare che il diritto soggettivo assimilabile alla natura dei Certificati Verdi sia la proprietà, in quanto, come questa i primi non sono prescrivibili.

In realtà neanche tale fatto è vero. Il riferimento sono i modi di acquisto della proprietà a titolo originale, nessuno dei quali applicabile ai Certificati Verdi.

L'art. 922 c.c. pone un'elencazione chiusa dei fatti costitutivi della proprietà e degli altri diritti reali. Tra questi vi è, ad esempio, l'usucapione che rispetto alla prescrizione è il suo contrario. L'usucapione non è applicabile ai Certificati Verdi. La natura di scrittura informa-

⁽⁵⁹⁾ In ragione del contenuto delle disposizioni generali sulla prescrizione emerge che il diritto soggettivo deve essere esercitato (art. 2934, comma 1, cc) o fatto valere (art. 2935 cc). In questi termini il diritto soggettivo assume la doppia valenza di diritto in senso sostanziale che in senso processuale.

⁽⁶⁰⁾ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 12 ss.

tica rende impossibile l'esercizio del possesso *uti dominus*. Nessun Certificato Verde è usucapibile. Il discorso si potrebbe ripetere per ognuno degli altri modi d'acquisto della proprietà.

La verifica intorno alla natura di diritto o meno dei Certificati Verdi potrebbe proseguire controllando la compatibilità della loro genesi con l'art. 1173 c.c.

In dipendenza di certi fatti si acquista un diritto. L'art. 1173 c.c. pone – al contrario dell'art. 922 c.c. – una elencazione aperta delle fonti di obbligazioni. Il diritto soggettivo deriva da un fatto costitutivo. Il singolo fatto costitutivo del diritto soggettivo viene definito titolo⁽⁶¹⁾.

L'art. 1173 c.c. contiene una formula di carattere generale ed aperto. Con essa il legislatore ha voluto riservare all'ordinamento giuridico un giudizio di idoneità di ogni singolo atto o fatto alla produzione di obbligazioni. La formula «qualsiasi atto o fatto idoneo secondo l'ordinamento giuridico a produrre obbligazioni» è aperta, è possibile pertanto verificare se l'attività di certificazione che compie il G.S.E. sia o meno riconducibile alla formula di cui sopra.

Vero è che il produttore – ricorrendone le condizioni tecniche – è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo riconosciuto dalla legge nei confronti del Gestore che emette i Certificati Verdi. La condizione è la stessa del cittadino nei confronti della P.A., quando questa è chiamata ad emettere provvedimenti sulla base di accertamenti tecnici che escludono la presenza della discrezionalità. Dato per certo che risultino le condizioni tecniche, si deve valutare allora se la procedura di rilascio di Certificati Verdi da parte del Gestore sia idonea a dare origine a diritti. Ossia sia capace di creare situazioni di pretesa tutelate nei confronti degli altri consociati.

⁽⁶¹⁾ L'insieme dei fatti costitutivi del diritto soggettivo costituisce il cardine della giurisdizione. L'art. 2697 c.c. sull'onere della prova stabilisce, infatti, che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

La valutazione può essere compiuta ai sensi dell'art. 5 del decreto ministeriale 11 novembre 1999 cit. La norma chiarisce il senso dell'attività del G.S.E., che è di natura certificatoria. Il Certificato Verde è, ai sensi del medesimo articolo – e come già ricordato – una certificazione di produzione da fonti rinnovabili.

Un'attività di certificazione consta nel rilascio di una dichiarazione ad opera di un soggetto qualificato a farlo, attestante l'effettiva esistenza di un fatto, di una situazione o di una condizione. Questa dichiarazione non può per sua stessa natura essere fonte di obbligazione. L'attività certificatoria che compie il G.S.E. registra uno stato esistente: la produzione di energia verde o l'attitudine a produrne.

La registrazione, l'attestazione, di uno stato che preesiste allo stesso rilascio della certificazione non ha l'idoneità a produrre un diritto. Chiedendo la certificazione il produttore si assume l'obbligo di produrre la quantità di energia verde. L'energia viene fatta attestare attraverso il rilascio del Certificato perché l'impianto ne ha l'idoneità.

È nella relazione prevista dalla legge con il proprietario al quale il Certificato Verde è riconosciuto che la certificazione trova rilevanza. Essa può, infatti, circolare, essere oggetto di più negoziazioni anche successive, di compensazione da parte del nuovo G.S.E.-G.R.T.N., costituire lo strumento attraverso il quale i proprietari adempiono all'obbligazione contrattuale per la quale non hanno prodotto l'energia dichiarata, ovvero costituire strumento di una garanzia, etc.

Attraverso i Certificati Verdi si esercitano un notevole numero di diritti, ma non sono essi stessi diritti. Il Certificato Verde è determinate per la creazione, ma è distinto dai rapporti giuridici dei quali costituisce solo la parte oggettiva.

5. — *Sulla nozione di bene giuridico e su quella di diritto*

Affermare che i beni costituiscono oggetto di diritto implica da se che questi non possono coincidere con la situazione giuridica che sopra di essi si esercita. L'oggetto di un'attività non può costituire l'attività stessa. In realtà tale affermazione è contraddetta dalla stessa lettera dell'art. 810 c.c. che pure viene invocata per sottolineare la coincidenza riferita⁽⁶²⁾. Nella disposizione citata, nonché nel precedente art. 406 c.c. del codice civile del 1865, si afferma che sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti, specificatamente diritti soggettivi.

L'art. 810 c.c. contiene una definizione di bene dalla quale si è soliti partire per l'analisi sulla natura dei beni stessi. Essa, però, ha solo un valore terminologico e di sistematica giuridica. Tanto è vero che la norma in questione non definisce il bene. Essa sposta il problema omettendo di precisare quali sono le cose oggetto di diritti. Allora, proprio in ragione dell'art. 810 c.c., tutte le cose in astratto possono essere il riferimento di rapporti giuridici, se possiedono la capacità di assolvere esigenze economiche e sociali giuridicamente rilevanti. L'art. 810 c.c. dimostra come il legislatore si è riservato la possibilità di attribuire, di negare o di restringere l'idoneità delle cose ad essere bene giuridici.

La cosa diventa bene in quanto è oggetto di una particolare considerazione da parte del diritto, cioè ove le sia attribuita idoneità ad essere punto di riferimento di rapporti giuridici⁽⁶³⁾. Le costruzioni giuridiche, infatti, hanno natura diversa dai presupposti di fatto cui

⁽⁶²⁾ Sempre S. PUGLIATTI, *Bene*, cit.

⁽⁶³⁾ Nel fenomeno «persona» la sovrastruttura formale è chiamata «capacità», formula che indica l'attitudine ad essere il riferimento *subiettivo* di rapporti giuridici. Così nel fenomeno «bene» la sovrastruttura formale è chiamata idoneità, quale attitudine ad essere il riferimento *obiettivo* di rapporti giuridici.

queste costruzioni si riferiscono, anche perché il diritto può tal volta prescindere da tali presupposti per sostituirle con mere astrazioni concettuali. È il diritto che attribuisce alle cose l' idoneità in quanto abbiano l'attitudine ad essere il riferimento obiettivo dei rapporti sociali di cui si interessa l'ordinamento ed in quanto tali esse abbiano la funzione di soddisfare determinate esigenze economiche e sociali. Presupposto per il bene è l'attitudine a soddisfare le esigenze economiche e sociali che il diritto considera rilevanti. E poiché non tutte le cose presentano il requisito della funzionalità, è ammissibile che alcune cose siano beni ed altre non lo siano. La cosa acquista significato in relazione ai comportamenti dei soggetti, in quanto riferiti ad una entità materiale.

Tra la nozione di cosa e bene vi è la stessa relazione che corre tra uomo e persona⁽⁶⁴⁾. Non può, quindi, esistere commistione tra la nozione di bene giuridico e quella di diritto.

La riflessione che suscitano i Certificati Verdi e la loro incerta natura rafforza la considerazione che a delineare la concreta fisionomia di un bene concorrano tanto fattori d'ordine naturalistici quanto fattori giuridici. Il richiamo ai primi o alternativamente ai secondi rendono il bene riferimento di taluni rapporti e talvolta inidoneo per altri. Si evidenzia così come anche l'influsso della volontà umana incida sulla qualificazione di un bene in senso giuridico, così da realizzare casi per cui quest'ultima prescinde in modo parziale o totale dal presupposto naturalistico: «siccome la volontà umana non può influire sull'aspetto della cosa in sé, vuol dire che influisce sulla qualificazione giuridica»⁽⁶⁵⁾.

Non è detto che l'elemento extragiuridico, presupposto del fenomeno di riconoscimento, debba essere sempre una entità fisica: «è

⁽⁶⁴⁾ A. PINO, *Contribuito alla teoria giuridica dei beni*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 4, 1948, p. 838.

⁽⁶⁵⁾ Così A. PINO, *Contribuito alla teoria giuridica dei beni*, cit., p. 838.

sufficiente che sia un'astrazione, purché atta ad assolvere le esigenze, in considerazione delle quali l'ordinamento attribuisce l'idoneità»⁽⁶⁶⁾.

Il dato della qualificazione giuridica di bene attraverso la volontà umana, piuttosto che la sola aderenza al dato naturalistico è la via attraverso la quale è stata infatti possibile la creazione dei beni caratterizzati dall'immaterialità.

Il richiamo alla categoria dei beni immateriali conferma il fatto che non si possa ridurre tutto il fenomeno del «bene giuridico» all'elemento materiale della cosa, così come non lo si può ricondurre solo all'elemento formale dell'idoneità. Circoscrivendo la nozione di bene giuridico a questo secondo aspetto, si ridurrebbe il concetto di bene solo ad un concetto di relazione.

Sono le norme ed i principi giuridici che creano un bene e quindi predispongono l'acquisto dell'idoneità in base a determinati presupposti. Concorrendo il dato naturalistico e la volontà umana, si determina l'idoneità concreta del bene, vale a dire quando esso può essere oggetto di un rapporto giuridico determinato. Questa constatazione riflette la funzione economica e sociale della cosa, ossia la sua possibilità di soddisfare le esigenze che il diritto ritiene meritevoli

⁽⁶⁶⁾ A. PINO, *Contribuito alla teoria giuridica dei beni*, cit., p. 835, il quale afferma anche a p. 834: «l'art. 814 cc (...) risolvendo un dibattuto problema, considera beni mobili le energie che abbiano valore economico. Parlando di valore economico il legislatore non intende, è chiaro, riferirsi alla valutazione che l'*homo economicus* può dare alla energia, ma si riferisce all'obiettiva possibilità dell'energia di soddisfare esigenze economiche e sociali, e cioè la sua funzione. Dall'art. 814 si ricava che sono beni le entità che hanno una funzione economica e sociale, mentre non sono tali quelli che non hanno una simile funzione, come, ad esempio, le energie prodotte dai corpi celesti». Il carattere immateriale del prodotto dell'attività creativa non impedisce la qualificazione giuridica di «beni». È «bene» – secondo quanto stabilisce l'art. 810 del codice civile – tutto ciò che è individuato dal diritto come oggetto di situazioni giuridiche attive e passive e, pertanto, come riferimento di rapporti giuridici. Sul concetto giuridico di bene: M. TRIMARCHI, *I beni e la proprietà*, cit., p. 167 ss. Sul versante comunitario per la nozione di bene giuridico si veda P. BARCELLONA, *La strategia dei diritti* in D. LA ROCCA (a cura di), *Diritti e società di mercato*, Torino, 2006, p. 36 ss.

di tutela. La funzione economica e sociale del bene è diversa dalla sua eventuale utilità economica⁽⁶⁷⁾. Guardata dal punto di vista del diritto, la funzione economico sociale del bene è la sua idoneità in concreto a rispondere, soddisfacendoli, ad interessi meritevoli di tutela nell'ordinamento giuridico.

Il diritto oggettivo considera la cosa in molteplici situazioni. Come le persone sono il riferimento soggettivo dei rapporti giuridici così le cose ne sono il riferimento oggettivo perché costituiscono il mezzo con il quale vengono soddisfatti gli interessi che il diritto tutela.

Il bene giuridico è quindi punto di riferimento non oggetto del rapporto giuridico.

L'oggetto del rapporto giuridico è noto che non è la *res*, quanto il comportamento di altri soggetti. I rapporti giuridici intercorrono tra le persone non tra le persone e le cose.

Le cose sono il riferimento oggettivo dei rapporti giuridici, così come le persone sono il riferimento soggettivo dei rapporti giuridici. I beni costituiscono quindi il mezzo con il quale vengono soddisfatti gli interessi che il diritto tutela. Essi non sono quindi oggetto del rapporto giuridico, ma il punto di riferimento di quest'ultimo⁽⁶⁸⁾.

Se l'oggetto del rapporto è il comportamento dei soggetti, quale

⁽⁶⁷⁾ Sono infatti beni in senso economico merci e servizi che sono utili (ossia sono capaci di soddisfare un bisogno) e scarse (cioè sono disponibili in quantità limitate rispetto ai possibili impieghi). Sono «finali» se soddisfano direttamente un bisogno del consumatore; sono «input» o «intermedi» se servono a produrre merci che soddisfano un bisogno del consumatore finale (in questo caso sono beni e servizi produttivi), così G. CALZONI, *Lineamenti di Microeconomia*, Torino, 2004.

⁽⁶⁸⁾ Si è tradizionalmente ritenuto che non avesse una dimensione unitaria la nozione di oggetto del rapporto giuridico, affermandosi che i rapporti familiari abbiano come oggetto la persona, quelli obbligatori il comportamento e quelli reali, la cosa. In realtà la persona, il comportamento e la cosa pur essendo eterogenei tra loro si riferiscono ad una struttura omogenea che è il rapporto giuridico. Il diritto attivo di un soggetto del rapporto al quale corrisponde il dovere di comportamento nel soggetto passivo del rapporto hanno il medesimo aspetto.

è la posizione della *res* nel rapporto giuridico? La *res* potrebbe sembrare estranea alla struttura del rapporto giuridico, che è un rapporto sociale tra uomini che può ad avere ad oggetto un *facere*, un dare, un non *facere* e che la stessa cosa può essere oggetto di più rapporti.

È dato di assoluto interesse quello che pone attenzione sul fatto che una medesima cosa possa essere parte contemporaneamente di più rapporti giuridici. Si pensi ad un immobile di proprietà di un soggetto, che il medesimo concede in usufrutto ad altra persona, e che a sua volta l'usufruttuario concede in locazione o in affitto. Tali stratificazioni di rapporti rende con chiarezza l'idea di come il bene non sia oggetto di un rapporto giuridico. In ognuna dei rapporti indicati saranno diversi i comportamenti dovuti dalle parti o dai consociati che costituiscono l'oggetto del rapporto.

Il proprietario potrà pretendere un comportamento d'astensione da parte dei consociati; l'usufruttuario potrà prendere certi comportamenti dal nudo proprietario e dagli altri consociati, così come il nudo proprietario può pretendere dall'usufruttuario, al meno ed al minimo, il rispetto della destinazione economica della cosa, etc. Il locatario, dietro versamento del canone, potrà prendere dal nudo proprietario e dall'usufruttuario il pagamento delle spese di straordinaria amministrazione dell'immobile, la garanzia del pacifico godimento, etc. Ben si dovrebbe comprendere la distanza tra bene ed oggetto del rapporto.

La distanza evidenziata dovrebbe aiutare a scansare il dubbio la potenziale commistione che esiste tra la nozione di bene e quello di diritto.

Questa distanza e diversità dall'oggetto del rapporto giuridico non significa che la nozione in senso giuridico di cosa non si sostanzia attraverso il significato del comportamento oggetto del rapporto.

La distanza tra bene giuridico e diritto che si esalta attraverso il sistema circolatorio, ed è confermata proprio dal regime di negoziazione dei beni immateriali.

6. — *Bene come diritto di proprietà nella giurisprudenza C.E.D.U.*

L'*entropia* tra i concetti di bene giuridico e diritto in senso soggettivo, che sembra caratterizzare la definizione di Certificato Verde ai sensi dell'art. 2, co.1, lett. o) del Decreto Lgs. n. 387/2003 può essere rafforzata dalla presenza di letture giurisprudenziali che provengono dalle Corti internazionali, tra cui quella di Strasburgo che tende ad identificare la nozione di bene con quella di proprietà.

La nozione di proprietà contenuta nella Convenzione C.E.D.U. ha invero una caratterizzazione più ampia rispetto a quella tradizionalmente presente negli ordinamenti interni di *Civil Law*, con un evidente richiamo alla tradizione inglese. Il concetto di *law of propriety* nella tradizione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali del concetto di proprietà e di quello di diritto reale⁽⁶⁹⁾.

La Corte spesso identifica la garanzia del diritto di proprietà con la tutela del bene. I giudici di Strasburgo, infatti, non realizzano alcun tentativo di delineare una nozione generale di proprietà, soprattutto non cercano di farlo nei termini di una ricostruzione che si possa dire *familiare* per i giuristi continentali. La Corte C.E.D.U.

⁽⁶⁹⁾ Non esiste una corrispondenza tra la nozione di proprietà dei sistemi di *civil law* e quello di *propriety*. Quest'ultimo comprende situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni. U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, p. 327, afferma: «*propriety*, infatti, nella terminologia giuridica inglese ricopre l'intera nostra nozione di patrimonio. Sono perciò *propriety* una larga varietà di istituti che nel diritto romanista non si sono sviluppati nell'ambito dei diritti reali: una polizza di assicurazione, un pacchetto azionario, un contratto di locazione, ecc.». Riportano significativi esempi, A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property - Propriété - Eigentum, Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, p. 43 ss., per cui rientra, per esempio, nella nozione di *propriety* un credito liquido ed esigibile, e queste caratteristiche permettono di agire in un'azione recuperatoria o risarcitoria. Appartengono alla nozione di *propriety* il *copyright*, il brevetto (*patent*), nonché situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che trovano origine nei rapporti contrattuali quali, come detto, crediti liquidi, avviamento commerciale, *know-how*, ma anche contratti che possono essere ceduti.

non elabora alcuna nozione di proprietà che sia fondata sul carattere dell'appartenenza⁽⁷⁰⁾. L'identificazione del concetto di proprietà con la cosa posseduta, piuttosto che con il diritto che sulla cosa si esercita, ha come conseguenza che quest'ultima venga trattata in termini equivalenti ai diritti sull'oggetto⁽⁷¹⁾.

Nel tempo hanno, così, fatto ingresso nella fattispecie in esame situazioni comunemente lontane dalla nozione di proprietà in senso stretto⁽⁷²⁾. Il c.d. diritto al *goodwill* è assimilato al diritto di proprietà

⁽⁷⁰⁾ Si legga la nota definizione di A. GAMBARO, *La proprietà – beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. IUDICA, P. ZATTI, Milano, 1990, p. 86, per il quale quando si parla di proprietà ci si riferisce alla: «situazione di appartenenza privata più estesa che l'ordinamento giuridico possa riconoscere» quando invece per bene debba intendersi «al di là dei disordini terminologici è da ricordare che la nozione di bene è stata elaborata dalla nostra esperienza giuridica per designare gli oggetti della proprietà e del possesso, o meglio, per designare ciò che era suscettibile di una forma di appartenenza ricollegabile o alla proprietà romanica o al *Gewere* germanico».

⁽⁷¹⁾ In questi termini M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 33, la quale riporta in termini sintetici anche la diversa ricostruzione del concetto di proprietà nei sistemi di *civil law* ed in quelli di *common law*.

⁽⁷²⁾ Nella lettura giurisprudenziale della Corte di Strasburgo hanno trovato prima di tutto tutela le situazioni giuridiche soggettive che comunemente vengono ricondotte alla proprietà come diritto assoluto. Il riferimento è *al vero e proprio* diritto di proprietà come diritto assoluto su beni immobili e mobili, ai diritti reali ed alla cosiddetta proprietà intellettuale. In tema di proprietà intellettuale, si veda Commissione, Appl., 12633/87, 4 ottobre 1990, *Smith Kline and French Laboratories Ltd/ Olanda*, in *Dec. rep.*, 1990, 66, p. 70. Espressamente, poi, si afferma in Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 23 febbraio 1995, *Gasus Dossier/Fördertechnik Gmb H/ Olanda*, in *Racc.*, Serie A, 306-B, p. 53, che: «la nozione di beni dell'art.1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma, che sicuramente non si limita alla proprietà dei beni materiali (...)». Tale ultimo dato, tra l'altro, pone la giurisprudenza C.E.D.U. in linea con quella comunitaria e la legislazione dell'Unione in tema di beni immateriali. Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, in cit.: «la Cour rappelle que la notion de biens de l'article 1 du Protocole n. 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des 'droits de propriété' et donc pour des 'biens' aux fins de cette disposition». È noto, invero, che l'interpretazione della nozione di bene, rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1 prot. C.E.D.U., sia

in quanto, secondo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, grazie al lavoro gli interessati sono riusciti a crearsi una clientela che come tale ha un valore patrimoniale⁽⁷³⁾. Esso costituisce pertanto un

molto vicina a quella elaborata nei sistemi di *Common Law* relativamente alla nozione di *law of propriety*. La nozione di bene contenuta nell'articolo 1 cit. ha, in ogni caso, natura autonoma (sulla nozione autonoma nel sistema CEDU ci sia consentito il rinvio al nostro V. COLCELLI, *Situazioni giuridiche soggettive e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Perugia, 2010, come tale essa è svincolata dalle qualificazioni formali del diritto interno (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, cit. par. 54). Ciò non significa che i giudici di Strasburgo prescindano del tutto dal diritto nazionale. In genere la Corte preferisce trovare un riscontro in tal senso (Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>: «aux yeux de la Cour, ces éléments prouvent que le requérant était titulaire d'un intérêt patrimonial reconnu en droit italien, bien que révocable dans certaines conditions, depuis l'acquisition de l'œuvre jusqu'au moment où le droit de préemption a été exercé et où une compensation lui a été versée, ce que le Conseil d'Etat a qualifié de mesure rentrant dans la catégorie des actes d'expropriation (paragraphe 51 ci-dessus). L'intérêt du requérant constituait dès lors un « bien », au sens de l'article 1 du Protocole n. 1»»). Quel che è certo è che comunque la giurisprudenza europea non si preoccupa di accertare se il ricorrente possa essere considerato, rispetto al diritto interno, il proprietario del bene. L'autonomia concettuale della proprietà in sede C.E.D.U. ha permesso alla Corte di ampliare l'area dove l'articolo 1 prot. cit. potesse trovare applicazione, permettendole di considerare irrilevante la circostanza che una certa situazione giuridica venga qualificata o meno come diritto di proprietà nell'ambito dell'ordinamento interno. Si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 novembre 2000, *Beyeler/Italia*, in cit. *E.C.H.R.*, 2000, p.1.: «il n'appartient pas davantage à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si le requérant devait être considéré ou non, au regard du droit italien, comme le propriétaire réel du tableau».

⁽⁷³⁾ L'articolo 1 prot. 1 C.E.D.U. offre garanzia all'avviamento commerciale. La Corte fa rientrare l'avviamento commerciale nella tutela del diritto di proprietà, con riferimento alla sola prima parte della norma menzionata e cioè relativamente al rispetto del pacifico godimento dei beni senza ingerenze arbitrarie di terzi. Nel caso *Iatridis/Grecia* (Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 marzo 1999, *Iatridis/Grecia*, in *Rep.*, 1999, II) il ricorrente denunciava la violazione dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. in seguito all'allontanamento da un fondo commerciale di cui egli era locatario e la cui proprietà era, però, incerta. La Corte di Strasburgo, dopo aver affermato che l'avviamento commerciale costituisce un valore patrimoniale tutelabile in ragione dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., ha stabilito che esso non poteva essere oggetto di espropriazione senza un formale titolo di proprietà sul fondo.

bene⁽⁷⁴⁾. Sono beni ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. anche i diritti soggettivi relativi a crediti d'imposta. Il riferimento è il caso *Buffalo Srl/Italia*⁽⁷⁵⁾. In questa ipotesi è stato proposto ricorso alla Corte C.E.D.U. per violazione dell'art. 1 del Prot. n.1 da una società titolare di crediti di imposta nei confronti dello Stato italiano⁽⁷⁶⁾. Anche il credito derivante da un risarcimento del danno costituisce un valore patrimoniale che come tale riveste il carattere di bene⁽⁷⁷⁾. Rientrano, infatti, nella nozione in esame i crediti purché siano sufficientemente provati ai fini della loro esigibilità. Sono tali anche le somme accordate con una sentenza arbitrale che abbia i caratteri della definitività ed obbligatorietà⁽⁷⁸⁾. Sono beni che godono della garanzia apprestata dalla C.E.D.U. anche le opere di interesse storico e artistico (l. n. 1089/39)⁽⁷⁹⁾. Il reddito futuro può essere considerato bene se è stato già guadagnato o se è comunque oggetto di un credito sicuro⁽⁸⁰⁾.

È palese, pertanto, come il campo di applicazione dell'articolo citato sia veramente esteso, includendo qualsiasi misura che interferisca con una situazione giuridica il cui contenuto sia patrimoniale⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁴⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, 23 aprile 1997, *Van Marle/Olanda*, in *Racc.*, 1997, p. 691.

⁽⁷⁵⁾ Corte europea dei diritti dell'Uomo, 22 luglio 2004, *Buffalo srl/Italia*, in <http://cmiskp.echr.coe.int/>.

⁽⁷⁶⁾ Il fatto che ha dato origine alla controversia erano operazioni di rimborso fiscale iniziate con ritardo ed ancora al momento della presentazione del ricorso non erano terminate, la società è stata per questo obbligata a contrarre prestiti a tassi di interesse superiori a quelli che lo Stato italiano applica in sede di rimborso dei crediti di imposta.

⁽⁷⁷⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 luglio 1997, *Pressos Compania naviera S.A. ed altri/Belgio*, in *Racc.*, 1997, p. 1292.

⁽⁷⁸⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis/Grecia*, in *Racc.*, 1994, p. 301-B.

⁽⁷⁹⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 gennaio 2000, *Beyeler /Italia*, in *Rep.*, 2000, I, par. 100-101-102.

⁽⁸⁰⁾ Commissione, D 198119/92, *Storksen/Norvegia*, in *Dec. Rep.*, 1992, 78 B, p. 88.

⁽⁸¹⁾ Pur essendo in ogni caso presente una tendenza all'estensione del contenuto

In realtà l'identificazione del concetto di proprietà con la cosa posseduta, piuttosto che con il diritto, si spiega in modo diverso rispetto all'ipotesi che esista una coincidenza tra la nozione di bene e quella di diritto. La giurisprudenza europea non qualifica il diritto di proprietà in termini di rapporto tra la persona ed il bene. La Corte capovolge l'attenzione rispetto al rapporto d'appartenenza focalizzandosi sull'oggetto di questo rapporto⁽⁸²⁾. Il concetto di bene assume così una funzione equivalente a quella di diritto di proprietà.

I giudici di Strasburgo spiegano però questa opzione.

L'impostazione scelta dalla giurisprudenza C.E.D.U. muove dal dato testuale della norma, ma non costruisce alcuna conferma che bene sia sinonimo di diritto. La Corte europea, attraverso il riconoscimento a ciascuno del rispetto dei propri beni, intende garantire, nella sostanza, il rispetto del diritto di proprietà⁽⁸³⁾, ma non vi è alcuna commistione tra la nozione di bene e quella di diritto.

7. — *Il contributo del diritto privato comunitario ai «nuovi beni»*

Il diritto comunitario ha dato nella creazione dei c.d. nuovi beni una significativa spinta, anche se va precisato, però, che beni e diritti reali

del diritto di proprietà anche nei sistemi di *civil law* (si veda sul tema la ricostruzione presente in M. L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 44 ss.) quel che è certo è che esiste una comunanza di contenuti tra gli oggetti della garanzia dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. e quelli ricondotti nella nozione di *propriety*.

⁽⁸²⁾ Il concetto di bene, infatti, è stata storicamente elaborata per designare ciò che era suscettibile di appartenenza o di possesso. Analizza il rapporto tra il concetto di bene ed il diritto di proprietà O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982.

⁽⁸³⁾ In questi termini Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 giugno 1979, *Marckx/Belgio*, cit.; si veda anche Ib, 28 ottobre 1987, *Inze/Austria*, in *Racc.*, 1987, Serie A, 229-F, p. 38.

non sono oggetto delle competenze dell'Unione. Neanche la collocazione dell'istituto della proprietà tra i diritti fondamentali dell'uomo⁽⁸⁴⁾

⁽⁸⁴⁾ Al diritto di proprietà è dedicato l'art. 17, collocato nel capo dedicato alle «libertà». Il testo dell'articolo corrisponde in sostanza a quello dell'art. 1 del primo protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'aspetto di distanza maggiormente evidente rispetto alla C.E.D.U. è il fatto che, mentre l'art. 1 del prot. addizionale considera fra i diritti dell'uomo «il diritto al rispetto dei suoi beni», l'art. 17 parla in modo esplicito del «diritto di proprietà» e del suo contenuto come diritto di godere e di disporre dei beni acquistati legalmente e di lasciarli in eredità, ed inquadra l'istituto, di per se afferente al diritto privato economico-patrimoniale fra i diritti fondamentali dell'uomo: fra i diritti civili, raggruppati in sei grandi capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia.

Per M. COMPORI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 5, lo spostamento del diritto di proprietà dai diritti economici-sociali ai diritti civili fondamentali costituisce un fatto molto importante che potrebbe determinare la creazione di nuovi principi generali, sia per la sistemazione teorica di tutta la materia che per l'interpretazione di tutte le norme. Si veda M. TRIMARCHI, *I beni e la proprietà*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 180, per cui non sembra però che questo spostamento sia da approvare, sia perché è del tutto improprio ed antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale. Da più parti è stata rilevata l'assenza di ogni riferimento alla formula della funzione sociale, così come invece espressamente previsto nelle più moderne costituzioni europee. Si veda M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002, p. 29 ss., che richiama il caso della Germania, dell'Italia e della Spagna, dove il diritto di proprietà appare con contenuto limitato e ridotto dal principio della funzione sociale intesa come temperamento tra l'interesse individuale e quello sociale. Cfr. M. COMBA, *I diritti civili. Verso una nuova funzione sociale della proprietà privata*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti civili e costituzione nell'unione europea*, Roma, 2003, p. 164, che ricorda come la funzione sociale opera quale limite interno della proprietà, mette in rilievo come tale forma di limitazione sia sconosciuta alla Corte di Giustizia, la quale ha sempre ragionato in termini di interesse generale. Al diritto di proprietà come diritto fondamentale (Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, *Hauer/Land Rheinland-pfalz*, C-44/79, in *Racc.*, 1979, p. 3727; Corte di giustizia, 14 maggio 1974, *Nold kg/Commissione*, C-4/73, in www.eur-lex.europa.eu.it; Corte di giustizia, 15 febbraio 1996, *Duff e.a./Minister for Agriculture and food, Ireland*, C-63/93, cit.) viene assicurata tutela dal giudice comunitario sulla base dei principi generali del diritto ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dei trattati internazionali sui diritti dell'uomo, come il primo proto-

muta in questa materia i poteri d'azione dell'UE⁽⁸⁵⁾. Nonostante la mancanza di competenza diretta e malgrado l'assenza in questo campo di atti di diritto derivato dotati di diretta applicabilità, gli ordinamenti interni non sono sottratti dall'influenza del diritto comunitario in questo settore. In realtà solo apparentemente l'Unione Europea ha lasciato regolare – per intero ed autonomamente – agli ordinamenti degli Stati l'istituto dominicale⁽⁸⁶⁾. L'art. 345 Trattato di Lisbona (già art. 295 TCE) svolge, invero, la funzione di regola di ripartizione delle competenze senza conferire, però, al diritto di proprietà ed ai beni un'immunità assoluta dall'influenza comunitaria.

La norma richiamata va infatti letta alla luce del principio generale di sussidiarietà. Le Istituzioni sono autorizzate ad intervenire legiferando in materia quando gli obiettivi da perseguire possono essere meglio realizzati a livello europeo piuttosto che a livello nazionale⁽⁸⁷⁾.

collo allegato alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Anche Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, *Hauer/ Land rheinland-pfalz*, C-44/79, cit.

⁽⁸⁵⁾ Si veda M. COMPORTI, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 3.

⁽⁸⁶⁾ A. TIZZANO, *Il diritto dell'unione europea*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2006, p. 175. L'autore sostiene che non è difficile comprendere le ragioni di un tale atteggiamento. Un istituto, quale quello della proprietà, assolutamente centrale (assieme al contratto) nell'esperienza gius-civilistica dell'età moderna, non può essere disciplinato *ex novo* o comunque in modo unitario a livello europeo attraverso un trattato internazionale in presenza di modi alquanto diversi di concepire l'istituto nell'ambito dei singoli paesi.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. GAMBARO, *Gli interventi della ce in tema di multiproprietà ed i limiti della legislazione*, in *Diritto privato comunitario. fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, 1997, I, p. 297. Per G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, I, Roma-Bari, 2007, p. 93, appare ragionevole considerare che la stessa esigenza si ponga in tutti i campi del diritto e che quindi il principio della sussidiarietà assuma una valenza generale; come è detto nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità – allegato al Trattato C.E. dal Trattato di Amsterdam – la sussidiarietà «consente che l'azione della comunità, entro i limiti delle sue competenze, sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano e, inversamente, ristretta e sospesa laddove essa non sia più giustificata».

Da parte dell'Unione sono inevitabili interventi in materia di beni e di diritti su di essi⁽⁸⁸⁾ essendo la stessa chiamata a perseguire, tra gli altri, gli obiettivi di «uno sviluppo armonioso e sostenibile delle attività economiche», «un elevato livello di protezione dell'ambiente»⁽⁸⁹⁾. Assumere oggi che le norme comunitarie vigenti non riguardino, direttamente o indirettamente, i beni giuridici costituirebbe un'affermazione costruita non tenendo conto dei processi storici e degli sviluppi del diritto privato europeo⁽⁹⁰⁾. Si pensi soltanto al regime di contingentamento delle colture nel sistema della P.A.C., oppure il caso delle limitazioni dell'impianto di certi vigneti nei sistemi D.O.C. e D.O.C.G., oppure alla disciplina della multiproprietà. Per quanto ricordato la previsione di cui all'art. 345 cit., per esser correttamente intesa, deve essere così letta: la materia rimane di competenza esclusiva degli Stati membri solo se non ricorrono finalità comunitarie che impongono l'adozione, in dati settori, di normative europee sulla proprietà⁽⁹¹⁾.

Ad oggi, però, la produzione normativa comunitaria in tema di

⁽⁸⁸⁾ A. TIZZANO, *Il diritto dell'unione europea*, cit., p. 177.

⁽⁸⁹⁾ Già gli artt. 2 e 3 T.C.E., oggi rispettivamente 3 T.F.U.E. e artt. 2-3-4-5-6-7-8 T.F.U.E.

⁽⁹⁰⁾ M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 710, nonché M. FRIGO, *Le limitazioni al diritto di proprietà e all'esercizio delle attività economiche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 70, per cui già l'art. 295 T.C.E., oggi art. 106 T.F.U.E. porta a riconoscere una sorta di neutralità al diritto comunitario nel senso che la norma esclude dalle competenze della comunità quella di determinare la regolamentazione del regime di proprietà, ma ciò non significa che la norma debba essere interpretata nel senso di precludere all'ordinamento comunitario ogni possibilità di incidere in concreto nella disciplina relativa alle limitazioni al diritto di proprietà in quanto la corte di giustizia ha progressivamente mutato approccio affermando una sua funzione di tutela dei diritti fondamentali quale parte integrante dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

⁽⁹¹⁾ Si pensi, in questo senso ad alcuni interventi in materia di politica monetaria oppure in tema di beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporti, agricoltura, concorrenza, beni immateriali, ancora nel settore ambientale o in tema di salute.

proprietà e diritti reali e beni non ha i caratteri dell'organicità e della completezza. Non è dato rinvenire in questa materia, a differenza di quello che accade ad esempio nel contratto, alcun segnale di unificazione tra le legislazioni nazionali. In questo settore si è comunque messo in moto un processo di integrazione.

Il diritto comunitario, come quello C.E.D.U. prima di lui, conferma la tendenza ormai accolta anche presso la dottrina italiana dell'esistenza di una pluralità di statuti dei proprietari. La proprietà assume forme varie in relazione alle modalità con cui un ordinamento intende regolare il godimento di ciascuna categoria di beni nel rispetto dell'interesse generale e dei propri valori fondamentali⁽⁹²⁾. Il termine proprietà viene, così, utilizzato, non solo con riferimento ai beni mobili in genere, ai beni immobili, ai beni culturali e quindi a cose di tipo materiale, ma anche con riferimento a cose o beni cosiddetti immateriali⁽⁹³⁾.

I beni immateriali di origine comunitaria non coincidono con la nozione che è divenuta già tradizionale di questa categoria di beni⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ Testualmente M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, cit., p. 725 ss.: «la presenza di una molteplicità di situazioni proprietarie non vede ritenersi in contrasto con le proclamazioni contenute nell'art. 17 della Carta ispirate a logiche unitarie sui poteri di godimento e disposizione assunti quali tipici e garantiti al proprietario. Occorre, infatti, distinguere l'affermazione di principio tesa a individuare genericamente il contenuto della situazione con la sua o meglio con le sue concrete articolazioni, realizzatrici in vario modo di quell'equo temperamento tra valori da operare nelle singole materie».

⁽⁹³⁾ I beni immateriali hanno ricevuto il loro riconoscimento ufficiale nel richiamo espressamente realizzato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁽⁹⁴⁾ G. FLORIDIA, *Internet: trappola o risorsa per la proprietà intellettuale*, in *Dir. ind.*, n. 2, 2005, p. 153: «scienza e tecnologia costituiscono il contenuto delle invenzioni brevettabili, del *software*, dei circuiti integrati, delle biotecnologie, delle nuove varietà vegetali, della telematica, compresa quella che si manifesta mediante la telefonia cellulare, la trasmissione digitale e la stessa rete internet: un complesso di innovazioni che si moltiplicano determinando un mutamento epocale».

Si pensi alla legge italiana sulla proprietà intellettuale⁽⁹⁵⁾. Il diritto comunitario affranca la nozione di beni immateriali dalla stessa nozione che nell'ordinamento interno li qualificava essenzialmente come proprietà intellettuale e la conduce pienamente nella nozione di *new property*.

Si pensi ai risultati dell'attività di ricerca. Alcuni beni che derivano dall'attività di ricerca sono in parte quelli tutelati dalla disciplina sul diritto d'autore (che riguarda le opere dell'ingegno a carattere creativo, il *software* e le banche dati)⁽⁹⁶⁾, ma non tutti ricadono sotto questa disciplina. L'esercizio dell'attività di ricerca è oggi tra i diritti umani fondamentali⁽⁹⁷⁾. La definizione comunitaria di ricerca fa leva sulla tipologie di «conoscenze» da acquisire. Le conoscenze derivanti dall'attività di ricerca consistono in «risultati», che comprendono: «le informazioni tutelabili o no, derivanti dalle azioni dirette e indirette così come i diritti d'autore o i diritti connessi a tali risultati a seguito della domanda e del rilascio di brevetti, disegni e modelli, novità vegetali» ma anche «certificati di protezione complementari o

⁽⁹⁵⁾ Nell'ordinamento italiano il diritto d'autore è regolato dal Codice Civile e dal R.D. 22 aprile 1941, n. 633, quest'ultimo attuato dal Decreto Lgs. 18 maggio 1942 n.1369. La disciplina è stata poi modificata ed integrata dalla L. 20 giugno 1978 n. 399, che ha ratificato la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 9 settembre 1886 e successive modificazioni e dalla L. 19 luglio 1956, n. 923 e dalla L. 13 luglio 1966, n. 650, che hanno ratificato la Convenzione universale del diritto d'autore, firmata a Ginevra il 6 settembre 1952. Nel 1992 sono state apportate modifiche alla disciplina del diritto d'autore, con riferimento al *software*, mediante Decreto Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518. Nell'ordinamento comunitario si faccia riferimento anche alla Direttiva 2001/29/CE del Parlamento e del Consiglio europeo del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

⁽⁹⁶⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *La proprietà industriale e intellettuale* in R. CIPPITANI, L. FULCI (a cura di), *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione. Regole di partecipazione e contratto tipo*, Perugia, 2007, p. 215.

⁽⁹⁷⁾ È un diritto solennemente sancito da norme internazionali si veda l'art. 27 Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite.

altre forme simili di protezione»⁽⁹⁸⁾ che non trovano tutela nel diritto d'autore.

A fianco a questi beni più vicini alla nozione tradizionale di beni immateriali, si trovano nuovi beni di creazione comunitaria come ad esempio le quote latte, che sono lontane dalla nozione di immaterialità che possiamo dire «abituale», dove l'oggetto del diritto è l'idea creativa che in essi si estrinseca. Questi diritti sono inoltre di carattere assoluto⁽⁹⁹⁾.

La collocazione delle quote latte nell'ambito della categoria dei beni giuridici è legittima solo assumendo una nozione in senso ampio di bene che trascenda le *res corporales*, poiché priva del carattere della corpolarità, benché lontana dalla nozione di beni immateriali richiamata.

L'introduzione delle quote latte è la conseguenza di un periodo di eccedenza del prodotto sul mercato comunitario (durato dalla fine degli anni '60 fino a tutti gli anni '80 del secolo scorso) che rischiava di far precipitare il prezzo ad un livello insostenibile per i produttori. Con il Regolamento CEE n. 856/84 si è disciplinata così la produzione ed il consumo del latte mediante l'assegnazione a ciascun produttore soltanto di un determinato quantitativo, superato il quale sorgeva l'obbligo di versare alla Comunità l'eccedenza⁽¹⁰⁰⁾. Ha

⁽⁹⁸⁾ R. CIPPITANI, *Situazioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici per la ricerca. Il caso della ricerca del sistema elettrico*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2006, p. 461 ss.

⁽⁹⁹⁾ Come si è già rilevato questa espressione è da più parti contestata, soprattutto con riguardo alla mancanza di materialità, in tal senso si legga S. PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 57 ss. Tali obiezioni non sono tuttavia insuperabili in quanto non tengono conto della circostanza che lo stesso concetto di materialità non è assoluto bensì di carattere giuridico. Seppure la mancanza di materialità possa costituire il presupposto per una diversa disciplina, questo non impedisce di utilizzare l'espressione proprietà per riferirsi al diritto sui beni immateriali, cfr. P. PERLINGERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 59 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Quindi il sistema delle quote latte si inserisce nell'ambito di un intervento pubblico in economia rivolto a ridurre le eccedenze attraverso un contingentamento.

fatto seguito nel nostro ordinamento la legge n. 468/92⁽¹⁰¹⁾, che ha previsto una disciplina specifica per le ipotesi di cessione od affitto di azienda agraria comprensiva delle quote latte.

Il legislatore comunitario, limitandosi a dettare le regole organizzative del regime delle quote latte non ha affrontato il problema della loro natura giuridica, che è stato così lasciato all'elaborazione dottrinale. Sotto un profilo pubblicistico parte della dottrina⁽¹⁰²⁾ ha assimilato la quota latte all'autorizzazione commerciale. La quota attribuisce al titolare il diritto di accedere al mercato e di vendere il prodotto salvo da ogni penalità, in quanto è la quota che in se reca il genere di merce e la quantità di merce che il titolare può vendere. La quota latte, in questi termini, si configura come autorizzazione rilasciata dall'organo competente al produttore, in ragione di una preesistente situazione soggettiva connessa all'organizzazione ed alla continuativa gestione aziendale. Tale configurazione è stata ridimensionata in ragione dell'assenza, nella previsione del legislatore comunitario, di un divieto a produrre. La Comunità europea, si è detto, non impedisce agli imprenditori assegnatari di quota di commercializzare latte oltre il quantitativo di riferimento, così come non proibisce ai produttori non titolari della quota di produrre e commercializzare. La normativa comunitaria non vieta, rende tale attività antieconomica tenuto conto del prezzo per ogni litro di latte commercializzato che si troverebbe a pagare il soggetto, non assegnatario di quota che volesse intraprendere l'attività nel settore lattiero.

Ciò genera situazioni di vantaggio per chi fruisce delle quote, svantaggi per chi produce oltre la quantità segnata dalle quote, una penalizzazione in termini di barriere rigide all'entrata nel mondo della produzione agli altri potenziali produttori di latte.

⁽¹⁰¹⁾ Recante «misure urgenti nel settore lattiero - caseario».

⁽¹⁰²⁾ A. GERMANÓ, *Le quote di produzione nel diritto comunitario dell'agricoltura*, in *Dir. e giur. agr. Amb.*, 1995; M. CARMIGIANI, *Profili pubblicistici e privatistici delle quote latte*, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1997.

Dal punto di vista del diritto privato la quota latte – caratterizzata da un elevato grado di variabilità potendo essere attribuita oppure no all'imprenditore, in misura più o meno ampia e suscettibile di essere modificata nel tempo – è un elemento del complesso aziendale e può circolare autonomamente rispetto al fondo rustico ed all'azienda stessa.

La quota latte è un bene appartenente alla categoria dei beni-strumenti di produzione⁽¹⁰³⁾, in quanto bene capace di dimensionare l'azienda e di condizionare, in sua assenza, l'esistenza stessa dell'impresa e la cui titolarità impone un vero e proprio obbligo di gestione⁽¹⁰⁴⁾. Quale autonomo bene giuridico a contenuto patrimoniale è prevista la cessione indipendentemente da quella dell'azienda.

L'ordinamento comunitario «disegna» beni immateriali, come nel caso delle quote latte, che risultano essere diversi dalla proprietà intellettuale.

In questo ordinamento l'immaterialità non è più un connotato eccezionale dei beni, per cui nella nozione di bene immateriale possono esser incomprese realtà di fatto non coincidenti con i risultati dell'attività creativa.

⁽¹⁰³⁾ Per la rilevanza giuridica della distinzione tra beni di consumo e beni di produzione: S. RODOTÁ, *Proprietà*, in *Nuovissimo Dig. It.*, Torino, 1967, p. 156; G. GALLONI, *Potere di destinazione e impresa agricola*, Milano, 1974. *Contra* A. GERMANÓ, *Manuale di dir. agr.*, Torino, 2000. Si può poi ricordare un'importante sentenza (Tribunale di Roma, Ord. 5 maggio 1995) ove viene affermato che «la quota latte integra un bene immateriale costituente – per il titolare della quota – un vero e proprio diritto soggettivo, finalizzato a consentire il regolare svolgimento della produzione lattiera senza l'antieconomica imposizione del prelievo supplementare».

⁽¹⁰⁴⁾ La non attività, cioè la sospensione della produzione per un periodo superiore ad un anno e, dunque, il mancato sfruttamento della quota, determina la perdita della quota stessa, ex artt. 5 Reg. 3950/1992 e 2 d.p.r. 24 dicembre 1993, n. 569.

8. — *L'idoneità dei Certificati Verdi ad essere beni*

Come autorevolmente affermato le nozioni di bene e di proprietà sono nella storia del diritto i più sensibili ai mutamenti che intervengono nella scala dei valori ricevuti dai legislatori⁽¹⁰⁵⁾. La riflessione è suffragata dall'introduzione della disciplina sui Certificati Verdi e le considerazioni circa la loro natura giuridica. Riveste, pertanto, un certo grado d'interesse interrogarsi sulla corrispondenza della struttura dei Certificati Verdi con la nozione di bene giuridico.

Come anticipato ai sensi dell'art. 5 del decreto ministeriale 11 novembre 1999 l'attività del nuovo G.S.E.-G.R.T.N. è essenzialmente di natura certificatoria. Il Certificato Verde è una certificazione di produzione da fonti rinnovabili. L'attività certificatoria che compie il G.S.E. attesta uno stato che si identifica o con la produzione di energia verde o l'attitudine a produrne. Chiedendo la certificazione il produttore si assume l'obbligo di produrre la quantità di energia verde. È nella relazione prevista dalla legge con il proprietario al quale il Certificato Verde è riconosciuto, che la certificazione trova rilevanza: può, infatti, circolare, essere oggetto di più negoziazioni anche successive, essere oggetto di compensazione da parte del G.S.E.-G.R.T.N., costituire lo strumento attraverso il quale i proprietari adempiono all'obbligazione contrattuale per la quale non hanno prodotto l'energia dichiarata, ovvero costituire strumento di una garanzia, etc.

Attraverso i Certificati Verdi si esercitano un notevole numero di diritti, ma non sono essi stessi diritti. I Certificati Verdi sono beni giuridici, quindi non oggetto dei rapporti giuridici, quanto il loro punto di riferimento.

Che tipo di beni giuridici siano, è un problema ulteriore che può

⁽¹⁰⁵⁾ P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice Civile*, 1994, Roma-Bari, p. 101.

essere risolto facendo richiamo a quanto detto in tema di qualificazioni di beni immateriali nell'ordinamento comunitario e nel sistema C.E.D.U.

Spiccatamente nell'ordinamento comunitario si evidenzia come i beni c.d. immateriali non coincidano più con la nozione tradizionale che di questa categoria fornisce il nostro codice civile o le leggi speciali. Esistono nuovi beni immateriali che coincidono con la celebre definizione di Reich quali *new propeties*⁽¹⁰⁶⁾. Essi si generano, dice Reich, dall'impetuoso sviluppo tecnologico che significa un proliferare quantitativo e qualitativo dei nuovi beni immateriali con caratteristiche non assimilabile più a quelle con cui questi sono originalmente nati.

Le norme comunitarie, in primo luogo, impongono agli Stati di abolire i diritti speciali ed esclusivi e di dichiarare libera l'attività che era precedentemente riservata⁽¹⁰⁷⁾.

Nel caso specifico del settore elettrico lo smembramento dei monopoli elettrici verticalmente integrati ha determinato la necessità di trovare nuove soluzioni per il coordinamento fra i diversi segmenti della filiera. Venuta meno la direzione unitaria del monopolista, gli strumenti utilizzabili per garantire l'equilibrio del sistema sono anche le relazioni contrattuali e l'integrazione verticale. Lo Stato con le c.d. liberalizzazioni attraverso il mercato cura un interesse pubblico, usando strumenti privatistici quali i Garanti.

Come *new propeties* i Certificati Verdi quali certificazioni che realizza un soggetto terzo il G.S.E., sono assimilabili alle autorizzazione o concessioni della P.A., da tempo qualificate come beni immateriali⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ In tema di europeizzazione dei servizi pubblici e liberalizzazione si veda G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, spec. p. 33 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda anche A. BELLELLI, A. G. CIANCI, *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza*, Torino, 2008.

Le concessioni e le autorizzazioni hanno acquistato nella società contemporanea una loro autonomia rispetto al bene al quale di solito accedono. Inoltre sia concessioni che autorizzazioni sono trasferibili ai terzi. Tale loro caratteristica, «conformemente all'ordinario provvedimento amministrativo che ne ammette la cedibilità, conferma la loro idoneità a costituire oggetto di situazioni soggettive, integrando, così la nozione di bene giuridico (art. 810 c.c.)»⁽¹⁰⁹⁾.

Il discorso fatto per autorizzazioni e concessioni è ripetibile nei confronti delle certificazioni realizzate dalla P.A. o dai soggetti che questa sostituiscono in caso di liberalizzazioni, quando esse interagiscono con la disciplina del settore. Il G.S.E. attraverso i Certificati Verdi, interagendo come fa la P.A. rispetto a concessioni ed autorizzazioni, incide tra l'altro anche con il loro valore economico.

9. — *L'applicazione del sistema Iva e la qualificazione del Certificato Verde e CO2 ad opera dell'Agenzia dell'Entrate*

Avvalorano quanto sopra affermato anche alcune circolari dell'Agenzie dell'entrate (circ. 19 luglio 2007 n. 46/E), le quali definiscono i Certificati Verdi come bene giuridici immateriali, escludendo nel contempo che essi siano assimilabili alla nozione di titoli di credito

Vengono, infatti, qualificati come prestazioni di servizi. Afferma circ. 19 luglio 2007 n. 46/E dell'Agenzia dell'Entrate che «i Certificati Verdi sono titoli (il termine titolo qui utilizzato non sottintende alcuna connotazione giuridica predefinita) che attestano la produzione di determinate quantità di energia elettrica mediante l'utilizzo

⁽¹⁰⁹⁾ A. BELLELLI, A.G. CIANCI, *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza*, cit., p. 172.

di Fonti Rinnovabili (FR) e sono rilasciati dal Gestore dei Servizi Elettrici (G.S.E.) in favore dei produttori da F.R., a valle dell'espletamento di un'apposita procedura di qualificazione degli impianti produttivi. Detti certificati possono essere venduti sull'apposito mercato gestito dal G.M.E. (Gestore del Mercato Elettrico) ovvero tramite contratti bilaterali. I clienti interessati all'acquisto dei Certificati Verdi sono i produttori o gli importatori di energia elettrica da Fonti Non Rinnovabili, cioè Fonti Fossili (FF) che, non riescono ad immettere nella rete elettrica le quantità di energia stabilite dalla legge (articolo 11 del D. Lgs. n. 79/99 ed articolo 4 del D. Lgs n. 387/03)».

Afferma inoltre la risoluzione dell'agenzia dell'Entrate 20 marzo 2009 n. 71/E che le operazioni relative ai Certificati CO₂ ed ai Certificati Verdi, in quanto riconducibili alle cessioni di diritti immateriali, si qualificano come prestazioni di servizio ai sensi dell'art. 3, secondo comma, n. 2), del D.P.R. n. 633 del 1972. La richiamata norma comprende non solo le prestazioni relative ai diritti di autore, ai diritti relativi a modelli e disegni industriali, ma anche “*le cessioni relative a diritti o beni similari*” ai precedenti.

In merito alle cessioni dei Certificati CO₂, inoltre, la qualificazione come prestazione di servizio ha trovato ulteriore conferma nelle conclusioni adottate all'unanimità dal Comitato I.V.A. – 75a riunione - secondo le quali le cessioni di tali certificati rientrano nel campo di applicazione dell'art. 9, par. 2, lett. e), della Direttiva 77/388/CEE (ora art. 56, par. 1, lett. a, della Direttiva 2006/112/CE).

Le richiamate risoluzioni inquadrano correttamente il problema che il termine *titolo* non si riferisca ad alcuna connotazione giuridica predefinita e che il rapporto che si instaura tra titolare del Certificato e l'acquirente sia qualificabile come cessione di servizi. La risoluzione n. 71/E richiamata parla di cessioni di «diritti immateriali» in termini non propri. Non esistono diritti immateriali,

quanto esistono diritti su beni immateriali. I Certificati Verdi ai fini dell'applicazione dell' I.V.A. e delle imposte sono qualificabili come beni simili a beni immateriali.

Il richiamo all'art. 3, secondo comma, n. 2), del D.P.R. n. 633 del 1972 deve intendersi come qualificazione della cessione di Certificati Verdi quale cessioni di diritti su beni simili a beni immateriali.

CAPITOLO TERZO

LA PARTECIPAZIONE ALLE TRANSAZIONI NEL MERCATO DEI CERTIFICATI VERDI

SOMMARIO: 1. Introduzione alla questione. — 2. La scelta del contraente. — 3. I contratti d'adesione al Mercato dei Certificati Verdi come contributo alla riflessione al concetto di parte del contratto. — 4. Le limitazioni all'autonomia negoziale nei contratti d'adesione al Mercato dei Certificati Verdi. — 5. Il contratto di adesione al mercato elettrico. — 6. Mercato, contratto e sussidiarietà.

1. — *Introduzione alla questione*

Alle contrattazioni nel mercato elettrico sono ammessi solo coloro che hanno stipulato il contratto di adesione.

La partecipazione al mercato elettrico è in ogni caso subordinata all'accettazione della richiesta di ammissione al mercato stesso. È infatti attraverso il provvedimento d'ammissione emesso dal G.M.E. che si ottiene la qualifica di operatore.

Il rapporto tra G.M.E. ed operatore è quindi regolato da un contratto.

Il Decreto ministeriale 14 marzo 2003, contiene, come allegato, la formula contrattuale da utilizzare per chiedere l'adesione al mercato dei Certificati Verdi.

Il contratto di adesione è predisposto dal G.M.E. e costituisce parte integrante del Decreto che istituisce e regola il mercato elettrico, nel quale è ricompreso anche il mercato dei Certificati Verdi.

Non è questo di adesione al mercato elettrico un caso isolato di contratto presente in un atto legislativo.

Spesso invero si fa ricorso ai contratti di adesione per la fruizione di un servizio. Un esempio in questo senso può essere il contratto previsto con Decreto del Direttore dell'Agenzia del Territorio del 18 dicembre 2007 in ragione del processo di decentramento delle funzioni catastali per garantire l'accesso telematico alle banche dati catastale ed ipotecaria per i comuni, le comunità montane, ovvero le altre persone giuridiche o fisiche. Anche in questo caso i fruitori aderiscono al servizio mediante un contratto. Quest'ultimo è predisposto dall'Agenzia del Territorio.

Vicino al modello del contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi in esame è la disciplina di partecipazione alla Borsa Merci Telematica Italiana.

Il B.M.T.I. è il mercato telematico regolamentato dei prodotti agricoli, agroalimentari ed ittici. Da postazioni remote ed attraverso il ricorso ad una piattaforma telematica di negoziazione, il B.M.T.I. organizza il quotidiano e continuo scambio delle merci e delle derrate agricole. Le contrattazioni telematiche avvengono sotto il controllo dell'organismo di vigilanza e di indirizzo generale detto Deputazione Nazionale. La contrattazione all'interno del mercato telematico permette di determinare in tempo reale i prezzi, rispecchiando la dinamica del mercato stesso. Anche in questo caso, come nell'ipotesi del contratto di adesione al mercato elettrico, l'accesso alla Borsa Merci Telematica Italiana è riservato agli operatori professionali, in questo caso delle filiere agroalimentari e del settore ittico. L'accesso avviene mediante accreditamento, attraverso un modulo di iscrizione, da parte della società che gestisce il mercato. In una fase successiva a questa il soggetto accreditato sottoscriverà ed invierà il cartaceo del contratto di adesione in duplice copia ed il modulo di autocertificazione. In seguito della ricezione della documentazione sottoscritta dall'operatore (modulo d'autocertificazione e duplice copia del contratto di adesione), la società Meteora provvede al controllo dei

requisiti⁽¹¹⁰⁾. Ad esito positivo del controllo, Meteora S.p.A. provvederà alle comunicazioni mediante spedizione dello identificativo e la *password* di accesso al sistema e provvederà altresì a restituire una copia del contratto sottoscritta da ambo le parti.

Un riferimento può essere anche il contratto tipo predisposto dalla Commissione europea per l'attuazione dei suoi programmi. I Regolamenti comunitari, quale base giuridica dei diversi programmi dell'Unione, stabiliscono espressamente che la Commissione debba stipulare contratti per ogni proposta d'azione selezionata⁽¹¹¹⁾. La Commissione in questi casi per facilitare la redazione del Contratto elabora contratti tipo, di solito per l'erogazione dei fondi tramite i Programmi Quadro. Ad esempio per il sesto programma quadro la Commissione ha elaborato con Decisione del 17 marzo 2003, poi modificata con Decisione del 22 ottobre 2003, un contratto nel senso sopra indicato⁽¹¹²⁾.

In queste ipotesi la norma prevede il ricorso ad un contratto per il raggiungimento delle sue finalità.

Si tratta in ogni caso, però, di modelli di negozi che possono essere integrati e/o modificati in sede di contrattazione tra il soggetto beneficiario e la Commissione. Anche il contenuto dei contratti d'attuazione dei programmi dell'Unione Europea è quindi riportato in un testo normativo. Quest'ultimo costituisce, però, il contenuto minimo del possibile contratto.

Il contratto di adesione al mercato elettrico è invece un contratto inderogabile dalle parti.

Adirittura, pur chiamandosi contratto di adesione, questo non

⁽¹¹⁰⁾ Articolo 8, comma 2, del Regolamento Generale.

⁽¹¹¹⁾ Si veda a titolo di esempio l'art. 12, par.1, del Reg. 2321/2002 relativo al Sesto programma Quadro.

⁽¹¹²⁾ Testualmente R. CIPPITANI, L. FULCI, *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione*, Perugia, 2007, p. 79.

sembra rientrare neanche nella nozione codicistica che evoca. Esso non è invero predisposto unilateralmente dalla parte contrattualmente più forte. O meglio questo negozio è predisposto dal G.M.E., ma che ha a sua volta un obbligo ai sensi dell'art. 5 del Decreto Lgs. 16 marzo 1999 n. 79 di organizzare e creare il mercato in cui esso andrà ad operare.

In ogni caso un contratto c.d. di adesione predisposto in ragione di un obbligo stabilito dal legislatore molto ci indica relativamente al fatto che il diritto privato – ed il contratto nel caso specifico – svolge oggi una funzione che supera gli steccati dei rapporti interindividuali e si inserisce in un panorama più ampio di quello che tradizionalmente gli è assegnato (V. Cap.1, *par.* 3).

2. — *La scelta del contraente*

Al fine di indagare la natura giuridica dei contratti c.d. d'adesione al mercato del Certificati Verdi, può essere utile riflettere sulla modalità di selezione del contraente da parte del G.M.E.

Quest'ultimo è chiamato, ai sensi del Decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79, ad organizzare «il mercato secondo criteri di neutralità, trasparenza, obiettività, nonché concorrenza tra i produttori, assicurando altresì la gestione economica di un'adeguata disponibilità della riserva di potenza», contribuendo a determinare esso stesso le regole del mercato che è tenuto ad amministrare⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ Si veda la c.d. Disciplina del mercato elettrico (Disciplina), approvata dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato con decreto del 9 maggio 2001, nonché le Istruzioni alla Disciplina del mercato elettrico (Istruzioni), approvate dal Ministero delle attività produttive con decreto del 14 marzo 2003, limitatamente alle contrattazioni dei Certificati Verdi.

Nello svolgimento di questa attività il G.M.E. seleziona gli operatori che possono avere accesso al mercato.

Gli operatori dovranno, pertanto, prima della stessa stipula del contratto di adesione, seguire una procedura di ammissione. Solo una volta ammesso, l'operatore potrà partecipare alle sedute del mercato e contrattare i titoli. Sovraintende la procedura d'ammissione, come detto, lo stesso G.M.E.

Ai fini della riflessione che si sta compiendo, ha un suo valore la modalità in cui il G.M.E. compie la valutazione ai fini dell'ammissione.

Possono partecipare come acquirenti o venditori al mercato dei Certificati Verdi, il G.S.E., i produttori nazionali ed esteri, gli importatori di energia elettrica o all'ingrosso, ma anche le associazioni di consumatori o di gruppi di utenti, associazioni ambientali e sindacati⁽¹¹⁴⁾.

Questi soggetti, per essere ammessi al mercato, devono presentare un'apposita domanda al G.M.E., corredata dalla documentazione richiesta.

La documentazione comprende, naturalmente, anche il contratto di adesione al mercato debitamente sottoscritto, così come quanto necessario a dimostrare i requisiti per stare legittimamente in detto mercato. Si parla di documenti che siano idonei ad attestare un'adeguata professionalità e competenza nell'utilizzo di sistemi telematici e dei sistemi di sicurezza relativi; l'assenza di condanne per il delitto di agiotaggio o per uno dei delitti contro l'inviolabilità della segretezza delle comunicazioni informatiche o telematiche, ovvero per il

⁽¹¹⁴⁾ Per una valutazione sull'opportunità di far ricorso a Consorzi d'acquisto e Consorzi di Autogestione per la partecipazione i mercati elettrici si veda D. LANZI, *Consorzi ed energia elettrica: alcune opportunità per la cooperazione*, in *Riv. della cooperazione*, 2, 2003, p. 9 ss.

delitto di frode informatica⁽¹¹⁵⁾; nonché la dichiarazione che attesti l'assenza di qualsiasi precedente esclusione dal mercato dei Certificati Verdi.

Sembra, allora, che il G.M.E. nella scelta del proprio contraente non abbia discrezionalità. La presenza e l'accertamento dei requisiti d' ammissione sono condizione necessaria e sufficiente all'ottenimento della qualifica di operatore del mercato.

È come se il G.M.E., mutuando il paragone dal diritto amministrativo, fosse titolare di una discrezionalità soltanto tecnica⁽¹¹⁶⁾. Non sembra possibile da parte del G.M.E. sottrarsi alla contrattazione con chi ha le caratteristiche per stare sul mercato.

In questi termini la legge assegna al potenziale contraente una posizione di vantaggio. Il G.M.E. deve solo accertare i requisiti.

In questi termini il G.M.E. non può, come conseguenza, non contrattare con chi ha i requisiti di operatore.

Sottolineare tale meccanismo implica porre attenzione sul significato e sul ruolo del contratto in questo mercato rispetto all'idea di autonomia contrattuale che discende dal codice civile, così come rispetto anche alla possibilità di un soggetto privato di sottrarsi alla contrattazione.

In realtà non è che non si conoscono anche nel codice del '42 significativi limiti all'autonomia contrattuale. Ne sono esempio le norme che obbligano gli imprenditori all'assunzione degli appartenenti alle cosiddette categorie protette. Siamo innanzi ad una limitazione alla scelta di contrattare anche nel caso delle imprese che operano in

⁽¹¹⁵⁾ Condanna riportata con sentenza definitiva, ovvero con sentenza che applica la pena su richiesta delle parti.

⁽¹¹⁶⁾ Per una lettura di come in relazione ad una valutazione tecnica della P.A. ci si trovi innanzi ad un diritto soggettivo piuttosto che un interesse legittimo, si veda I. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

condizioni di monopolio, chiamate a negoziare con chiunque richieda loro prestazioni⁽¹¹⁷⁾.

Rispetto agli esempi in ultimo richiamati, è diversa però la ragione di fondo per cui si prevede per i G.M.E. una contrattazione che potremmo dire *obbligatoria*. Nei casi delle c.d. imprese che operano in settori di monopolio il fondamento della limitazione contrattuale si rintraccia anche nella necessità di tutelare soggetti spesso qualificabili come deboli, impedendo che soggetti sociali forti, proprio in ragione della libertà contrattuale, possano imporre condizioni inique⁽¹¹⁸⁾.

Nel caso delle contrattazioni connesse all'ingresso al Mercato elettrico la limitazione della libertà contrattuale risponde ad esigenze meramente organizzative di un mercato alla cui partecipazione gli operatori sono interessati all'incentivazioni connesse. Essi non sono soggetti che si trovano in una condizione di svantaggio o di qualche debolezza nel senso sopra indicato.

⁽¹¹⁷⁾ V. ROPPO, *Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista*, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 159 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Si veda sulla determinazione dell'ambito d'applicazione dell'art. 2597 c.c. già la Cass. 6 dicembre 1968, n. 3914, in *Giur. it.*, 1969, I 1, c. 2048, per cui: «l'obbligo di contrarre (...) per colui che esercita un'impresa in condizioni di monopolio, comportando un limite all'autonomia negoziale del privato ed una deroga al principio generale della libertà contrattuale, costituisce il naturale correttivo che assicura all'utente o al consumatore la possibilità del servizio». Ed inoltre Cass., 28 dicembre 1990, n. 12196, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 3039, si precisa: «il cosiddetto obbligo di contrarre – stabilito dalla legge a carico degli imprenditori che esercitino servizi d'interesse generale in regime di monopolio giuridico – comporta che l'imprenditore debba stipulare il contratto con chiunque faccia richiesta del servizio, usando parità di trattamento a tutti i contraenti in ciascun gruppo di contratti omogenei, secondo le condizioni generali all'uopo previste (...), onde è necessario che la richiesta dell'utente si adegui alle condizioni suddette, imposte da esigenze di programmazione ed economicità che caratterizzano la posizione del monopolista stesso e possono legittimare dati criteri di priorità o limitazioni quantitative nella stipulazione dei contratti, ancorché in osservanza del principio di parità di trattamento».

3. — *I contratti d'adesione al Mercato dei Certificati Verdi come contributo alla riflessione al concetto di parte del contratto*

Il contratto di adesione in esame contribuisce anche alla riflessione iniziata da tempo dalla dottrina in tema di nozione di «parte» nel contratto.

Approssimativamente, invero, riferendosi al concetto di parte si può differenziare tra autore del contratto e destinatario dei suoi effetti⁽¹¹⁹⁾, ma una nozione di parte in questi termini può oggi non essere più confacente alle diverse forme di partecipazione dei soggetti ai negozi⁽¹²⁰⁾.

Un riferimento specifico alle diverse modalità con cui si può intendere la partecipazione dei soggetti ad un negozio può essere, intanto, la prevalenza della tutela apprestata ad una delle parti⁽¹²¹⁾, in un'ottica perfettamente aderente a quella per cui l'ordinamento prevede strumenti di tutela attraverso il contratto della parte/soggetto debole come può essere ad esempio un consumatore.

Il riferimento così è alla parte quale punto di mediazione per attribuire prevalenza ad interessi rilevanti e strumento di loro selezione⁽¹²²⁾. Il contratto perciò non è più qualificabile in termini neutrali rispetto allo *status* di chi lo pone in essere.

In questi termini la partecipazione del soggetto al negozio è capace di incidere sulla complessiva valutazione degli interessi coinvolti,

⁽¹¹⁹⁾ Il riferimento è a G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico unilaterale*, Napoli, 1972, p. 56.

⁽¹²⁰⁾ Si veda V. DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per sé o per persona d nominare. Con particolare riguardo ai modelli francese, tedesco ed italiano*, Napoli, 1996, p. 321.

⁽¹²¹⁾ V. DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per sé o per persona d nominare*, cit., p. 321.

⁽¹²²⁾ Ancora V. DONATO, *Sulla natura giuridica della stipulazione per sé o per persona d nominare*, cit., p. 321.

per cui «il negozio giuridico non rileva come puro fatto materiale, integrando un fatto con proprie caratteristiche strutturali, in origine già qualificato»⁽¹²³⁾.

L'approccio evidenziato spalanca le porte ad una analisi funzionalizzata dei soggetti coinvolti in un contratto anche in termini di grado di coinvolgimento connesso ai livelli d'interessi sui quali l'autonomia ha l'idoneità d'incidere⁽¹²⁴⁾.

Tale lettura, pienamente giustificata dal dato positivo delle norme ha come conseguenza quella di prendere in considerazione soggetti portatori d'interessi che sono segnati dai negozi giuridici posti in essere da altri. In questo caso – di solito, ma non necessariamente – in capo a questi ultimi si riconosce da parte dell'ordinamento un potere di eliminare gli effetti dell'atto se ed in quanto questo è espressione di un abuso del diritto realizzato attraverso l'atto dagli autori dello stesso⁽¹²⁵⁾.

Ed invero, proprio questa visione intorno al concetto di parte nel contratto porta a sottolineare come non si possa valutare il grado di conformazione delle sfere giuridiche altrui dipendente da negozi posti in essere da altri, riducendosi a prendere in considerazione soltanto il principio del *neminem non laedere*. Esistono, infatti, molti atti posti in essere da privati che ricadono sulle sfere giuridiche altrui e quando questo avviene – ed ogni volta che questo avviene – non esiste necessariamente un'arbitrarietà nell'esercizio di poteri da parte dei privati su altri privati⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, 2008, p. 250.

⁽¹²⁴⁾ Questa tendenza recupera anche l'autorevole posizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 9 ss.

⁽¹²⁵⁾ Ancora F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 251.

⁽¹²⁶⁾ M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 46.

Il legislatore comunitario emana invero normative ordinandole secondo la tipologia dei soggetti destinatari, individuando insiemi di vicende economiche attorno alle quali raggruppare la disciplina di ogni attività⁽¹²⁷⁾. Si discute, in questi termini, di uno *status* soggettivo di derivazione comunitaria⁽¹²⁸⁾.

Prendere atto di ciò significa individuare i limiti di questa azione anche attraverso il ricorso a criteri quali la buona fede⁽¹²⁹⁾. Diviene così necessario comparare concretamente le sfere d'interessi in gioco per pervenire concretamente ad una valutazione di essi in termini di prevalenza⁽¹³⁰⁾.

Tale tendenza si realizza spesso attraverso il ricorso diffuso da parte del legislatore di ricorrere alle c.d. norme eteronome, talvolta inderogabili alla volontà delle parti. Gli esempi sono numerosi, alcuni sono riferiti nell'ultimo paragrafo del presente capitolo. Naturalmente questa tendenza caratterizza anche il contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi con le evidenziate ricadute sul concetto di parte.

⁽¹²⁷⁾ Affermano ciò M. A. LIVI, F. MACARIO, *Profili generali, I soggetti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova 1996, p.113.

⁽¹²⁸⁾ Per analisi del fenomeno nei paesi del *Common Law*, W. G. FRIEDMANN, in *Some reflections on status and freedom*, da *Essays in honour of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 222 ss, che definisce lo *status* come «un insieme aperto di situazioni di indifferenza positive o negative, in cui l'uomo viene a trovarsi nei rapporti sociali», com'è la posizione soggettiva del consumatore.

⁽¹²⁹⁾ Sul significato di buona fede nella storia del diritto si veda autorevolmente A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile dell'Europa moderna e contemporanea* in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE (a cura di), *Le permanenze nel diritto civile*, Perugia, 2007, p. 1 ss.

⁽¹³⁰⁾ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 252.

4. — *Le limitazioni all'autonomia negoziale nei contratti d'adesione al Mercato dei Certificati Verdi*

Si è autorevolmente sostenuto come l'idea stessa del contratto «come pura e piena soggettività dell'individuo, immune da qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un'idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà»⁽¹³¹⁾. Ed invero l'intero impianto che caratterizza il contratto di adesione al mercato elettrico si contraddistingue per la difficoltà di ritrovare in esso pienamente realizzato il concetto di autonomia contrattuale, la cui ampiezza non si esaurisce semplicemente nella possibilità di stipulare o meno contratti, ma si realizza invece nel permettere alle parti di darsi le regole che meglio soddisfano l'assetto degli interessi che nel contratto stesso trovano realizzazione.

Nel caso del contratto di adesione al mercato elettrico si verifica qualcosa di aggiuntivo anche rispetto alla tendenza contemporanea che caratterizza i contratti tra imprese, così come rispetto alla predisposizione unilaterale del contratto da parte dell'impresa che sottrae alla controparte ogni minima possibilità di incidere sul contenuto.

La normativa recente in materia di contratti, soprattutto quella di derivazione dell'Unione Europea, manifesta innegabilmente la tendenza a restringere la volontà delle parti contrattuali conducendola all'interno di principi e direttive giuridiche le quali, tra l'altro, hanno l'effetto di accrescere il sindacato del giudice in termini di equità contrattuale sull'autonomia dei privati⁽¹³²⁾.

Si è sostenuto, così, come sia proprio dall'affermazione dello stato sociale (art. 3, 2 c., Cost.) che discenda l'idea per cui l'autonomia

⁽¹³¹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 41 e ss.

⁽¹³²⁾ Si veda la significativa riflessione sulla funzione attuale dell'equità di A. SASSI, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno* in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 34.

negoziale possa considerarsi uno dei mezzi per la realizzazione di «interessi socialmente accettabili»⁽¹³³⁾. L'idea dell'attuazione della solidarietà sociale (art. 2 Cost.) anche attraverso il ricorso al contratto ha avuto come conseguenza quella di premettere un penetrante controllo sull'equilibrio contrattuale non soltanto ad opera del giudice, ma anche attraverso una *pre-valutazione* realizzata dallo stesso legislatore di questo stesso equilibrio.

Tale fatto è particolarmente esaltato dal diritto dell'Unione che a ciò sovrappone la realizzazione del proprio mercato interno e degli stessi obiettivi per cui l'Unione è nata.

Proprio nel caso dei contratto d'adesione al mercato elettrico, e quindi anche dei Certificati Verdi, l'intero testo contrattuale è predisposto per raggiungere obiettivi e finalità fissate dal legislatore. In questo senso è totalmente coartata la libertà dei contraenti ed esaltata la funzione del contratto teologicamente orientato a realizzare gli interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti in esso coinvolte.

5. — *Il contratto di adesione al mercato elettrico*

È noto che il contratto stipulato mediante l'ausilio di modelli o formulari non è una tipologia di negozio, quanto una modalità con cui concludere i contratti stessi. Questi prevedono dunque che una delle parti sia in una posizione economica – e quindi contrattuale – più forte dell'altra, tale da determinare unilateralmente il contenuto di un contratto, o meglio di ogni contratto dalla medesima predisposto, della stessa natura e per lo stesso oggetto.

Nella relazione al codice civile si faceva riferimento all'art. 1342 c.c. affermando che la scelta del suo inserimento era rintracciabile

⁽¹³³⁾ F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, II, Milano, 2005.

nella volontà del legislatore di intervenire disciplinando *ad hoc* questa modalità di conclusione del contratto. Pur nella consapevolezza che era meritoria di attenzione e tutela la posizione del cliente che si trovava ad aderire al contratto predisposto dall'impresa che forniva il bene o il servizio, la Relazione al codice proseguiva affermando che il legislatore comprendeva altrettanto le esigenze di speditezza di rapporti commerciali dell'impresa.

È per tale ragione che si consente che la conclusione di un contratto possa avvenire mediante formulari alla redazione dei quali una delle parti è rimasta del tutto estranea, nella garanzia in ogni caso della buona fede e la correttezza nella fase delle trattative⁽¹³⁴⁾.

Nel caso in esame del contratto di adesione al mercato elettrico il legislatore garantisce la correttezza e la buona fede nelle trattative, eliminandole e sottraendole completamente alla disponibilità di entrambe le parti.

Nel caso di specie è sicuramente vero che il G.M.E. quale gestore nel mercato dove si svolgono le contrattazioni – nonché soggetto chiamato ad organizzare il mercato secondo neutralità, trasparenza,

⁽¹³⁴⁾ La Relazione al codice civile sull'art. 1342 c.c. afferma: «è dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede in senso oggettivo la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. di adesione (...). Il bisogno di assicurare l'uniformità di contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti, alle quali non potrebbero attendere se non agenti e produttore privi di legittimazione a contrarre, l'esigenza di esemplificare la organizzazione e la gestione dell'impresa, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tale metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su di una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa che imporrebbe intralci spesso insuperabili. Ma la pratica dei contratti per adesione ha dato luogo ad abusi nei casi in cui gli schemi prestabiliti contengano clausole che mettono i clienti alla mercé dell'imprenditore».

obiettività, nonché concorrenza tra i produttori – è la parte contrattuale che astrattamente si trova nella posizione di vantaggio. In realtà però lo stesso è chiamato a determinare il contenuto del contratto, attraverso l'attività del legislatore⁽¹³⁵⁾.

Il G.M.E. in accordo con il produttore di energia verde non potrebbe nemmeno mutarne od integrarne il contenuto, come può accadere ed è espressamente previsto dall'art. 1342, 2° comma, c.c. per i contratti di adesione diversi da quello in esame. Per quest'ultimo invece il contenuto è completamente dato. Non modificabile né dalla volontà unilaterale del G.M.E., né eventualmente da una comune ad entrambe le parti. La sua modifica passa sempre attraverso una sorta di procedura di *validazione* delle modifiche del contratto proposte dal G.M.E. e che coinvolge direttamente il Ministero dell'attività produttive.

Per il contratto d'adesione al mercato di Certificati Verdi non si ha pertanto alcuna possibilità di applicazione della disciplina relativa ai contratti d'adesione del codice civile per cui le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario stesso qualora siano con esse incompatibili.

La volontà delle parti, nel contratto c.d. d'adesione al mercato dei Certificati Verdi, non si forma attraverso la scelta – anche se non stratificata nel tempo dallo svolgimento delle trattative – di aderire all'assetto degli interessi scelto da una delle parti, in quanto l'accordo di quest'ultime si raggiunge sull'assetto di interessi che è *pre-determinato* con il *concorso* del legislatore.

Anche il contratto di adesione al mercato elettrico, nel suo rife-

⁽¹³⁵⁾ Il riferimento è all'art. 3, 4 comma, della Disciplina, il quale prevede: il G.M.E. predispone proposte di modifica della Disciplina le rende note, mediante pubblicazione sul proprio sito internet o altro mezzo idoneo, ai soggetti interessati, fissando un termine non inferiore a quindici giorni entro il quale il quale gli stessi soggetti possono far pervenire eventuali osservazioni. Tenuto conto delle osservazioni ricevute, il G.M.E.

rimento costante alla «Disciplina» – che sua volta contiene richiami espressi alla normativa vigente oltre ad esserne diretta espressione – ripropone il tema del ricorso diffuso ad opera del legislatore dell'Unione europea di avvalersi di c.d. norme eteronome, in special modo nei contratti che sono inderogabili dalla volontà delle parti.

Tale fatto, che si spiega nelle scelte che compie lo stesso legislatore di tutelare attraverso un contratto certi interessi piuttosto che altri, sposta come sopra evidenziato l'attenzione sul significato attuale di autonomia privata e libertà contrattuale, quando storicamente il rapporto tra libertà e norme inderogabili è stato ricostruito in termini di regola ed eccezione⁽¹³⁶⁾.

In realtà, come ricordato anche nelle pagine precedenti (*par. n. 3*), la tendenza evidenziata con il contratto d'adesione al mercato elettrico è non isolata.

Sono, infatti, numerosi gli esempi in cui le norme prevedono il contenuto di clausole contrattuali che debbono essere inserite necessariamente nel contratto, talvolta con espressa previsione di nullità.

Gli esempi, anche in questo caso, provengono principalmente dal diritto comunitario, dove maggiormente si registra la tendenza di un'eterodeterminazione del contenuto del contratto, quasi in un contrasto aperto con l'esaltato principio dell'autonomia negoziale del privato.

Il riferimento può essere fatto ad esempio all'art. 124 del Decreto. Lgs. n. 385/1993 che in ossequio a quanto affermato dalla direttiva n. 87/102/CEE, ha predeterminato clausole che debbono essere inserite a pena di nullità e devono essere contenute nel contratto di finanziamento tra operatore commerciale o professionale e consumatore⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ W. BIGIAMI, *Normalità e anormalità nella costruzione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 518 ss.

⁽¹³⁷⁾ Le clausole a cui si far riferimento sono legate all'esatta indicazione dell'ammontare dell'importo finanziato, tempi ed entità delle rate del rimborso, tasso an-

La norma prosegue imponendo il divieto di inserimento di clausole particolarmente gravose per il debitore. La mancanza di queste clausole determina la nullità del contratto. Quest'ultimo potrà sopravvivere in ossequio al principio di conservazione del negozio, qualora ciò sia funzionale al soddisfacimento degli interessi del consumatore, se le clausole mancanti o difformi siano sostituibili da previsioni fissate per legge (art. 124, 5° comma, d.lgs. n. 385/1993), come ad esempio mancanza di fissazione del tasso annuo effettivo globale. Si afferma, inoltre come, in realtà proprio in ragione dell'intenzione del legislatore di restringere quanto più possibile gli effetti negativi della nullità e di salvaguardare gli interessi del consumatore connessi con l'operazione contrattuale (che verrebbero pregiudicati seriamente da una diffusa estensione dell'invalidità del contratto), gli eventuali casi residui di lacune o difformità del testo contrattuale potranno essere colmati attraverso i rimedi generali di integrazione previsti dal codice⁽¹³⁸⁾. La nullità in questo caso è rilevabile dal solo consumatore (art. 127, 2° comma, Decreto Lgs. n. 385/1993)⁽¹³⁹⁾.

nuo effettivo globale (T.A.E.G.) che è pertanto il costo totale del credito a carico del consumatore in percentuale annua rispetto al credito concesso; nonché le condizioni analitiche per cui si procede alla modifica di questo tasso, eventuali garanzie e coperture assicurative richieste al consumatore. Sono previste inoltre clausole aggiuntive se il contratto di finanziamento riguarda strumentalmente l'acquisto di beni o servizi. In questo caso i beni dovranno essere descritti in maniera analitica nel contratto, con indicazione del prezzo, eventuale acconto e qualora il passaggio di proprietà non fosse immediato, le condizioni che disciplinano il passaggio.

⁽¹³⁸⁾ G. CHINÈ, *Libertà negoziale ed eterodeterminazione del contenuto del contratto nel diritto comunitario dei contratti* in, A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000.

⁽¹³⁹⁾ Si legga A. DI MAJO, *Le nullità nuove*, in *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, t. VII, Torino, 2002, p. 130-131 che parla proprio di nullità-rimedio; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 173 ss., indicava la nullità relativa alle clausole abusive come speciale rispetto alla nullità tradizionale, soprattutto in relazione alla legittimazione relativa e la parzialità. L' A. rintracciava comunque il carattere della generalità dell'istituto della nullità rimedio rispetto

Al pari della precedente normativa richiamata, anche l'art. 7 del d.lgs. n. 111/1995 relativo alla disciplina dei contratti di vendita di pacchetti turistici aventi ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso», nel recepire la direttiva comunitaria n. 90/314/CEE, contiene clausole che costituiscono il modello di stipulazione dei contratti di vendita di pacchetti turistici, i quali saranno sottratti nella loro determinazione all'organizzatore o il venditore del pacchetto ⁽¹⁴⁰⁾. Sostanzialmente le clausole che la legge prevede di

ai casi in cui ricorresse la stessa *ratio*, ad essi il regime della nullità poteva estendersi in via analogica. Ciò poteva quindi avvenire ogni qualvolta si delineasse squilibrio non eventuale ma strutturale fra le parti del rapporto contrattuale, e quando un criterio normativo attribuisse rilevanza formale allo squilibrio strutturale ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche del mercato, come accade per l'A anche nella disciplina dell'abuso di posizione dominante commesso tramite attività negoziale nella legge sulla subfornitura nelle attività produttive. Nel senso che l'istituto di tale nullità speciale possa essere applicato anche in via generale S. BASTIANON in nota alla sentenza C. Appello Roma, 16 gennaio 2001, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, p. 284, così come M. MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti di carattere negoziale: il caso Telepiù*, in *Giur. comm.*, 2002, 3, p. 319 e ss, il quale appunto torna sull'applicazione della riferita disciplina ai contratti di acquisto di diritti televisivi e cinematografici di eventi sportivi, conclusi da Telepiù in abuso della propria posizione dominante sul mercato della *pay tv*. Cfr. A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 515 e A. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele - Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 214 ss parlano di inefficacia piuttosto che di nullità. F.D. BUSNELLI, in C.M. BIANCA e F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469 bis - 1469 sexies*, Padova, 1999, p. 41 si riferiscono alla previsione in esame come ad una sanzione di inefficacia parziale, più flessibile ed adeguata alla valutazione delle clausole secondo il principio di buona fede.

⁽¹⁴⁰⁾ Sarà doveroso poi accertare oltre all'identificazione dell'organizzatore o venditore, di cui dovrà essere nota l'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività, il contratto deve contenere una dettagliata descrizione del pacchetto turistico (itinerario e tappe del viaggio, mezzi e tipologie del trasporto, ubicazione, categorie e tipo di sistemazione alberghiera, pasti forniti, visite, escursioni, presenza di accompagnatori o guide turistiche), il prezzo del pacchetto e gli altri oneri economici posti a carico del consumatore (diritti e tasse sui servizi portuali ed aeroportuali), l'indicazione

inserire nel contratto mirano a fornire al possibile viaggiatore una visione completa e chiara dei termini dell'accordo, anche stabilendo l'inserimento di clausole che permettano modifiche del negozio in ragione di condotte dipendenti dal venditore o da eventi accidentali ed imprevedibili. Alla violazione di dette clausole, però, corrisponde la nullità e pertanto non sono previsti, al contrario del caso precedente, meccanismi di sostituzione o integrazione autoritativa del regolamento contrattuale⁽¹⁴¹⁾.

Da tale semplice richiamo appare, ancora una volta, come attualmente – soprattutto in ragione dell'azione dell'Unione – la relazione contrattuale non possa più considerarsi al di fuori ed al di sopra della realtà concreta degli scambi degli interessi: «come dire, alla tradizionale filosofia soggettivistica, imperniata sul dogma della libera volontà, si è venuta sostituendo una più oggettivistica lettura incentrata sulla congruità dello scambio»⁽¹⁴²⁾.

delle eventuali garanzie (polizze assicurative, fondo di garanzia previsto dall'art. 21, Decreto Lgs. n. 111/1995), le modalità della cessione del contratto ad un terzo, della modifica di condizioni contrattuali e di esercizio della facoltà di recesso, il termine per proporre reclamo per inadempimento o inesatto adempimento.

⁽¹⁴¹⁾ In generale R. CIPPITANI, *I contratti e le obbligazioni*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 149, il quale ricorda come: «la disciplina comunitaria dei contratti predispone un quadro articolato di conseguenze, nel caso di violazione delle regole. Da un lato vengono approntati strumenti di tutela dei molteplici interessi superiori alle parti e alla stessa vicenda contrattuale. Detta tutela comporta l'inserzione automatica delle regole e l'inefficacia delle pattuizioni illegittime (...) Dall'altro lato, l'obiettivo preminente della tutela di detti interessi e soprattutto quella del consumatore o della parte debole, impone soluzioni diverse dall'inefficacia. Le direttive prevedono, a tale riguardo, diverse soluzioni tecniche. La prima di queste soluzioni è certamente il diritto di ripensamento, di cui si è detto; il diritto al ripensamento non riguarda soltanto i contratti tra consumatori e professionisti, ma, nella forma del recesso, anche nel caso di rapporti tra professionisti. In questi casi il diritto di ripensamento o il recesso permettono di sciogliersi dal vincolo contrattuale, senza necessità di dimostrare l'inadempimento».

⁽¹⁴²⁾ G. COLANGELO, *Il contratto e il mercato. I principi della libertà negoziale e i vincoli della dipendenza economica*, in *EU. dir. priv.*, 12, I, 2004, p. 86 ss.

Sembra allora che nella realtà contemporanea si verifichi, sotto la spinta del diritto UE, un ritorno alle posizioni che caratterizzavano la lettura del rapporto tra autonomia contrattuale e tutela costituzionale dell'iniziativa economica. Si ricorda come durante gli anni '70 e parte dei primi anni '80 del novecento, proprio in Italia si affrontava il problema della tutela costituzione della libertà negoziale. Il riferimento erano gli artt. 41 e 42 della costituzione e detta tutela veniva intesa «non nel senso di preservare questa libertà da interventi autoritativi volti a restringere lo spontaneo esplicarsi delle negoziazioni tra i contraenti, bensì, e al contrario, per sostenere la necessità di questi interventi in quanto volti a rimediare alla disuguaglianza dei contraenti nell'esercizio di un potere che di fatto appariva riservato ai soggetti che dominavano il mercato»⁽¹⁴³⁾.

Tale affermazione fatta, anche se si comprende essere in qualche misura forzata, discende dalla considerazione generale che oggi il legislatore, soprattutto quello dell'Unione europea, nei suoi interventi si preoccupa certamente e spesso della protezione di soggetti deboli sul mercato, quali il consumatore per esempio, in ossequio ad un principio di uguaglianza sostanziale. Altre volte invece lo stesso legislatore, pure mediante misure che sembrano tutelare la parte debole di un contratto, non ha di mira altro che «la tutela del mercato, il quale mercato finisce con l'essere lo scopo ultimo della normativa in discorso, e non già lo strumento per un miglioramento delle condizioni dell'uomo, occasione per dare spazio ai di lui diritti fondamentali»⁽¹⁴⁴⁾.

⁽¹⁴³⁾ Analizza il problema ricostruendolo dal punto di vista storico A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corriere giur.*, 2008, 2, p. 153.

⁽¹⁴⁴⁾ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 266.

6. — *Mercato, contratto e sussidiarietà*

Le considerazioni svolte, insieme ad altre brevi che seguiranno, possono concorrere a delineare quale è oggi la funzione che gli ordinamenti, sovranazionali e nazionali, tendono ad affidare al contratto: quest'ultimo è estrinsecazione di un modello gestionale che affida ad alcuni istituti privatistici la regolamentazione e la gestione di servizi pubblici facendo rimanere residuale la gestione attraverso gli strumenti tipici dell'azione del pubblico potere.

Nel caso di contratto di adesione al mercato elettrico regolato dal G.M.E., la regolamentazione del mercato avviene allora attraverso il contratto che diviene un'ulteriore modalità di estrinsecazione del principio di sussidiarietà.

Il ricorso a tale principio è tipico dell'ordinamento dell'Unione europea⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Il Trattato di Maastricht ha dato ingresso al principio di sussidiarietà come strumento di limitazione all'azione della Comunità e contrappeso per gli Stati alle nuove competenze in esso stabilite (da alcuni autori detto principio è stato definito come «principio costituzionale», così C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1993, p. 5 dove appunto la sussidiarietà è considerata ai sensi dell'art. 5 del Trattato CE principio informatore dell'ordinamento comunitario). «Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene secondo il principio di sussidiarietà, soltanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, possono essere realizzati meglio a livello comunitario» (già art. 5 del Trattato CE). Quando cioè le competenze sono concorrenti, e quindi i livelli di governo nazionale e comunitario possono entrambi operare in un settore determinato, l'integrazione di competenze che si verifica implica che un potere possa sostituirsi all'altro ogni qualvolta ciò sembri maggiormente adeguato agli interessi da proteggere. Il principio di sussidiarietà, comunque, non potrà rimettere mai in discussione le competenze della Comunità così come ad essa attribuite dai Trattati ed interpretate dalla Corte di Giustizia (G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. It. dir. pubbl. comm.*, 1993, p. 59; nonché sempre G. STROZZI, *Alcuni interrogativi a proposito della delimitazione delle competenze nell'Unione europea*, in *Riv. Dir. int.*, 1994, p. 136; A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. Dir. eur.*, 1981,

Oggi questo principio non regola solo la ripartizione delle competenze tra Unione e ordinamenti interni, nonché tra le articolazioni regionali di quest'ultimi. Esso è spesso strumento di comprensione del rapporto tra pubblico e privato nella regolamentazione e gestione dei servizi pubblici, compresi quelli locali⁽¹⁴⁶⁾.

In questo senso vi è un richiamo anche da parte dell'Autorità garante della concorrenza e mercato, che in un suo parere del 14 dicembre 2006 n. 24, individua nel principio di sussidiarietà un criterio

p. 139). Sussidiarietà, quindi, «significa che ogni problema deve essere affrontato al livello più opportuno – locale, regionale, nazionale - cioè al livello che garantisca la più efficace soluzione» (così espressamente sul principio di sussidiarietà la Commissione europea nella sua Relazione sul funzionamento del Trattato dell'Unione europea del 10 maggio 1995). Detto principio assicura un corretto sviluppo dell'azione comunitaria permettendo alla stessa, nel rapporto con gli Stati nei settori di competenze concorrenti, di estendere la propria azione ricorrendone le circostanze e dall'altro di arretrarla quando non più necessaria per il raggiungimento di un obiettivo che potrà essere soddisfatto, o è stato tale, da scelte effettuate dal governo locale (A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione ed il principio di sussidiarietà*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, n.1-2, p. 229 ss.). Non si può, infatti, non riconoscere al principio una sorta di presunzione di competenze meglio soddisfatte da azioni di governo più vicino ai cittadini, derogabile solo ed in quanto gli interessi coinvolti e la natura degli obiettivi perseguiti necessitano l'intervento del governo comunitario (sul fatto che l'efficienza dell'azione ed il migliore conseguimento dell'obiettivo costituiscano la *ratio* giustificatrice dell'intervento comunitario secondo il principio di sussidiarietà, si veda Tribunale di primo grado sentenza del 14 gennaio 1995, causa T-114/92 in *Racc.* 1995, p. II-147; così come Corte di Giustizia sentenza del 22 maggio 2003, causa n. C-103/01, in *Racc.* 2003, p. I-5369). L'aderenza ai due criteri (maggiore efficienza dell'azione e necessità di intervento per il migliore conseguimento dell'obiettivo) come unici presupposti fondanti il ricorso al principio di sussidiarietà è richiamata dalla Commissione stessa, la quale si è espressamente impegnata a «legiferare» facendo ricorso al principio di sussidiarietà solo quando la realtà evidenzia la presenza dei due presupposti (Impegno contenuto nella Relazione della Commissione del 7 dicembre del 2001, denominata appunto *Legiferare meglio 2001*, Co. (2001)728).

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 60 ss.; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2003; nonché S. CASSESE, *L'area pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2001, p. 602.

guida di primario rilievo in base al quale effettuare la scelta del modello di gestione e affidamento dei servizi pubblici: esso imporrebbe alle amministrazioni di valutare come opzione meramente residuale quella della gestione attraverso società a capitale pubblico, e, viceversa, in via generale, di prediligere società di diritto privato *tout court*, previamente scelte attraverso gare.

CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI ADESIONE AL MERCATO DEI CERTIFICATI VERDI

SOMMARIO: 1. La conclusione del contratto c.d. d'adesione. — 1.1. Conclusione del contratto tra G.M.E. ed operatore: sua analisi economica. — 2. I caratteri del c.d. contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi. — 2.1. Gli obblighi dell'operatore e del G.M.E. — 3. La Disciplina di cui al DM 19 dicembre 2003 come condizioni generali del contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi? — 3.1. I capitolati d'appalto e le condizioni generali di contratto. — 3.2. La natura del richiamo della «Disciplina» nel contratto di adesione. — 3.3. Clausole vessatorie nei contratti della pubblica amministrazione ed in quello di adesione al mercato dei Certificati Verdi. — 4. Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E. — 4.1. (Segue) Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E. ed il problema della sua reputazione. Cenni di analisi economica. — 5. Risoluzione del contratto per perdita della qualifica d'operatore e penale a favore del G.M.E. — 5.1. Il significato economico della clausola penale dell'art. 8 del contratto d'adesione.

1. — *La conclusione del contratto c.d. d'adesione*

Va immediatamente rilevato come il contratto c.d. d'adesione al mercato dei Certificati Verdi non sia un contratto telematico, come potrebbe sembrare apparentemente.

Sia la richiesta di ammissione al mercato, sia il contratto d'adesione si caratterizzano per essere dei prestampati scaricabili dal sito del G.M.E.

Come ricordato, quest'ultimi non possono essere modificati. Una volta scaricati entrambi debbono essere solo compilati dall'operatore o dall'aspirante tale. Possono, tra l'altro, essere compilati solo a mano e poi spediti per posta ordinaria al G.M.E.

Per il caso del c.d. contratto d'adesione, allora, siamo innanzi ad un negozio stipulato a distanza mediante documenti cartacei e non invece davanti ad un contratto concluso mediante strumenti elettronici o l'uso di strumenti informatici e reti di telecomunicazioni⁽¹⁴⁷⁾.

In questi termini non si genera nessuno dei problemi che sono connessi ai contratti stipulati mediante strumenti elettronici, come ad esempio l'identificazione del luogo della conclusione.

Nel caso di specie, il contratto concluso mediante il modello scaricabile è un contratto a tutti gli effetti che si conclude tra contraenti che si trovano a distanza. Ai sensi dell'art. 1326 c.c. allora il *forum contractus* si radica nel luogo in cui giunge l'accettazione senza ulteriori modifiche dalla proposta⁽¹⁴⁸⁾.

Per tale ragione il foro del contratto dovrebbe essere quello dell'operatore. Lo schema di contratto in esame prevede, invece,

⁽¹⁴⁷⁾ Attualmente nell'ordinamento italiano le norme in tema di documento informatico sono dettate dal Codice dell'Amministrazione digitale Decreto Lgs. n. 82/2005. Anche se nel nostro ordinamento l'equiparazione del documento scritto al documento elettronico è avventa già con la legge n. 59/1997, sostituita poi dal D.P.R. n. 445/2000 (DPR 28 dicembre 2000, n. 445 in G.U. 20 febbraio 2001, supp. ord. n. 42, Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa). In tema di contratti conclusi mediante strumenti informatici si veda R. BORRUSO, *Il documento informatico, la firma elettronica e la firma digitale alla luce delle ultime norme* (Decreto Lgs. 23 gennaio 2002, n. 10; D.P.R. 7 aprile 2003, n. 137 e la legge 29 luglio 2003, n. 229), in *Giust. Civ.*, 2004, 3, p. 143 ss., il quale sottolinea: «se è vero che tutto il nostro ordinamento giuridico, ed in particolare, nel diritto civile (oltretutto in quello amministrativo), riveste massima importanza l'atto scritto e la sua sottoscrizione autografa solo grazie alla quale l'atto stesso diventa imputabile a un determinato soggetto che assume, ad ogni effetto, la responsabilità del suo contenuto, allora dovranno considerarsi di pari importanza le norme di legge recentemente emanate per effetto delle quali diventa giuridicamente e pienamente rilevante un tipo nuovo di documento – il documento informatico – e un tipo nuovo di sottoscrizione: la firma elettronica. L'importanza di tale novità ci sembra tale e tanta da ravvisare in essa il riflesso forse più rivoluzionario dell'irruzione dell'informatica in tutta la nostra vita e, quindi, inevitabilmente nel campo del diritto».

⁽¹⁴⁸⁾ Cass., 18 marzo 1999, n. 2472, in *Mass. Giust. it.*, 1999.

quale foro esclusivo la città sede del G.M.E. Siamo in questo caso innanzi alla presenza di una clausola qualificata come vessatoria, per la trattazione delle quali, all'interno del contratto di adesione, si rinvia al *par. 3.3.* del presente capitolo.

Ricevuta per posta la documentazione, il Gestore procederà alla verifica della completezza e dell'esattezza dei documenti inviati, nonché alla sussistenza delle condizioni. Solo successivamente questi ammetterà il soggetto che ha inoltrato la richiesta al mercato, avendo assunto la qualifica di operatore. L'operatore, quindi, riceverà una delle due copie del contratto che aveva inviato, controfirmato dal G.M.E.

Il momento della conclusione del contratto è pertanto integralmente regolato dalle previsioni degli artt. 1326 ss. del codice civile.

Specificatamente il modello scaricato e compilato da parte del potenziale operatore sarà qualificabile come proposta. Conseguentemente l'atto sottoscritto dal G.M.E. costituirà l'accettazione necessariamente conforme alla proposta⁽¹⁴⁹⁾ perché, come già detto, il modello scaricabile è immodificabile da parte di entrambe le parti.

⁽¹⁴⁹⁾ È nota la necessità che come ricordato da Cass., 18 marzo 1999, n. 2472, cit.: «ai sensi e per gli effetti dell'art. 1326 comma ultimo codice civile una accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta. È pertanto necessario l'incontro e la fusione di una proposta e di una accettazione perfettamente coincidenti sia per le clausole principali che per quelle accessorie». Ed ancora Cass., 19 aprile 2006, n. 9039, in *Contratti*, 2007, p.18: «in tema di conclusione del contratto, qualora, con la proposta formulata in un documento, la parte, indicando gli elementi essenziali del negozio, abbia manifestato la volontà di concludere il contratto alle condizioni ivi stabilite, la sottoscrizione del documento apposta dalla controparte senza alcuna modifica o integrazione, essendo espressione della volontà di aderire alla proposta, vale come accettazione». Nel caso in esame è esclusa la formazione progressiva del contratto per cui da parte della Cassazione si afferma «qualora le trattative procedano attraverso uno scambio di corrispondenza o di manifestazioni di volontà e si è in presenza quindi di un contratto a formazione progressiva, il momento conclusivo del contratto è quello in cui il documento riepilogativo di tutte le condizioni del contratto viene sottoscritto o comunque accettato dall'altra parte», si veda anche Cass., 24 maggio 2001, n. 7094, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

Ed invero una dichiarazione è qualificabile come proposta quando contiene tutte le condizioni del contratto, sì che lo stesso potrà essere concluso con la semplice accettazione.

Nel caso in esame non si porrà mai il problema della modifica della proposta che possa costituirne una nuova, perché il legislatore ha eliminato a monte ogni possibilità a riguardo.

Il contratto sarà pertanto concluso al momento in cui l'operatore/proponente ha conoscenza dell'avvenuta accettazione da parte del G.M.E. Naturalmente anche nel caso di specie opererà la presunzione di cui all'art. 1335 c.c.

La presenza della previsione di cui all'art. 1335 c.c. ha fatto descrivere la conclusione del contratto tra persone lontane nei termini di una «cognizione attenuata», per cui «la conoscenza effettiva dell'accettazione è così sostituita dalla sua conoscibilità»⁽¹⁵⁰⁾, imponendo di fatto al proponente che l'accettazione – sebbene giunta al suo indirizzo – possa anche essere stata da lui incolpevolmente ignorata e ciò nonostante il contratto considerarsi concluso.

La modalità di conclusione del contratto c.d. d'adesione al mercato dei Certificati Verdi ripropone il problema di quale sia il concetto di conoscenza a cui è necessario fare riferimento perché il contratto di adesione al mercato possa dirsi perfezionato.

Per individuare il concetto di conoscenza al quale – nell'ipotesi di cui all'art. 1335 c.c. – fa riferimento il codice civile molta dottrina ha approfondito l'argomento con riguardo alla dichiarazione ricettizia.

Si è pertanto autorevolmente ipotizzato che nel caso specifico della dichiarazione ricettizia incorporata in un documento – come nel contratto d'adesione sottoscritto e rinviato dal G.M.E. all'operatore del mercato – sia possibile graduare la stessa modalità in cui avviene la conoscenza da parte del destinatario della dichiarazione.

⁽¹⁵⁰⁾ G. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I., Padova, 2004, p. 213.

In questo senso si sono individuati i momenti e le fasi che possono caratterizzare la conoscenza della dichiarazione ricettizia. Vi sarà, allora, «(...) un momento del tempo, nel quale la dichiarazione entra nella sfera del controllo e di azione pratica del destinatario, e si pone perciò tra quelle entità reali, che per la loro collocazione, sono da reputare allo stesso accessibili senz'uopo di specifica ricerca: è anche il momento in cui si conclude (dove tale procedimento ricorra) la notificazione». Si realizzerà, poi, «(...) un momento (successivo e contemporaneo) nel quale, in relazione alle circostanze, è normale che la dichiarazione cada sotto i sensi del destinatario». A questo seguirà «(...) l'effettiva ricezione fisica del dato da parte del terzo, ossia la percezione materiale dei simboli in che si esprime la dichiarazione (percezione) (...)». È però solo «la reazione interiore del dato percepito che consente, attraverso un'attività di riflessione puntuale, di apprezzare il significato (c.d. percezione)»⁽¹⁵¹⁾.

Per quanto detto, allora, la conoscenza si produrrà solo nella fase individuata dall'ultimo degli stadi indicati, «ai primi tre corrisponde una mera situazione di conoscibilità sia pure gradatamente qualificata da probabilità sempre più intense di conoscenza»⁽¹⁵²⁾.

La ricezione così non costituisce un momento del perfezionamento della dichiarazione ricettizia, così come non realizza neanche un requisito della sua efficacia. Essa finisce invece per attribuire rilevanza esterna alla dichiarazione stessa⁽¹⁵³⁾.

Il nostro ordinamento ha però preferito alla cognizione pura della dichiarazione, il momento in cui per il destinatario si realizza l'og-

⁽¹⁵¹⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, Milano, 1959, p. 290, che ricorda nella sua nota n. 88 anche come con il termine «percezione» sin usa per: «indicare il processo conoscitivo nell'insieme dei suoi due aspetti elementari (percezione propriamente detta, ed appercezione), e vuol essere perciò sinonimo di pesa di coscienza effettiva».

⁽¹⁵²⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 291.

⁽¹⁵³⁾ Ancora G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 169 ss.

gettiva possibilità che egli possa prendere cognizione della stessa. Le ragioni di ciò sono facilmente comprensibili. Questa scelta rende maggiormente sicuri e spediti i rapporti economici, sottraendo l'autore della dichiarazione dalla prova che gli effetti della stessa sono riconnessi ad un atto di elaborazione mentale del destinatario.

L'atto di conoscenza, infatti, è «un evento che si produce *in interiore nomine*»⁽¹⁵⁴⁾, perché ai fini della conoscenza stessa (appercezione) è richiesto qualcosa in più che la semplice ricezione di un dato. L'appercezione di un fatto o di una dichiarazione avviene solo a seguito dell'elaborazione mentale del dato stesso. Qualora il legislatore avesse subordinato la rilevanza giuridica di una dichiarazione ricettizia alla loro effettiva conoscenza, avrebbe scelto di garantire al massimo il destinatario della dichiarazione. In questa direzione il legislatore avrebbe posto l'attenzione sulla pura conoscenza, ovvero la dichiarazione avrebbe dovuto produrre i suoi effetti solo nel momento in cui il destinatario sia stato in grado di comprendere il significato della stessa. Tale scelta avrebbe sicuramente massimizzato la tutela del destinatario, ma nel contempo subordinerebbe l'efficacia di una dichiarazione necessaria alla speditezza dei rapporti economici ad un processo di elaborazione mentale di un soggetto, che oltre ad essere di per sé incerto, è anche di difficile prova.

Ecco allora la ragione dell'art. 1335 c.c. per cui non ha alcuna rilevanza l'ignoranza incolpevole del destinatario.

Il legislatore così ha stabilito una «equivalenza giuridica di un fatto (arrivo all'indirizzo) ad un altro (la conoscenza)»⁽¹⁵⁵⁾, preferendo al criterio della conoscenza quello della ricezione⁽¹⁵⁶⁾.

La dichiarazione ricettizia assumerà pertanto rilevanza giuridica

⁽¹⁵⁴⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 291.

⁽¹⁵⁵⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 292.

⁽¹⁵⁶⁾ G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione ricettizia*, cit., p. 316.

quando, con la ricezione, si realizza per il destinatario la possibilità concreta di prenderne cognizione.

Il contratto di adesione al mercato dei Certificati elettrici, allora, nascerà nel momento in cui il modello sottoscritto dal G.M.E. giungerà all'indirizzo dell'operatore, operando pertanto la presunzione dell'art. 1335 c.c.

Naturalmente sia il G.M.E. che l'operatore potranno sempre revocare proposta ed accettazione nei termini e nei modi di cui all'art. 1328 c.c. Nessuna delle due infatti può assumere i caratteri della irrevocabilità *ex art.* 1329 c.c. essendo immodificabile il modello scartabile, nel quale, dall'altro canto, in nessun modo compare la possibilità di qualificarlo come irrevocabile.

Naturalmente, mentre l'operatore potrà revocare la proposta per le ragioni più varie, il G.M.E. non potrà revocare la propria accettazione se non per il verificarsi di fatti che siano idonei a far perdere la qualifica di operatore al richiedente.

La sua funzione di organizzare un mercato per la contrattazione dei Certificati Verdi esclude che quest'ultimo possa revocare la propria accettazione ai sensi dell'art. 1328 c.c. per fatti diversi da quelli ricordati.

Naturalmente nel fare queste considerazioni va comunque tenuto in considerazione come anche l'operatore non possa invocare l'art. 1328 c.c. ponendo in essere condotte che possono integrare la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.

Le due norme – artt. 1328 e 1337 c.c. – per la parte relativa alla revoca della proposta vanno, infatti, lette necessariamente in termini integrati. La responsabilità del recedente dipende così dalla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede per cui, perché sorga la sua responsabilità, sarà necessario provare la sua condotta nei termini del dolo o della colpa⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Cass., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1699.

Le ragioni che legittimeranno il recesso saranno, pertanto, fatti sopravvenuti di cui si ignorava incolpevolmente l'esistenza. Fatti che hanno come conseguenza la riduzione della capacità di far fronte agli impegni assunti in vista della stipulazione del contratto⁽¹⁵⁸⁾, così come eventi che giustificano il recesso perché capaci di ridurre o far cessare l'interesse della parte a stipulare il contratto⁽¹⁵⁹⁾. Nel caso in esame per l'operatore tali fatti possono eventualmente coincidere con problemi tecnici agli impianti che non permettano una loro attivazione nei tempi necessari.

Ulteriormente si può riflettere sull'ipotesi della morte o dell'eventuale incapacità dell'imprenditore proponente, come uno degli eventi che possono incidere sulla conclusione del contratto.

L'art. 1330 c.c. sostiene come l'imprenditore che muoia o divenga incapace prima della conclusione del contratto non faccia perdere efficacia alla proposta o all'accettazione del contratto.

Il problema nel caso in esame si pone, allora, rispetto a coloro che possono partecipare come acquirenti o venditori al mercato dei Certificati Verdi ma che non sono imprenditori. Ed invero oltre i produttori nazionali ed esteri, gli importatori di energia elettrica o all'ingrosso, possono assumere la qualifica di operatore le associazioni di consumatori o di gruppi di utenti, associazioni ambientaliste e sindacati.

Questi ultimi, però, ai sensi dell'art. 2082 c.c. non assumono la qualifica d'imprenditore. Il codice civile italiano richiede la profes-

⁽¹⁵⁸⁾ Corte di Appello di Firenze, 29 marzo 1950, in *Giur. Tosc.*, 1950, p. 104, per cui è stata considerata una giusta causa di recesso: «il fatto di essersi informata in modo da non potere intraprendere una nuova attività commerciale durante le trattative avviate per prendere in locazione un immobile ove detta attività si sarebbe dovuta sviluppare ove il proprietario aveva fatto eseguire dei lavori di trasformazione per renderlo più adattabile alle esigenze dell'attività per cui lo locava».

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. G. CATALDO, *La responsabilità precontrattuale*, in L. VIOLA (a cura di), *Studi monografici di diritto civile*, Matelica, 2007, p. 370.

sionalità nell'organizzazione di beni e servizi ai fini del riconoscimento della qualifica d'imprenditore. L'impresa, regolata nel Libro V del codice civile, è l'attività economica svolta in modo abituale da alcuni soggetti: persone fisiche, che realizzano abitualmente ed in modo organizzato l'attività economica, e società commerciali. Le associazioni di consumatori o di gruppi di utenti, le associazioni ambientaliste ed i sindacati sopra elencati non hanno, sul piano dell'ordinamento interno, questa natura; anzi la nozione «nazionale» di imprenditore sembrerebbe contrastare con le finalità che sono proprie di associazioni, fondazioni o di enti pubblici. Si potrebbe porre così il problema di che fine faccia la proposta di contratto nel caso in cui questa fosse inviata da un soggetto che non è imprenditore, come un'associazione di consumatori. In realtà l'immedesimazione organica dovrebbe evitare ogni problema, diversamente si potrebbe comunque far ricorso per questi soggetti alla nozione comunitaria di impresa. Questi possono essere qualificati come impresa per consolidata giurisprudenza comunitaria quando essi svolgano oggettivamente «un'attività economica» e ciò «a prescindere dallo *status* giuridico (...) dell'entità»⁽¹⁶⁰⁾.

Ed invero si considera attività economica qualsiasi attività di vendita di beni o servizi su un determinato mercato, non avendo al-

⁽¹⁶⁰⁾ Corte di giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner et Elser / Macrotron*, C-41/90, in *Racc.*, 1991, p. I-1979. La giurisprudenza sul concetto di impresa per il diritto comunitario è vasta. Tra le più recenti v., per esempio, Corte di giustizia, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband e altri*, nelle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01, in *Racc.*, 2004, p. I-2493; Id. 22 maggio 2003, *Freskot*, C-355/00, in *Racc.*, 2003, p. I-5263; Id. 24 ottobre 2002, *Aéroports de Paris / Commissione*, C-82/01, in *Racc.*, 2002, p. I-9297; Id. 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, p. I-1577; Id. 22 gennaio 2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, 2002, p. I-691. Per la dottrina V. DI VIA, *L'impresa*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, II, 54 ss.

cuna rilevanza l'esistenza dell'elemento della organizzazione e della professionalità⁽¹⁶¹⁾.

La definizione che offre la giurisprudenza comunitaria di imprenditore è stata nella sostanza ripresa dai documenti istituzionali. Uno dei riferimenti può essere la raccomandazione del 6 maggio 2003, emanata dalla Commissione, nata per determinare il concetto di «piccola e media impresa» sia nel diritto comunitario che in quello nazionale, per cui «si considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica» (art. 1 dell'allegato alla raccomandazione).

È sulla scorta di questa nozione che nel tempo, da parte anche della giurisprudenza europea, sono state considerate imprese tutte le società, comprese le cooperative⁽¹⁶²⁾, ma anche le associazioni⁽¹⁶³⁾, le imprese pubbliche o a partecipazione pubblica⁽¹⁶⁴⁾, le associazioni di categoria tra imprese⁽¹⁶⁵⁾. I professionisti intellettuali, come gli agenti immobiliari ed i periti assicurativi⁽¹⁶⁶⁾, i medici specialisti⁽¹⁶⁷⁾

⁽¹⁶¹⁾ Corte di giustizia, 12 settembre 2000, *Pavlov e altri*, cause riunite C-180/98 e C-184/98, in *Racc.*, 2000, p. I-6451.

⁽¹⁶²⁾ Corte di giustizia, 25 marzo 1981, *Cooperative Stremsel-en Kleuselfabriek/Commissione*, 61/80, in *Racc.* 1981, p. I-3851.

⁽¹⁶³⁾ Si veda la Decisione della Commissione 92/521/CEE del 27 ottobre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990, in G.U.C.E. L 326, p. 31.

⁽¹⁶⁴⁾ Tribunale di primo grado, 12 dicembre 2000, *Aéroports de Paris/Commissione*, T-128/98, in *Racc.*, 2000, p. II-3929, punti 106-130.

⁽¹⁶⁵⁾ Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, in *Racc.*, 2002, p. I-1577, punto 50 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr. AGCM, 25 marzo 2004, *Guardia di Finanza c. Federazione Italiana Agenti Immobiliari Professionali*, in *Boll.* n. 13/2004 e AGCM, 15 luglio 2004, *Tariffe dei periti assicurativi*, in *Boll.* n. 29/2004.

⁽¹⁶⁷⁾ Corte di giustizia 12 settembre 2000, *Pavel Pavlov e altri/ Stichting Pensioen-*

, gli avvocati⁽¹⁶⁸⁾ o gli spedizionieri⁽¹⁶⁹⁾, sono oggi ricompresi nella medesima definizione.

In questo senso l'eventuale svolgimento di un'attività economica anche non prevalente degli operatori identificabili in associazioni di consumatori o di gruppi di utenti, associazioni ambientaliste e sindacati potrà far ricadere quest'ultimi nella previsione di cui all'art. 1330 c.c.

1.1. — *Conclusionone del contratto tra G.M.E. ed operatore: sua analisi economica*

La questione della formazione del contratto di adesione al Mercato dei Certificati Verdi, dal punto di vista dell'analisi economica, implica la determinazione del momento in cui, tra le parti, un contratto viene considerato come validamente sorto, ovvero le parti abbiano dato una chiara indicazione in tal senso, perché è in questo preciso momento il contratto è eseguibile coattivamente.

Nell'analisi del diritto rispetto al momento formativo del contratto, il criterio a cui si fa generalmente riferimento, è quello per cui vengono qualificati come validi i contratti in cui le parti abbiano fatto un chiaro riferimento al momento conclusivo rispetto alla

fonds Mediche Specialisten, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, in *Racc.*, 2000, p. I-6451, punto 77.

⁽¹⁶⁸⁾ Per quanto concerne gli avvocati, si veda Corte di giustizia 19 febbraio 2002, *Wouters, e altri*, cit., punto 48.

⁽¹⁶⁹⁾ Corte di giustizia, 18 giugno 1998, *Commissione/Italia*, C-35/96, in *Racc.*, 1998, p. I-3851, punto 38, per cui per quanto riguarda gli spedizionieri: «l'attività di spedizioniere doganale sia intellettuale, richieda un'autorizzazione e possa essere svolta senza la combinazione di elementi materiali, immateriali e umani, non è tale da escluderla dalla sfera di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CE [ora, artt. 81 e 82]».

conseguenza che esso ha sulla loro eseguibilità in termini coattivi. L'esempio tipico in questa direzione è la sottoscrizione del contratto. La sottoscrizione ferma concretamente il momento volitivo delle parti. La conseguenza del chiaro assenso alla conclusione del negozio dimostra e suggerisce l'interesse alla stipula del contratto volendo veder prodotti su di sé i suoi effetti, nella consapevolezza che quanto desiderato si concretizza in atto suscettibile di esecuzione coattiva.

Sul piano degli effetti, la scelta consapevole di porre in essere un contratto coercibile si traduce nell'incentivo che entrambe le parti hanno di realizzare azioni che possano aumentare il valore della loro relazione contrattuale, ad esempio iniziare a prepararsi con acquisti mirati per l'esecuzione del contratto stesso.

Nei termini della regola generale indicata, relativa alla formazione del contratto, la modalità prevista dalla norma del codice civile (art. 1326 c.c.) interamente richiamabile ai fini della conclusione del contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi, esalta il momento della consapevolezza delle parti alla scelta di vincolarsi reciprocamente innanzi ad un preciso assetto d'interessi realizzato nel negozio.

Per il contratto d'adesione al mercato elettrico non si pone alcun momento d'incertezza rispetto all'individuazione del tempo in cui si è formato l'assenso alla stipula di un contratto soggetto ad esecuzione coattiva.

La formazione a distanza dello stesso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1326 c.c., lo sottrae da ogni incertezza rispetto alla consapevolezza delle parti su ciò che stanno ponendo in essere ed ad ogni altra non certezza rispetto al momento in cui il vincolo sorge.

La prima evidenza è data dal fatto che è il potenziale operatore a mettere in modo il meccanismo predeterminato alla formazione del contratto mediante l'invio della proposta di adesione la G.M.E. Il potenziale operatore del mercato dei Certificati Verdi è il soggetto sul quale, in una eventuale controversia, il Giudice dovrebbe porre

l'attenzione maggiore al fine di valutare la consapevolezza della desiderabilità di un contratto eseguibile coattivamente e che se questo è effettivamente così. Tale consapevolezza è in *re ipsa* per quanto riguarda il G.M.E., che è per legge concepita come controparte necessitata e necessaria di tale contratto.

La seconda certezza, quella del momento in cui le parti sono temporalmente vincolate da un contratto eseguibile coattivamente, discende direttamente dalle previsioni di cui all'art. 1326 c.c. e s.s. e dalla presunzione di conoscenza costituite alla prova dell'arrivo al domicilio del richiedente costituisce.

Non si pongono, inoltre, per il contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi – per come è normativamente regolata la sua formazione – i problemi tipici per l'analisi economica del diritto, di rintracciare quale stadio di interazione tra le parti costituisce il momento vincolante per le stesse, come accade invece tipicamente per i contratti così detti a formazione progressiva. Per quest'ultimi, infatti, la giurisprudenza si è dovuta porre il problema del momento del loro perfezionamento giungendo ad affermare che «in ipotesi di contratti a formazione progressiva, nei quali l'accordo delle parti, su tutte le clausole si raggiunge gradatamente, il momento del perfezionamento del negozio è di regola quello dell'accordo finale su tutti gli elementi principali ed accessori, salvo che le parti abbiano inteso vincolarsi negli accordi raggiunti sui singoli punti, riservando la disciplina degli elementi secondari»⁽¹⁷⁰⁾. Questi tipi di contratti aprono tutta la problematica relativa al momento della conclusione del contratto e quello che significa e tale aspetto però è estraneo al contratto c.d. d'adesione al Mercato dei Certificati Verdi.

⁽¹⁷⁰⁾ Cass., Sez. Unite, 12 gennaio 2007 n. 412, in *I Contratti*, 2007, 10, p. 845.

2. — *I caratteri del c.d. contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi*

Mediante il contratto d'adesione al mercato elettrico, e quindi anche a quello dei Certificati Verdi, l'operatore conferisce al G.M.E. mandato per la stipula dei contratti di acquisto e di vendita che si svolgono all'interno del Mercato al quale aderisce. Ed infatti, specificatamente nelle premesse del contratto di adesione (lett. h), si qualifica il G.M.E. come controparte degli operatori nel mercato del giorno prima dell'energia e quello d'aggiustamento. La previsione ricalca il contenuto della «Disciplina». Il G.S.E. è invece controparte nel Mercato del dispacciamento.

Ed invero tra il G.M.E. e l'operatore, attraverso il contratto di adesione, si realizza la cooperazione gestoria che è tipica del mandato.

Nel caso di specie l'atto giuridico che il G.M.E. è chiamato a compiere è la compravendita dei Certificati Verdi nelle diverse contrattazioni che si svolgono nel mercato del giorno prima ed in quello d'aggiustamento.

Nella realizzazione della compravendita è compreso il pagamento del prezzo dei Certificati Verdi. Il G.M.E., per previsione contenuta nella «Disciplina», si rende garante anche del relativo adempimento da parte dell'operatore nei confronti dell'altra parte del contratto di vendita.

In quest'ultimo caso siamo comunque davanti ad un'obbligazione autonoma del G.M.E. non affatto connessa con l'atto giuridico che egli è chiamato a compiere in ragione del mandato ricevuto. Nel caso di specie il pagamento del corrispettivo è legato, come detto, all'assunzione della garanzia del relativo adempimento, salva a sua volta la garanzia generale richiesta ad ogni operatore del mercato⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁷¹⁾ Tra i documenti da inviare al G.M.E. al momento della richiesta di accredita-

Quanto affermato è assolutamente conforme alla lettura dottrina-ria e giurisprudenziale che qualifica in cosa debba consistere l'attività oggetto del mandato. Dalla nozione di compimento dell'atto giuridico oggetto del mandato debbono escludersi tutte le attività materiali, tecniche ed esecutive tipiche di altre fattispecie contrattuali⁽¹⁷²⁾.

Destinatario, naturalmente degli effetti del contratto di compravendita è l'operatore.

Il contratto di mandato con l'operatore è in realtà il tipico esempio di mandato in cui concorre accanto all'interesse del mandante all'esecuzione del contratto anche quella del mandatario.

In capo al G.M.E., infatti, sussiste l'autonomo interesse alla realizzazione di transazioni funzionali alla strutturazione del mercato che questi è chiamato per legge a creare e regolare.

Tale fatto, che si può verificare anche nei contratti di mandato, non fa venir meno il profilo cooperatorio del mandato stesso perché i risultati che derivano dall'esecuzione del negozio ricadono sempre nella sfera giuridica del mandate⁽¹⁷³⁾. «L'interesse alieno – concetto questo peraltro controverso – che informa l'attività del mandatario costituisce lo scopo ed il limite dell'interposizione, che viene quindi a rilevare per il suo valore di cooperazione gestoria, attraverso una spe-

mento da parte del potenziale operatore che non siano utenti del dispacciamento del mercato vi è anche la fideiussione il cui modello da compilare è anch'esso allegato alla «Disciplina» (art. 70) ed altro tipo di garanzia di copertura gli utenti del dispacciamento (art. 69). Per «Utenti di dispacciamento» si intende soggetto titolare dell'unità di produzione o un soggetto terzo che agisce per il predetto titolare sulla base di un mandato senza rappresentanza. L'utente del dispacciamento conclude con Terna un contratto per il servizio di dispacciamento, (art. 5, 7° comma, Testo unico di Produzione), quando per punto di dispacciamento si intende l'unità di produzione «in relazione al quale l'utente del dispacciamento acquisisce il diritto e l'obbligo ad immettere energia elettrica in rete» (art. 5,8 comma, T.U.P.).

⁽¹⁷²⁾ Si veda Cass. 12 agosto 1976, n. 3030, in *Giur. Imp.*, 1978, p. 291; nonché Cass. 30 marzo 1995, n. 3803, in *Mass. Giur. Civ.*, 1995, p.741.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. A. LUMINOSO, *Il mandato*, Torino, 2006.

cifica obbligazione che vincola il mandatario al compimento di una determinata attività: la previsione contrattuale di siffatto impegno si rileva essenziale ai fini della configurabilità stessa del mandato»⁽¹⁷⁴⁾.

Il compenso per l'attività del G.M.E. è stabilita dall'art. 5 del contratto⁽¹⁷⁵⁾. Nel contratto c.d. d'adesione al mercato dei Certificati Verdi il diritto al compenso non è condizionato al buon fine dell'affare che il G.M.E. è chiamato a porre in essere.

In realtà nel caso specifico il compenso previsto dall'art. 5 cit. non è esclusivamente legato l'attività connessa al mandato. Esso è stabilito per il complesso dei servizi che il G.M.E. garantisce all'operatore e che discendono dalla sua funzione di organizzatore del Mercato.

In ogni caso, tutte le prestazioni del G.M.E., comprese quelle legate al rapporto di mandato, sono qualificate dall'art. 3 del contratto di adesione, obbligazioni di mezzi e non di risultati.

È per tale ragione che non potrà, da parte dell'operatore, negarsi il compenso in caso di mancato raggiungimento del risultato prestabilito. L'operatore potrà, come per ogni obbligazione di mezzi, eccepire soltanto l'inadempimento degli obblighi contrattualmente assunti.

Quello che è discutibile nella formulazione del contratto c.d. d'adesione è che il conferimento del mandato non avviene in forza di un'apposita clausola che, in termini chiari, questo espliciti.

Il conferimento del mandato si desume. Nel contratto non si esplicita chiaramente.

Si giunge a tale qualificazione attraverso il ricorso ai canoni erme-

⁽¹⁷⁴⁾ F. ALCARO, *Il mandato: profili d'inquadramento*, in A. ALCARO (a cura di), *Il mandato*, 2000, Milano, p.12.

⁽¹⁷⁵⁾ Ricorda Cass. 5 maggio 1993, n. 5117, in *Mass. Giur. Civ.*, 1993, p. 801, come il compenso del mandatario costituisca «un diritto autonomo non è compensabile con le somme riscosse in esecuzione dell'incarico, diversamente da quanto avviene per le spese sostenute, delle quali il mandatario può chiedere il rimborso solo per la parte eccedente l'ammontare di quanto riscosso in adempimento dell'incarico».

neutici di cui all'art. 1363 c.c. prendendo in considerazione tutte le pattuizioni ed inserendo nelle disposizioni anche casi che non sono espressamente enunciati, ma che sono uniti dalla stessa *ratio*⁽¹⁷⁶⁾. Il conferimento di mandato si desume pertanto anche da una lettura congiunta del contratto e della «Disciplina» che esso integra, dalla menzione nel primo come nella seconda che il G.M.E. è controparte nei contratti di compravendita, ma non certo attraverso un'esplicita menzione, nel senso che il contratto d'adesione sia anche un contratto che conferisce un esplicito mandato al G.M.E.

L'interpretazione complessiva delle clausole del testo contrattuale è invero sempre necessaria in ogni tipologia di contratti, tanto è vero che l'utilizzo di altri canoni interpretativi, quale il comportamento anche successivo delle parti di cui all'art. 1362, comma 2, c.c., è ammissibile solo nell'ipotesi in cui non si riesca a determinare il significato delle clausole scritte⁽¹⁷⁷⁾.

Il caso del contratto c.d. d'adesione è però in qualche misura *estremo* dal punto di vista della sua formulazione e lontano dalla chiarezza che sarebbe auspicabile informare i contratti anche tra imprese.

2.1. — *Gli obblighi dell'operatore e del G.M.E.*

Con il contratto c.d. di adesione al mercato dei Certificati Verdi si definiscono i diritti e gli obblighi del contraente nei confronti del G.M.E., nonché le condizioni alle quali quest'ultimo si impegna a prestare i propri servizi connessi allo svolgimento delle negoziazioni sul mercato elettrico e su quello proprio dei Certificati Verdi (art. 1 contratto d'adesione).

⁽¹⁷⁶⁾ Cass., sez. lav., 5 aprile 2004, n. 6641, in *I contratti*, 2005, p. 136 ss., con commento di GAETA.

⁽¹⁷⁷⁾ Cass., 27 ottobre 2004, n. 20791, in *I contratti*, 2005, p. 563 .

Specificatamente coloro che hanno acquisito la qualifica di operatori dello stesso mercato assumono un serie di obblighi indicati dall'art. 2 del contratto.

Questi consistono in tanto nella conoscenza e nel rispetto dell'intera disciplina del mercato in cui ci si trova ad operare ed essenzialmente nell'assunzione dell'impegno di dotarsi di sistemi informatici e tecnologici necessari per operare nel mercato. Si tratta essenzialmente di *software* e di connessioni ad *internet* definiti dal G.M.E. si aderisce, inoltre, al sistema di pagamenti e di garanzie fissate dalla «Disciplina» del mercato.

L'operatore dovrà dotarsi nelle modalità e nei termini previsti dalla «Disciplina» e dalle «Disposizioni tecniche di funzionamento» dei sistemi tecnologici adeguati allo svolgimento dell'attività (art. 2, comma 2, lett. *b*) del contratto d'adesione); nonché egli dovrà regolare i pagamenti secondo le modalità stabilite nella «Disciplina» (art. 2, comma 2, lett. *e*) del contratto d'adesione). La violazione della «Disciplina» significa un obbligo di malleva a carico dell'operatore nei confronti del G.M.E. (art. 2, comma 2, lett. *l*) del contratto d'adesione). Obblighi speculari connessi al rispetto del contenuto della «Disciplina» derivano al G.M.E. rispetto all'operatore (cfr. art.3 del contratto d'adesione).

Naturalmente, per quanto riguarda gli importatori ed i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili, l'adesione al contratto implica l'assunzione dell'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale inizialmente almeno il 2% di energia verde (art. 2, 2° comma, lett. *f* del contratto d'adesione)⁽¹⁷⁸⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ Relativamente ai valori attuali della percentuale di produzione si veda nota n.18 del par. 2, Cap. 1.

L'art. 5 del contratto d'adesione, poi, regola il pagamento del corrispettivo dell'operatore per i servizi erogati dal G.M.E., che consistono essenzialmente nel ricoprire il ruolo di controparte nelle trattazioni che nei mercati organizzati si svolgono.

L'operatore deve anche prestare idonea garanzia per l'adempimento del contratto e dei contratti di acquisto e di vendita dei Certificati. Ai sensi dell'art. 6 gli operatori si obbligano a comunicare al Gestore tutte le informazioni e i documenti che lo stesso richiede.

3. — *La Disciplina di cui al Decreto ministeriale 19 dicembre 2003 come condizioni generali del contratto di adesione al mercato dei Certificati Verdi?*

Relativamente ai contratti di adesione al mercato dei Certificati Verdi si pone il problema di comprendere il valore della c.d. «Disciplina» rispetto al negozio in esame.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, del Decreto lgs. n. 79/99 il Ministro dell'industria e del Commercio e dell'Artigianato ha approvato la «Disciplina del mercato elettrico» denominata comunemente «Disciplina».

La stessa, nelle sue successive modificazioni⁽¹⁷⁹⁾, è costantemente richiamata nel contratto d'adesione.

Ad essa viene fatto riferimento non solo nelle premesse ma, tra gli obblighi dell'operatore, è fatto espresso riferimento alla necessità di rispettare la «Disciplina» e le «Disposizioni tecniche di funzionamento», con conseguente facoltà di recesso qualora egli non intenda

⁽¹⁷⁹⁾ Il Ministro delle Attività Produttive, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ha approvato la modifica della Disciplina con decreto del 19 dicembre 2003, pubblicato sul supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 301 del 30 dicembre 2003, Serie generale.

accettare eventuali loro modifiche (art. 2, comma 2, lett. a) del contratto d'adesione).

Lo stesso corrispettivo per il pagamento dei servizi è regolato ai sensi dell'art. 7 della «Disciplina», secondo le modalità definite agli artt. 75, 77, 105 e 106 della stessa (art. 5 del contratto d'adesione).

La «Disciplina» contiene inoltre un'apposita regolamentazione in tema di limitazione di responsabilità (art. 6 del contratto d'adesione).

La stessa qualifica di operatore si acquista in ragione delle previsioni contenute all'art. 14 della «Disciplina».

L'art. 109 e ss. della «Disciplina» regola la modalità di composizione delle controversie che prevede in ultimo il ricorso all'arbitrato.

Si tratta di un'eccezione alla giurisdizione ordinaria e pertanto la norma viene espressamente richiamata in calce al contratto d'adesione ed appositamente fatta sottoscrivere ai sensi dell'art. 1341, 2 c. c.c. Si tratterebbe, infatti, di una clausola vessatoria.

Più significativamente poi, l'art. 11 del contratto d'adesione rinvia al Titolo VII, Capo III, della «disciplina» per l'aspetto della regolamentazione delle controversie. Nell'articolo in esame non vi è solo un richiamo alle previsioni della «Disciplina», quanto espressa la necessità che esse siano da considerarsi integralmente ritrascritte.

Il problema che pongono i richiami alla «Disciplina» sono legati alla sua natura giuridica: se ad essa debba o meno riconoscersi valore vincolate in generale oppure la «Disciplina» contiene semplicemente condizioni generali del contratto?

La conseguenza sul piano pratico di tale valutazione è facilmente comprensibile: nel primo caso le previsioni in essa contenute sarebbero opponibili a tutti gli operatori al di fuori delle previsioni di cui all'art. 1341 c.c., con ogni conseguenza anche qualora contengano clausole che possano ritenersi vessatorie.

L'art. 1341, 1° c., c.c. regola, infatti, le condizioni generali del

contratto. Sono tali le condizioni predisposte in modo uniforme e standardizzato da uno dei contraenti e destinate a valere per tutti i contratti conclusi con gli utenti (es. i contratti bancari, o di utenza telefonica etc).

Dette clausole hanno effetto se colui che non le ha predisposte le ha conosciute o le avrebbe potuto conoscere utilizzando l'ordinaria diligenza.

Si potrebbe utilizzare come riferimento e paradigma per individuare la natura delle previsioni contenute nella «Disciplina» e gli effetti sul cd. contratto d'adesione, la problematica della natura giuridica dei capitoli d'appalto richiamati nei contratti con la Pubblica amministrazione. Ciò in ragione della loro adozione mediante Decreto ministeriale e sul fatto che il G.M.E. svolge una funzione per taluni aspetti assimilabile a quella di un'amministrazione pubblica.

3.1. — *I capitoli d'appalto e le condizioni generali di contratto*

Si è storicamente posta la necessità di indagare la natura dei capitoli d'appalto per comprendere o meno l'applicabilità agli stessi dell'art. 1341, 1° comma, c.c.

Per indagare la natura dei capitoli d'appalto è necessario prima di tutto distinguerli dai c.d. capitoli speciali i quali sono caratterizzati da un insieme di clausole contrattuali, che seppur predisposte in via unilaterale dalla P.A., non sono dirette a regolare una serie indeterminata e standardizzata di rapporti, quanto dirette a disciplinare un singolo rapporto contrattuale.

Tale dato esclude di per se l'applicabilità dell'art. 1341, 1° c., c.c. ai capitoli c.d. speciali seppur sia certa la loro natura negoziale.

I capitoli generali d'appalto, invece, sono costituiti da un insieme di condizioni predisposte dalla P.A. al fine disciplinare tutti i con-

tratti di una certa categoria che l'amministrazione pubblica intende stipulare.

Proprio la standardizzazione della disciplina in essi contenuta diretta a regolare tutti i tipi di contratto appartenenti ad una certa categoria, ha aperto il problema della loro natura.

I capitolati generali sono stati ricondotti ad atti negoziali così come ad atti di natura normativa.

Dalla diversa lettura discende naturalmente una differente disciplina.

La scelta di qualificare i capitolati d'appalto in termini negoziali discende da considerazioni sostanzialmente legate ad alcune riflessioni in tema di gerarchia delle fonti.

La struttura di un capitolato d'appalto ha sicuramente le caratteristiche tipiche delle c.d. condizioni generali di un contratto, così come può contenere norme qualificabili come vessatorie per il contraente che queste non ha predisposte.

Nel caso che si sposi l'idea della natura negoziale di quest'ultimi va da se la conseguente loro sottoposizione all'intera disciplina contrattuale.

Questo significa dal punto di vista dell'applicazione della normativa in tema di condizioni generali di contratto, la loro opponibilità ai terzi contraenti che le hanno conosciute o che avrebbero potuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

Naturalmente, poi, quando il capitolato contiene clausole il cui contenuto possa essere definito vessatorio ai sensi dell'art. 1341, 2° c., c.c., ai fini della loro opponibilità sarà necessaria la specifica accettazione dell'altro contraente⁽¹⁸⁰⁾.

I capitolati d'appalto sono contenuti in genere in atti regolamen-

⁽¹⁸⁰⁾ Cass. 8 agosto 1992, n. 9392, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1879. Nonché in dottrina M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 359 e M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 362.

tari. Coloro che riconoscono una natura negoziale ai capitolati ritengono che non sia applicabile, infatti, una disciplina diversa da quella codicistica.

Perché invece questo accada i capitolati dovrebbero essere contenuti in una legge ordinaria, come lo è il codice civile, e non certo in regolamenti che sono espressione di una potestà della pubblica amministrazione.

A fianco a questa lettura vi è chi, invece, riconosce ai capitolati generali d'appalto natura normativa.

Naturalmente il capitolato generale dei lavori pubblici dello Stato ha sicuramente natura normativa. Si ricordi che lo stesso era contenuto nel DPR 16 luglio 1963 n. 1062, e che oggi è contenuto nel codice degli appalti (Decreto Lgs. n. 163/2006).

La natura normativa dei capitolati li sottrarrebbe necessariamente dal rispetto delle previsioni codicistiche. La loro natura normativa infatti li caratterizzerebbe per l'immediata operatività e quindi dalla non necessità che ricevano una espressa accettazione dalle parti.

La giurisprudenza ha spesso considerato i capitolati generali come regolamenti d'organizzazione⁽¹⁸¹⁾.

In realtà la tendenza attuale della stessa giurisprudenza che considera i capitolati generali di natura normativa effettua comunque un distinguo.

La giurisprudenza considera, infatti, aventi natura contrattuale i capitolati generali che sono redatti da un ente che è sprovvisto di potestà normativa.

In questo caso ai fini dell'efficacia delle clausole generali che contengono norme vessatorie è necessario la loro sottoscrizione⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸¹⁾ *Ex multis* Cass. 13 gennaio 1982, n. 178, in *Rep. giur. it.*, 1982, voce *Obbl. e contr.*, p. 363.

⁽¹⁸²⁾ Cass., 18 marzo 1987, n. 2724, in *Mass. giust. civ.*, 1987, p. 3, la quale attribuisce natura regolamentare ai soli capitoli generali predisposti dallo Stato, sulla scorta

Del pari sono considerati di natura negoziale i capitolati predisposti da un'amministrazione ed utilizzati da un'altra amministrazione⁽¹⁸³⁾, così come i capitolati redatti per un tipo di contrattazione ma che vengono utilizzati per altre⁽¹⁸⁴⁾.

In questo senso la Corte di Cassazione⁽¹⁸⁵⁾ ha riconosciuto valore giuridico vincolante di natura normativa al capitolato generale d'appalto solo in relazione agli appalti stipulati dallo Stato.

Pertanto quando una pubblica amministrazione diversa dallo Stato utilizza il capitolato generale d'appalto di cui al Decreto Lgs. n. 163/2006 cit., salva l'espressa disposizione di legge che ne imponga l'applicazione agli appalti stipulati da determinati enti, a quest'ultimo non può essere riconosciuta efficacia normativa⁽¹⁸⁶⁾. La conseguenza di tale valutazione implica che il capitolato possa assumere efficacia obbligatoria solo sotto il profilo negoziale, ossia nei limiti in cui le parti lo abbiano richiamato per regolare il singolo rapporto.

Per tale ragione le clausole vessatorie contenute in capitolati d'appalto vanno appositamente approvate anche mediante sottoscrizione del verbale di aggiudicazione.

Tale dato non è contraddetto dalla previsione di cui all'art. 16 della legge sulla contabilità di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, che permette la conclusione dei contratti mediante semplice redazione del verbale di aggiudicazione. Questa ipotesi non esclude né la necessità, né tanto meno la possibilità che le eventuali clausole vessatorie siano appositamente approvate nello stesso verbale o in un atto successivo.

del fatto che l'ordinamento avrebbe attribuito nella materia solo a quest'ultimo potere regolamentare in materia.

⁽¹⁸³⁾ Cass., S.U., 22 giugno 1971, n. 1963, in *Giur. it.*, 1972, I, 1 c., p. 539.

⁽¹⁸⁴⁾ Ancora Cass. 8 agosto 1992 n. 9392, cit.

⁽¹⁸⁵⁾ Cass., 19 aprile 1999 n. 3802, in *App. urb. ed.*, 2001, p. 41 ss.

⁽¹⁸⁶⁾ Cass., 3 settembre 1999 n. 9275, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1889.

3.2. — *La natura del richiamo della «Disciplina» nel contratto di adesione*

La «Disciplina» del mercato è stata predisposta, ai sensi dell'art. 5, comma 1 del Decreto Lgs. n. 79/99, dal Gestore del mercato nell'anno successivo dalla data della propria costituzione, è stata approvata con decreto del Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Si tratta pertanto di una disciplina redatta dal G.M.E. sottoposta ad approvazione con Decreto ministeriale.

Come più volte ribadito, per legge si è data ad un soggetto privato, il G.M.E., la possibilità di regolare un intero mercato. La Disciplina del mercato elettrico ed i documenti ad essa allegati – che ne costituiscono parte integrante e sostanziale come ricorda l'art.1, comma 1, della «Disciplina» stessa – contengono le regole di funzionamento del mercato elettrico e del mercato dei Certificati Verdi ai sensi dell'articolo 5 del Decreto Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 e dell'articolo 6 del decreto del Ministro dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato 11 novembre 1999.

Ed invero anche il capitolato generale di appalto dei lavori pubblici è un regolamento approvato con decreto, precisamente del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145.

Un decreto ministeriale è nel nostro ordinamento un atto amministrativo seppur di alta amministrazione. Pertanto un decreto ministeriale nel sistema di fonti del diritto interno non ha forza di legge⁽¹⁸⁷⁾, salvo che esso sia appunto un regolamento⁽¹⁸⁸⁾.

Si pone tra i due atti richiamati una differenza essenziale, per cui

⁽¹⁸⁷⁾ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. Volume II: L'ordinamento costituzionale italiano. Tomo 1 (Le fonti normative)*, agg. a cura di F. CRISAFULLI. Padova, 1993, pp. 243.

⁽¹⁸⁸⁾ Il riferimento in questo caso è all'art. 17 della L. 23 agosto 1988 n. 400.

mentre il primo è un atto d'alta amministrazione, il secondo è un regolamento.

Per tale ragione la «Disciplina» nel momento in cui essa è richiamata nel contratto c.d. d'adesione al mercato non può non essere trattata che alla stregua di condizioni generali del contratto, la cui opponibilità al terzo, anche delle eventuali norme vessatorie in essa contenute, dipende assolutamente dal verificarsi delle condizioni di cui all'art. 1341 c.c., primo e secondo comma.

Nell'ipotesi delle norme contenute nella «Disciplina», nonostante il richiamo che si verifica nel contratto d'adesione, non si verifica neanche il fenomeno del contratto *per relationem perfetta* che pure è stato presupposto nell'ipotesi dei capitolati nei contratti d'appalto con le pubbliche amministrazioni.

Si è sostenuto in giurisprudenza, infatti, che anche nelle ipotesi nelle quali si riconosce la natura negoziale dei capitolati d'appalto comunque ad essi non si applicherebbero l'art. 1341 e 1342 c.c. in quanto non saremmo innanzi ad un contratto per adesione predisposto dalla P.A., quanto invece innanzi ad un contratto *per relationem perfetta*⁽¹⁸⁹⁾. Le parti, nell'ipotesi di richiamo ad un capitolato esterno per la regolamentazione dei propri interessi avrebbero compiuto una precisa scelta negoziale, pur non negoziando il contenuto della fonte esterna richiamata. Il richiamo dovrebbe implicare la piena conoscenza del documento, il capitolato appunto, le cui clausole assumerebbero il valore di clausole concordate.

In realtà però quest'ultima lettura poggia su una limitata valutazione della previsione del secondo comma dell'art. 1341 c.c., per cui le clausole vessatorie sarebbero solo quelle presenti in condizioni generali dei contratti. Una lettura corretta del secondo comma dell'art. 1341 c.c. fa di quest'ultimo uno strumento di tutela del contraente

⁽¹⁸⁹⁾ *Ex multis* Cass., 21 aprile 1999 n. 3929, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2987 ss.

che comunque si è visto imposto una decisione⁽¹⁹⁰⁾.

Innanzitutto ad una P.A., infatti, non è sempre possibile determinare il contenuto del capitolato d'appalto o scegliere il richiamo di uno piuttosto che di un altro. In questo caso è chiaro come il richiamo che le parti effettuano sia ben lontano dall'integrare l'ipotesi del contratto *per relationem*⁽¹⁹¹⁾.

Nel caso specifico dei contratti c.d. per adesione sia il G.M.E. che l'operatore non hanno la possibilità né di determinare il contenuto della «Disciplina», né di far riferimento ad altro. Allora, anche per i contratti di adesione al mercato dei Certificati Verdi, il richiamo in essi effettuato alla «Disciplina» non integra alcun contratto *per relationem perfetta*.

3.3 — *Clausole vessatorie nei contratti della pubblica amministrazione ed in quello di adesione al mercato dei Certificati Verdi*

Naturalmente la «Disciplina» può contenere norme vessatorie che come tali, per essere opponibili all'operatore dovranno essere evidenziate ed appositamente sottoscritte. Ai sensi del secondo comma dell'art. 1341 c.c. le clausole che – predisposte in modo unilaterale da una delle parti – stabiliscono una limitazione di responsabilità a favore di chi le ha poste in essere, facoltà di recedere dal contratto, possibilità di sospendere l'esecuzione del contrattato, oppure dispongono decadenze a carico dell'aderente, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuali con i ter-

⁽¹⁹⁰⁾ G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. Artt. 1337-1342, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1993, p. 419.

⁽¹⁹¹⁾ Ancora G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. Artt. 1337-1342, cit., p. 419.

zi, così come proroghe tacite o rinnovazioni del contratto, clausole compromissorie e deroghe alla competenza territoriale, non hanno effetto nei confronti del contraente che non le ha predisposte, salvo che questi non le abbia appositamente approvate per iscritto.

La mancanza dell'approvazione per iscritto determina la loro nullità per difetto di forma.

La giurisprudenza ha negato per molto tempo l'applicazione della disciplina della clausole vessatorie ai contratti stipulati dalla Pubblica amministrazione. La problematica si potrebbe riproporre, per l'analogia sopra ricordata, anche per il caso delle norme poste dal G.M.E. chiamato obbligatoriamente a regolare il mercato proprio attraverso la «Disciplina».

La ragione dell'orientamento da ultimo ricordato si fondava sull'affermazione per cui se l'art. 1341, 2° c., c.c. era predisposto al fine di tutelare il contraente debole, tale tutela non poteva estrinsecarsi contro P.A. in quanto quest'ultima, agendo sempre per finalità generali, non avrebbe potuto vessare in alcuna maniera la propria controparte. La sua azione era per sua stessa natura ispirata ai criteri dell'imparzialità e della giustizia⁽¹⁹²⁾.

La giurisprudenza, inoltre, negava l'applicazione del secondo comma dell'articolo citato anche in relazione al fatto che di solito il contratto con la P.A. è stipulato per atto pubblico. Tale dato, quando si verificava, di per sé era in grado di escludere la configurabilità del contratto per adesione, in quanto la lettura dello stesso effettuata dal notaio rogante avrebbe consentito la piena conoscenza delle clausole e quindi l'assoluta consapevolezza nella loro sottoscrizione⁽¹⁹³⁾.

Parimenti veniva esclusa l'applicabilità dell'art. 1341, 2° c., c.c.

⁽¹⁹²⁾ Sono numerose le sentenze, anche se datate, che offrono questa lettura: tra le molte Cass. 13 gennaio 1982 n. 178, in *Rep. giur. it.*, 1978, voce *Obbl. e contr.*, n. 363; Cass. 9 agosto 1983 n. 5319, in *Foro amm.*, 1983, p. 1882.

⁽¹⁹³⁾ Cass., S. U., 12 giugno 1997, n. 5292, in *Riv. arb.*, 1997, 1, c. 1254.

per il fatto che – di solito – il contratto con la P.A. era concluso a valle di una procedura di appalto o di licitazione privata. Tali procedure avrebbero garantito di per sé la partecipazione del privato alla elaborazione del regolamento negoziale⁽¹⁹⁴⁾.

In ogni caso, l'altro contraente era partecipe con sicurezza nella determinazione del corrispettivo. Tale aspetto avrebbe di per sé escluso l'applicabilità dell'articolo richiamato nel suo secondo comma. In questo modo il contratto non poteva dirsi stipulato per adesione, avendo la parte privata determinato alcune componenti dello stesso.

La Corte di cassazione sul punto ha da tempo mutato posizione, dando luogo ad un vero e proprio *revirement* con la sentenza del 29 settembre 1984 n. 4832.

Si richiede, pertanto, anche per i contratti della P.A. l'apposita sottoscrizione della clausole c.d. vessatorie.

L'apposita sottoscrizione è quindi richiesta proprio per tutelare la buona fede del contraente più debole. La sottoscrizione è pertanto un onere formale anche per i contratti della P.A., pena la nullità delle clausole. Infatti il codice civile, nel prevedere la forma scritta *ad substantiam*, non ha predisposto alcuna differenziazione della disciplina in relazione ai soggetti coinvolti.

In realtà la pronuncia in esame ha superato la convinzione sulla quale si fondava l'intero asserto, quella per cui la P.A., agendo necessariamente nell'interesse generale, non potesse predisporre clausole dal contenuto vessatorio.

La P.A., infatti, quando predispone unilateralmente clausole di un contratto, pur perseguendo finalità pubbliche, non pone in essere atti espressione della potestà pubblica, ma della autonomia privata.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ex multis* Cass. 10 luglio 1973 n. 1993, in *Rep. giur. it.*, 1973, voce *Obbl. e contr.*, n. 105.

In queste ipotesi essa opera in un abito diverso da quello in cui operano le regole che sovrintendono le procedure che la P.A. è tenuta a seguire nell'esercizio della propria facoltà di contrarre.

Le norme codicistiche incidono, infatti, sulla fase di determinazione del contenuto contrattuale. Questo significa che la condotta della P.A. vada verificata attraverso il comportamento negoziale al pari degli altri contraenti. Gli interessi della P.A., quando agisce *iure privatorum*, possono essere anche in contrasto con quelli dei privati.

Il considerare il PA come contraente implica il superamento della presunzione di legittimità della sua condotta.

Questo orientamento in realtà porta con sé il superamento di un altro presupposto errato. Quello per cui l'art. 1341, 2° c., cc. si applicasse ai soli contratti in cui l'intero contenuto dell'accordo fosse determinato unilateralmente. Tale ultima affermazione non trova riscontro per le clausole vessatorie che sono tali anche se non contenute tra condizione generali dei contratti.

L'ultima valutazione prospettata è la stessa che si potrebbe dire caratterizzare il G.M.E., quale soggetto privato che svolge funzioni *pubblicistiche*. Quest'ultimo per sua stessa funzione regola il mercato dei Certificati Verdi, pertanto, dovrebbe porre in essere una condotta caratterizzata dalla legittimità della sua azione, rafforzato dal fatto che il contratto d'adesione e la disciplina non sono totalmente redatti del medesimo.

4. — *Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E.*

Il G.M.E. è responsabile dei danni sia di natura contrattuale che *extracontrattuale* nei confronti del contraente nei limiti in cui questi siano conseguenza immediata ed indiretta di comportamenti derivanti da dolo o colpa grave con la limitazione e l'aggiunta, in quest'ultimo

caso, che l'ipotesi di colpa grave che possono dar luogo a responsabilità debbono essere prevedibili alla data di stipulazione del contratto.

È previsto inoltre un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi entro i quali il contraente ha avuto, o avrebbe dovuto, avere conoscenza dell'evento dannoso. A tale breve termine di decadenza si aggiunge la necessità che la «denuncia» del fatto dannoso sia circostanziata, nei venti giorni successivi anche supportata da documentazione.

La clausola d'irresponsabilità prevista è conforme alle previsioni codicistiche, che ammettono la possibilità di prevedere clausole di irresponsabilità purché con esse non si escluda o limiti la responsabilità per dolo o colpa grave. Rimane salvo l'obbligo a carico del debitore, nel caso di specie il G.M.E. di provare l'esistenza di una causa a lui estranea, cioè al di fuori del suo potere di controllo, che abbia determinato l'inadempimento, oppure che la sua attività o inattività si concreti semplicemente una colpa lieve, senza trascendere nella colpa grave o nel dolo, restando altrimenti a suo carico la responsabilità per l'inadempimento o l'inesatto inadempimento⁽¹⁹⁵⁾.

4.1. — (Segue) *Le clausole di limitazione della responsabilità del G.M.E. ed il problema della sua reputazione. Cenni di analisi economica*

Il contratto c.d. d'adesione al Mercato elettrico prevede una serie di meccanismi di limitazione della responsabilità soprattutto del G.M.E. nei confronti dell'operatore dei quali si può tentare, nello spirito sopra indicato, qualche elemento di comprensione anche attraverso la loro analisi economica⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ Cass., 9 ottobre 1997, n. 9810, in *Riv. dir. dei trasporti*, I, 1998, p. 495.

⁽¹⁹⁶⁾ Sul significato dell'analisi economica del diritto si veda P. TRIMARCHI, *L'analisi economica del diritto: tendenze e prospettive*, in *Quadrimestre*, 3, 1987, p. 563 ss.

La previsione nell'art. 6 del contratto d'adesione che stabilisce le ipotesi di responsabilità del G.M.E. ed una limitazione della stessa costituisce un disincentivo per il contraente diverso dal G.M.E. ad avanzare richieste di risarcimento del danno discendenti da responsabilità sia di natura contrattuale che *extra*contrattuale, dovendo per il caso di colpa – l'ipotesi necessariamente più frequente – riferirsi alla colpa grave ed inoltre essere, i comportamenti che eventualmente la integrano, prevedibili al momento della stipula del contratto stesso. In questo caso è la struttura della formula della clausola uno strumento che disincentiva le eventuali azioni risarcitorie avendone circoscritto fortemente la modalità con cui queste possono essere esercitate.

Nel caso di specie però non è stata introdotta alcuna pre-qualificazione del danno attraverso la previsione di una penale. Di solito quest'ultima nei contratti costituisce uno strumento di incentivazione all'esecuzione del contratto, secondo una possibile regola che più alta è la penale, maggiore è l'incentivo all'esecuzione⁽¹⁹⁷⁾.

Nel caso in esame essendo il contratto sbilanciato a favore del G.M.E., non solo in caso di suo inadempimento non vi è alcuna previsione di penali a suo carico, ma vi è al contrario una previsione che restringe molto la stessa possibilità di agire nei confronti del G.M.E., disincentivando l'azione nei suoi confronti.

Tale disincentivo viene accentuato anche attraverso l'ipotesi di un termine di decadenza temporalmente limitato ai quindici giorni lavorativi entro i quali il contraente ha avuto, o avrebbe dovuto, avere conoscenza dell'evento dannoso. A tale breve termine di decadenza si aggiunge la necessità che la «denuncia» del fatto sia circostanziata e che, nei venti giorni successivi, sia anche supportata da documentazione.

⁽¹⁹⁷⁾ S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2007, p. 62.

Sono tutte previsioni che stabiliscono un'innegabile posizione di vantaggio per il G.M.E.

In realtà la presenza di clausole che limitano fortemente la responsabilità del G.M.E. non dovrebbero costituire un problema in termini di disincentivo all'adempimento da parte del G.M.E. stesso.

In questo senso dovrebbe supplire il possibile danno alla reputazione che l'inadempimento o una serie costante di ipotesi di inadempimenti possono causare. Ed invero la prospettiva per il G.M.E. di soffrire un danno alla reputazione induce alla esecuzione più efficiente possibile del contratto stesso nel medesimo modo dell'intervento di un eventuale Tribunale. Dato che nel caso di specie dipende essenzialmente dal fatto che l'interesse all'esecuzione significa buona reputazione del Mercato che egli è stato chiamato per legge ad organizzare ed a regolare.

Una *non buona* reputazione del G.M.E. significa una *non buona* reputazione per il Mercato elettrico, nel caso di specie quello dei Certificati Verdi.

Tale dato va comunque valutato alla luce delle reali possibilità che gli operatori hanno di cercare vie alternative per il soddisfacimento del loro obbligo di produrre energie c.d. pulita nei limiti stabiliti dalla normativa. Una presenza di strumenti alternativi alla partecipazione al Mercato elettrico rafforzerebbe la funzione della reputazione in termini di corretta esecuzione del contratto.

5. — *Risoluzione del contratto per perdita della qualifica d'operatore e penale a favore del G.M.E.*

L'art. 8 del contratto d'adesione, come ogni clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente, in questo caso il G.M.E., il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadem-

pimento di controparte senza essere chiamato a doverne provare l'importanza⁽¹⁹⁸⁾.

L'accordo tra i contraenti, nel caso delle clausole risolutive espresse, preclude un successivo giudizio sull'importanza dell'adempimento⁽¹⁹⁹⁾, è per questo che le parti sono chiamate ad indicare in modo specifico quali sono le obbligazioni che devono essere adempiute a pena di risoluzione⁽²⁰⁰⁾. Ed invero, proprio al fine della configurabilità stessa di una clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni che siano però specificamente determinate. È noto d'altro canto come si qualifichi mera *clausola di stile*⁽²⁰¹⁾ quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto. Con la conseguenza che, in tale ultimo caso, l'inadempimento non risolverebbe di diritto il contratto, ricorrendo la necessità di valutare l'importanza dell'inadempimento in relazione all'economia del contratto stesso.

È non sufficiente in questo senso l'accertamento della sola colpa per raggiungere tale effetto, come previsto invece in presenza di una valida clausola risolutiva espressa⁽²⁰²⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ Cass., 5 gennaio 2005 n. 167, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2546; conforme Cass. 11 luglio 2003, n. 10935, in *Guida al diritto*, 2003, 37, p. 60; Cass., 16 maggio 2002, n. 7178, in *Foro it.*, 2001, I, 1, c. 1963.

⁽¹⁹⁹⁾ In Cass. 20 dicembre 2004 n. 23625, in *Impresa*, 2005, 3, p. 492, si sottolinea la natura dichiarativa dell'azione che implica il mero accertamento delle inadempienze (conforme Cass. 11 luglio 2003, n. 10935, cit.). Si sottolinea, comunque, che non è esclusa la valutazione della colpa della parte inadempiente (Cass. civ., 5 agosto 2002, n. 11717, in *I contratti*, 2003, p. 228 ss. con nota di ADDANTE; G. ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, in M. BESSONE - G. ALPA (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 249.

⁽²⁰⁰⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 997.

⁽²⁰¹⁾ V. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, 1980, p. 625; Cass. 11 aprile 2000, n. 4563, in *Dir. e prat. Soc.*, 2000, 10, p. 88.

⁽²⁰²⁾ Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Giur. it.*, 2003, p. 1812.

Nel caso in esame è sicuramente circoscritta l'obbligazione la cui violazione può dar luogo alla risoluzione espressa del contratto, essendo specificatamente individuata nella perdita della qualifica di operatore.

Ci si potrà semmai interrogare sulla compatibilità di questo fatto con il dato che la risoluzione di diritto del contratto, conseguente all'applicazione di una clausola risolutiva espressa, postula non soltanto la sussistenza, ma anche l'imputabilità dell'inadempimento. La presenza di una pattuizione della risoluzione espressa come modalità di scioglimento dal contratto – pur eliminando ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento – non esclude la necessità di indagare sulla colpa dell'agente: difettando il requisito della colpevolezza dell'inadempimento, la risoluzione non si verifica né, di conseguenza, può in alcun modo essere legittimamente pronunciata⁽²⁰³⁾.

Nel caso in esame, però, non sembra che tale consolidato orientamento giurisprudenziale possa trovare applicazione, in quanto, anche in mancanza di qualsiasi colpa dell'operatore nella perdita di tale qualifica, si può giustificare la presenza dello stesso sul mercato dei Certificati Verdi. Semmai si potrà affermare che tale valutazione relativa alla colpa o meno della perdita della qualifica di operatore sia insita nell'esito stesso della procedura esterna al contratto che porta alla dichiarazione di decadenza.

È comunque necessario, nel rispetto dell'orientamento costante sul punto, che il G.M.E. comunichi all'altro contraente inadempiente che intende avvalersi della clausola stessa, in quanto la risoluzione di diritto di un contratto – prevista dai contraenti con apposita pattuizione quale conseguenza dell'inadempimento di una determinata obbligazione – non si verifica automaticamente, ma solo nel momen-

⁽²⁰³⁾ Cass., 14 luglio 2000, n. 935, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1550

to in cui, e alla condizione che, il contraente, nel cui interesse la clausola sia stata pattuita, dichiari di volersene avvalere⁽²⁰⁴⁾.

In questo senso va ricordato come la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa può essere resa anche in maniera implicita senza necessità di formule rituali purché inequivocabile, anche attraverso lo stesso atto di citazione in giudizio⁽²⁰⁵⁾.

Viene qualificata come indennizzo la somma trattenuta da parte del G.M.E. ai sensi dell'art. 8, secondo comma, della «Disciplina».

La somma versata dall'operatore ai sensi dell'art. 67 della «Disciplina», ovvero il corrispettivo d'accesso ed il corrispettivo annuale, viene trattenuta dal G.M.E. a titolo d'indennizzo in ragione della perdita dell'operatore di tale qualifica che da luogo alla risoluzione del contratto *ex art. 1456 c.c.*. È salva la possibilità per il G.M.E. di un ulteriore risarcimento del danno.

Ed invero attraverso la clausola penale si regola proprio il fatto per cui, in caso di inadempimento delle obbligazioni previste dal contratto, la parte inadempiente sarà tenuta ad una prestazione nei confronti dell'altra che costituisce un titolo di liquidazione preventiva e convenzionale del danno. Per questo motivo è esclusa la necessità di dimostrare l'entità o l'esistenza del danno stesso⁽²⁰⁶⁾.

Si considera che l'effetto caratterizzante la clausola in questione sia di natura sanzionatoria, oltre che risarcitoria⁽²⁰⁷⁾.

L'entità della penale che viene determinata non può essere irrisoria, perché si aggirerebbe il divieto di cui all'art. 1229 c.c. Dall'altro canto questa non potrà essere neanche manifestamente eccessiva es-

⁽²⁰⁴⁾ Tribunale di Reggio Calabria 27 ottobre 2005, non pubblicata.

⁽²⁰⁵⁾ Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 5.

⁽²⁰⁶⁾ Cass. 4 marzo 2005, n. 4779, in *Contratti*, 2006, 1, p. 5.

⁽²⁰⁷⁾ Cass. Civ., 26 giugno 2002, n. 9295, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, p. 450 ss. con nota di GALLARATI.

sendo prevista la riduzione ad opera del giudice⁽²⁰⁸⁾, pur non essendo pacifico in dottrina se questa possa o meno avvenire d'ufficio⁽²⁰⁹⁾. Le sezioni unite della Cassazione hanno invece da tempo sposato la tesi della riducibilità d'ufficio della penale ricostituendo così l'equilibrio contrattuale⁽²¹⁰⁾.

Si è discusso se la clausola penale possa essere valutata anche sotto il profilo della vessatorietà, benché non riconducibile ad alcuna delle ipotesi di clausole vessatorie tassativamente previste dall'art. 1341 c.c. In giurisprudenza si ritiene generalmente che essa non sia mai qualificabile come vessatoria⁽²¹¹⁾.

5.1. — *Il significato economico della clausola penale dell'art. 8 del contratto d'adesione*

Nel caso in esame la perdita della qualifica di operatore è, come detto, una condizione di risoluzione di diritto del contratto. In questo caso si prevede una penale a carico del contraente che perde tale

⁽²⁰⁸⁾ M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, p. 530.

⁽²⁰⁹⁾ Per alcuni, infatti, il giudice può ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva: v. Cass. 13 settembre 2005 n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106, conforme Cass. 8188/2003; Cass. 10511/1999; si sottolinea in dottrina che questo potere non è da considerarsi tanto un limite all'autonomia privata, quanto una tutela degli interessi di rango costituzionale dell'ordinamento, come la solidarietà ex art. 2 Cost. (M.C. BIANCA, *La responsabilità*, p. 234; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 633). Per altri il carattere pubblico della norma non giunge al punto da derogare anche al principio secondo cui il giudice, fuori dei casi espressamente previsti, non può pronunciarsi d'ufficio; occorre, pertanto, la richiesta della parte interessata. V. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, p. 342; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale* in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p.186 ss.; M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 529; Cass., 27 ottobre, 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, c. 2924; Cass. 21 ottobre 1998, n. 10439 in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 2138.

⁽²¹⁰⁾ Cass. S. U., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

⁽²¹¹⁾ Cass. 26 ottobre 2004, n. 20744, in *Contratti*, 2005, 6, p. 566.

qualifica, costituita dal corrispettivo pagato dallo stesso per usufruire dei servizi nel Mercato.

Si tratta di una penale con la caratteristica però che è essa stata già versata al momento del perfezionamento dell'adesione al Mercato.

È pertanto una penale che si caratterizza per non realizzare alcuna vera e propria minaccia per il contraente che da luogo alla risoluzione del contratto.

L'operatore che ha aderito al Mercato ha già versato la quota d'adesione, non avrà rispetto a quest'ultima nessuna somma aggiuntiva da versare al G.M.E. per la perdita delle qualità che gli permettono di stare sul mercato. Nel caso di specie, inoltre, il pagamento della penale non dipende da un inadempimento del contratto, quanto da una perdita della qualità di una delle parti.

Si afferma di solito in termini di analisi economica del contratto, che una penale bassa sia tipica dei contratti incompleti dove le parti non desiderano penali alte tali così da indurre sempre, o comunque molto spesso, l'esecuzione.

La valutazione economica del perché di solito vengono stabilite penali dai valori bassi sembra non è riferibile al caso in esame. Qui non vi è alcun inadempimento possibile e *pre-valutato* nella redazione della clausola risolutiva espressa, quanto la perdita delle condizioni stesse per stare sul mercato. Perdita che potrebbe anche non dipendere da colpa imputabile all'operatore⁽²¹²⁾.

È fatta salva la possibilità per il G.M.E. di agire per il maggior danno subito in caso di risoluzione di diritto del contratto ricorrendo le condizioni cui all'art. 8 del negozio in esame.

⁽²¹²⁾ Sugli svantaggi dal punto di vista dell'analisi economica del diritto della scelta di una responsabilità contrattuale basata sul criterio della colpa si veda P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1970, p.512 ss.

CAPITOLO QUINTO

IL CONTRATTO DI COMPRAVENDITA DEL CERTIFICATO VERDE NEL MERCATO ORGANIZZATO DAL G.M.E.

SOMMARIO: 1. Il contratto di compravendita dei Certificati Verdi. — 2. Partecipazione e garanzie di informazione per l'operatore. — 3. Le modalità delle contrattazioni — 4. Il problema del momento di perfezionamento del contratto di compravendita dei Certificati verdi.

1. — *Il contratto di compravendita dei Certificati Verdi: la disciplina applicabile*

È noto come i Certificati Verdi siano negoziabili in contratti bilaterali oppure in contratti posti in essere all'interno del Mercato elettrico organizzato ai sensi dell'art. 6 del Decreto ministeriale 11 novembre 1999, n. 79.

Nel primo caso la negoziazione è libera, nel secondo è invece effettuata nel rispetto delle previsioni di cui al Titolo VII della «Disciplina del mercato elettrico».

Sono negoziabili i Certificati Verdi relativi alla produzione da fonte rinnovabile dell'anno precedente, oppure relativi alla producibilità attesa nell'anno in corso o nell'anno successivo.

Aver chiarito la natura giuridica del Certificato Verde (cfr. Cap. 2) quale bene mobile ha delle innegabili conseguenze sul piano della disciplina applicabile ai contratti di compravendita che possono averli come oggetto.

Ad essi non si applicheranno alcuna delle previsioni codicistiche

relative alla vendita dei titoli di credito (artt. 1531 e ss c.c.)⁽²¹³⁾, quanto quelle relative alla compravendita di beni mobili.

2. — *Partecipazione e garanzie di informazione per l'operatore*

Gli operatori del mercato in questione devono godere di adeguate informazioni per partecipare allo stesso. A tal fine, per ciascuna sessione relativa a ciascun anno di validità dei Certificati Verdi ammessi alla contrattazione, il G.M.E. comunicherà agli operatori sia il prezzo che la quantità delle proposte immesse sul mercato e non ancora abbinate. Il G.M.E. sarà chiamato a comunicare anche il corrispettivo di riferimento che si è determinato nella precedente sezione di transazione e in quella in corso, di cui dovrà indicare anche il prezzo minimo e quello massimo raggiunto.

Lo stesso G.M.E. dovrà riferire altresì il prezzo delle ultime tre sessioni eseguite ed il volume dei Certificati scambiati durante la sessione.

Sarà sempre onere del G.M.E. pubblicare al termine di ciascuna sessione, per ciascun anno di validità dei Certificati Verdi ammessi alle contrattazioni, anche il prezzo minimo e massimo raggiunto nelle sessioni eseguite, quello che può indicarsi come il prezzo di riferimento di ciascuna di esse nonché il volume scambiato nelle stesse.

Queste previsioni esprimono la forte necessità che la vendita dei Certificati Verdi, attraverso il mercato, avvenga per il produttore garantendo allo stesso un'adeguata informazione, che diviene così momento di rafforzamento delle garanzie formali.

L'onere informativo previsto a carico del G.M.E. è una forma di guarentigia per i produttori che partecipano al mercato.

⁽²¹³⁾ In generale sul significato degli artt. 1351 e ss., c.c. si veda Cass., 18 luglio 2007, n. 15957, in *Società*, 2008, p. 980, con nota di D. CARMINATI; nonché Cass. 8 novembre 2005, n. 21461, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, p. 11.

È noto come l'obbligo di informazione ed il dovere di trasparenza rivesta un ruolo centrale nei contratti con dei consumatori⁽²¹⁴⁾. In realtà la previsione di cui in narrativa registra una tendenza ulteriore rispetto a quella che si concretizza nel contratto con il consumatore. In questi casi la tutela si realizza tramite un'informazione capace di rafforzare la sua consapevolezza nelle scelte contrattuali⁽²¹⁵⁾.

Attraverso le previsioni d'informazione a carico del G.M.E. si pensa all'informazione ed al dovere di fornirla ad opera di chi la detiene, come un dovere di sistema.

⁽²¹⁴⁾ Per un approfondimento sul punto si veda S. STEFANELLI, *Il Codice del Consumo*, in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 185 ss. Nonché per una indagine in termini generali, si veda M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. Merito*, 2004, 12, p. 2605.

⁽²¹⁵⁾ Specificatamente sul significato di informazione al consumatore in merito al diritto di recesso si legga Cass., 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Vita Notarile*, 2004, p. 307: «ed invero la direttiva del Consiglio Cee 577/85, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, all'articolo 4 (trasfuso nell'articolo 5 del decreto legislativo in esame) prevede che il commerciante debba informare il consumatore del suo fondamentale diritto al recesso, consegnando detta informazione scritta al momento della stipulazione del contratto, così prevedendo il carattere preventivo della informazione o in altri termini, ora più correnti nella prassi, il carattere del consenso informato sull'esercizio del diritto fondamentale di recesso. Tale puntualizzazione è stata colta dalla migliore dottrina. Il legislatore italiano, nel trasfondere il principio della direttiva nella norma nazionale (articolo 5 comma secondo) non ne attenua il rigore, prevedendo l'inserzione della clausola di recesso nel contesto delle altre clausole del contratto, proprio perché considera due requisiti essenziali di forma, con norma inderogabile ed imperativa perché attiene all'ordine pubblico dei rapporti economici nelle negoziazioni tra una parte debole (il consumatore) e la parte commercialmente forte (il commerciante o l'imprenditore). Il primo requisito attiene alla autonomia della clausola di recesso che deve restare separata dalle altre clausole, per rendere chiara, trasparente ed immediata la informazione. Non è allora ammissibile che la clausola sia inserita in un contesto uniforme di clausole di apparente pari rilevanza, ed inserite secondo una sequenza numerata, come è nella nota d'ordine in esame. Il secondo requisito attiene alla evidenza grafica della informazione, che deve avere caratteri grafici eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento». Sull'obbligo di informazione si veda anche D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 377 ss.

Nel caso in esame il G.M.E. infatti è un professionista come le altre controparti che sul mercato in questione si muovono, ma al contrario di quest'ultime esso ha informazioni complete necessarie sulle trattative svolte e che si stanno svolgendo. Queste tipologie d'informazioni sono però indispensabili per la stessa formazione della domanda e dell'offerta nel mercato in esame.

Il mercato in questione non funzionerebbe efficientemente se non vi veicolassero ufficialmente alcuni elementi informativi. L'informazione è qui un dovere di sistema, almeno relativamente al funzionamento del mercato elettrico, ma non è totalmente priva di fondamento una riflessione su un'idea di informazione come dovere in una dimensione più ampia, per il quale il caso in esame potrebbe fornire lo spunto⁽²¹⁶⁾.

Si è evidenziato che informazione e trasparenza siano oggi al centro dell'attenzione del giurista contemporaneo come erano nell'ottocento la volontà e il momento della dichiarazione⁽²¹⁷⁾.

Nel nostro ordinamento l'obbligo d'informazione nel contratto è noto essere disciplinato dall'art. 1337 c.c. che si riferisce in generale al dovere di comportamento delle parti durante le trattative⁽²¹⁸⁾. È il ricorso al principio della buona fede che permette di fondare l'obbligo d'informazione del professionista nei confronti del consumatore e più in generale laddove non vi sono espresse previsioni di legge che impongano l'obbligo di informare, come per esempio in certi specifici settori di cui il caso in esame è una dimostrazione.

⁽²¹⁶⁾ Riflette specificatamente sull'idea di sistema che è stato costituito dalle norme sulla tutela dei consumatori V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto di asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.

⁽²¹⁷⁾ V. SCALISI, *Dovere d'informazione e attività di intermediazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 167 ss.

⁽²¹⁸⁾ Relativamente all'aspetto dell'informazione nelle trattative nel codice civile si veda G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

L'obbligo di informazione per le contrattazioni di vendita dei Certificati per il G.M.E. discende dagli obblighi dal medesimo assunti nel contratto d'adesione al mercato elettrico (v. Cap. 3 e 4) e trova conferma nel ruolo centrale che anche nella politica comunitaria ha l'idea della informazione e della conoscenza. L'Europa è stata concepita a Lisbona, oramai dieci anni fa come *Knowledge-based Society*. In una realtà politica che concepisce l'integrazione come basata sulla *Conoscenza* – rafforzata dalla Comunicazione della Commissione chiamata «Europa 2020» che pone la Conoscenza alla base della strategia di sviluppo dell'Unione per i prossimi anni – è centrale l'elaborazione, l'uso, il trasferimento e la condivisione delle conoscenze e delle informazioni.

L'idea comunitaria del mercato interno è soprattutto quella di un ordinamento giuridico «per il quale assume una particolare rilevanza il contesto in cui si manifestano le fattispecie giuridicamente rilevanti» ed il «diritto privato comunitario è (...) un diritto privato della “società dell'informazione”», dove l'informazione è «la trama stessa del mercato interno. Il diritto comunitario ha l'obiettivo costante di assicurare la migliore circolazione possibile delle informazioni riguardanti i soggetti ed i loro rapporti, in modo che il mercato interno funzioni in modo corretto»⁽²¹⁹⁾.

Nel caso in esame l'omissione delle informazioni sopra indicate da parte del G.M.E. significa una responsabilità contrattuale in capo a quest'ultimo.

3. — *Le modalità delle contrattazioni*

Le sessioni di vendita dei Certificati Verdi nel Mercato organizza-

⁽²¹⁹⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *La società dell'informazione e della conoscenza* in A. PALAZZO, A. SASSI (a cura di), *Diritto Privato del Mercato*, Perugia, 2007, p. 165 ss.

to dal G.M.E. avvengono settimanalmente da gennaio a marzo. Per il restante periodo si realizzano una volta al mese attraverso negoziazione continua.

È sempre il G.M.E., poi, che in questo mercato organizza il c.d. *book* di negoziazione relativo a ciascun anno di validità dei Certificati Verdi ammessi alla contrattazione.

Per *book* si deve intendere «il prospetto video in cui è esposto l'insieme delle proposte di negoziazione immesse dagli operatori nel sistema informatico, ordinate in base al prezzo e all'orario d'immissione»⁽²²⁰⁾.

Il *book* di negoziazione è organizzato in maniera tale da presentare le migliori proposte di vendita e di acquisto. Le proposte sono suddivise in proposte di acquisto e proposte di vendita, per l'anno di validità dei Certificati Verdi; le stesse sono ordinate, poi, secondo una priorità determinata dal prezzo: ovvero le proposte d'acquisto sono ordinate per prezzo decrescente, quelle di vendita in senso inverso.

Non sono ammissibili proposte di vendita con prezzo pari a zero o addirittura negativo, «mentre le proposte di acquisto o di vendita senza limiti di prezzo sono accettate solo nel caso in cui nel *book* di negoziazione siano già presenti proposte rispettivamente di vendita o di acquisto con limite di prezzo»⁽²²¹⁾.

Gli operatori pertanto dovranno, durante la contrattazione, inserire nel *book* le proposte di negoziazione nelle quali dovranno essere indicate l'anno di validità dei Certificati Verdi, la loro quantità nonché il prezzo riferito ad 1 Mkw.

La contrattazione non potrà avvenire se non almeno per l'acquisto o la vendita di un Certificato Verde, che costituisce così il valore minimo della contrattazione.

⁽²²⁰⁾ <http://www.mercatoelettrico.org/It/Tools/Glossario>.

⁽²²¹⁾ Testualmente E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008, p. 434.

Precisamente, l'operatore potrà immettere nel Mercato, o meglio inserire nel *book* delle contrattazioni, proposte di contrattazioni relative ai Certificati Verdi che sono iscritti nel registro tenuto dal G.M.E., nonché proposte di contrattazione relative ai Certificati Verdi acquistati durante la stessa sezione. In questo caso il prezzo con cui detti Certificati vengono rimessi nel mercato non potrà essere superiore a quello convenzionalmente dichiarato dall'operatore stesso.

Al G.M.E. competerà pertanto la verifica della reale disponibilità in capo all'operatore dei Certificati Verdi immessi per la negoziazione attraverso la tenuta del registro.

Le proposte fatte dagli operatori possono essere oggetto di abbinamento automatico per l'intera quantità, oppure solo parzialmente abbinate. Solo se non sono oggetto di abbinamento automatico, gli operatori possono mediante cancellazione diretta, ritirare le loro proposte durante le contrattazioni.

È possibile altresì anche la modificazione delle proposte durante la sessione. Nel caso di proposte parzialmente abbinate la modifica avrà valore solo per la parte che non è stata eseguita. «Le proposte modificate perdono la priorità temporale acquisita. Le proposte non abbinate sono cancellate automaticamente alla chiusura della sessione di contrattazione»⁽²²²⁾.

Tutte le proposte presentate dagli operatori sono assoggettate ad una procedura di verifica da parte del G.M.E. Tale procedura può concludersi anche respingendo le proposte. Questo accade se il numero dei certificati indicato della proposta è superiore rispetto al numero massimo che l'operatore può acquistare, al netto del numero dei Certificati Verdi che lo stesso ha già acquistato nella stessa sezione così come del numero dei Certificati di cui ha immesso proposte di acquisto che non sono state abbinate.

⁽²²²⁾ E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, cit., p. 434.

Si respinge, poi, una proposta di accettazione quando l'operatore che l'effettua abbia nel *book* di negoziazione una proposta di vendita o di acquisto sempre dallo stesso presentata che si abbina con la proposta immessa successivamente.

La negoziazione avviene mediante l'abbinamento delle diverse proposte. L'abbinamento è compiuto dal G.M.E.: «a) nel caso di proposta d'acquisto con limite di prezzo, l'abbinamento avviene a capienza con proposte di vendita a prezzo inferiore o uguale al limite fissato in acquisto e secondo l'ordine di priorità precedentemente illustrato; b) nel caso di proposta di vendita con limite di prezzo, l'abbinamento avviene a capienza con proposte di acquisto a prezzi uguali o superiori al limite fissato in vendita e secondo l'ordine di priorità (...); c) nel caso di proposta d'acquisto senza limite di prezzo, l'abbinamento avviene a capienza con una o più offerte di vendita con prezzo uguale al migliore prezzo di vendita presente al momento dell'immissione della proposta di acquisto, secondo l'ordine di priorità (...); d) nel caso di proposta di vendita senza limite di prezzo, l'abbinamento avviene a capienza con una o più offerte di acquisto con prezzo uguale al migliore prezzo di acquisto presente al momento dell'immissione della proposta di vendita, secondo l'ordine di priorità (...)»⁽²²³⁾.

Qualora si trattasse di un'esecuzione parziale di una proposta con limite di prezzo, sarà ripresentata automaticamente la parte ineseguita sia con il prezzo che con la proprietà che contraddistinguevano la proposta iniziale. La stessa situazione, però questa volta caratterizzata da una proposta senza limite di prezzo, implicherà che la parte ineseguita sarà ripresentata ma con il prezzo pari all'ultimo prezzo di esecuzione della prestazione eseguita.

È il sistema informatico che durante le sessioni controlla che le

⁽²²³⁾ Ancora E. GRIPPO, F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, cit., p. 435.

proposte d'acquisto siano interamente coperte nell'ammontare del deposito effettuato. La capienza del deposito disponibile, coprendo il controvalore delle proposte, è il limite entro cui si può effettuare gli acquisti. Durante la sessione il sistema informatico aggiorna costantemente il deposito in relazione agli acquisti e le vendite effettuate. Il «deposito disponibile» si determina non solo in relazione alla somma iniziale depositata, appunto, dall'operatore, ma anche i corrispettivi per i Certificati Verdi venduti, al netto delle somme sottratte per i Certificati Verdi acquistati e quelle sottratte per far fronte alle proposte di acquisto presenti nel *book* di negoziazione, ma non ancora abbinate.

Conclusa la sessione sarà il G.M.E. ad effettuare il pagamento nei confronti dell'acquirente, ed è il G.M.E. a ricevere il pagamento per i Certificati venduti in ragione della sua funzione di mandatario nel mercato in esame (si veda Cap. 4)

Solo al termine delle transazioni il G.M.E. dà mandato al G.S.E. di procedere al trasferimento dei Certificati dal Conto proprietà del venditore a quello dell'acquirente.

Per l'attività svolta naturalmente il G.M.E. riceve un corrispettivo per ogni titolo commercializzato, determinato annualmente dallo stesso gestore.

4. — *Il problema del momento di perfezionamento del contratto di compravendita dei Certificati verdi*

Solo dopo aver verificato la correttezza dell'operazione di compravendita, ossia accertato l'avvenuto pagamento nelle modalità indicate nell'art. 93 Decreto ministeriale 14 marzo 2003, – sia nel caso dei contratti bilaterali che dei conti di proprietà vincolati – si trasferiscono i Certificati Verdi da un conto all'altro mediante annotazione.

In realtà i contratti di compravendita dei Certificati Verdi si perfezionano al momento dell'incontro della domanda ed offerta, non in seguito all'annotazione del G.S.E sul registro. La verifica che compiono le autorità ha la sola funzione di certificare e rendere controllabili i pagamenti, molti dei quali avvengono tramite l'intervento del G.S.E., proprio per conto dell'operatore ed in ragione dei depositi in conto prezzo sul conto proprietà.

Il contratto di vendita dei Certificati Verdi è un contratto a prestazione corrispettiva ed ad effetto reale. L'incontro delle volontà degli operatori del mercato elettrico è sufficiente al trasferimento della proprietà. Tale dato è confermato dalla presenza della previsione nell'art. 88 Decreto ministeriale cit. Il testo della legge sembra permettere che l'acquirente del mercato controllato dal G.S.E.⁽²²⁴⁾ possa disporre da subito dei Certificati Verdi acquistati senza bisogno di rinvii ed adempimenti successivi. La norma prevede, infatti, che gli operatori possano immettere proposte di vendita nel mercato solo limitatamente ai certificati che sono già iscritti nel conto proprietà del registro tenuto dal G.S.E., nonché gli eventuali certificati che sono stati già accertati nella stessa sessione di contrattazione⁽²²⁵⁾. La proprietà dei Certificati Verdi, quindi, si trasferisce al momento dell'incontro tra la domanda e l'offerta quando è consentito all'operatore di vendere i certificati acquistati durante la medesima sezione.

Si è affermato, allora, che solo in detta ipotesi i Certificati Verdi entrano con effetto immediato e cioè sin dal momento della transazione nel patrimonio dell'operatore acquirente, ma che al contrario – fuori da questa ipotesi – questo non accada. In questo senso si afferma che l'annotazione che compie il G.M.E. abbia funzione costitutiva del contratto.

⁽²²⁴⁾ Gestore dei Servizi Energetici, G.S.E. S.p.a, già G.R.T.N., Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.A.

⁽²²⁵⁾ Art. 88 D.M. 14 marzo 2003 cit.

In realtà, non sarebbe possibile ammettere due regimi diversi per uno stesso contratto che si verifica nello stesso contesto controllato e con le medesime modalità.

L'effetto traslativo nel contratto di compravendita dei Certificati Verdi si è già verificato con il consenso al contratto. Questo è tanto più vero se in alcuni casi è lo stesso G.M.E. ad effettuare i pagamenti per conto dell'acquirente, qualora l'autorità non riceva la segnalazione ad opera della dell'operatore venditore, dell'eventuale mancato ricevimento del pagamento dall'operatore acquirente. Ricorre in questo caso l'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 93 Decreto ministeriale cit.

Il G.M.E., quindi, certifica soltanto l'avvenuto pagamento ed in seguito permette l'annotazione, ma quest'ultima assume solo la funzione di pubblicità dichiarativa.

Diversamente non potrebbe essere. Il Gestore ha, infatti, la funzione di annullare la transazione nei casi in cui l'operatore non effettui il pagamento o non invii al G.M.E. copia di attestazione dell'avvenuto pagamento nelle modalità e nei termini di cui al comma 4 dell'art. 93 cit.

Il Gestore, quindi, non potrebbe annullare un acquisto che non si è ancora verificato.

CAPITOLO SESTO

IL CONTRATTO BILATERALE DI COMPRAVENDITA DEI CERTIFICATI VERDI

SOMMARIO: 1. I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato. — 1.1. (segue) I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato. Adempimenti e condizioni. — 2. Clausole standardizzate nei contratti bilaterali di compravendita dei Certificati Verdi. — 2.1. Clausola di legittimazione a contrarre. — 2.2. Clausole che disciplinano i meccanismi di trasferimento dei Certificati Verdi. — 2.3. Clausole penali e Clausole di garanzia. — 2.4. Condizioni risolutive del contratto.

1. — I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato

La negoziazione fuori del Mercato elettrico viene definita come bilaterale. L'art. 2, punto f, del P.B.C.V. (Piattaforma di Registrazione delle Transazioni Bilaterali dei Certificati Verdi) definisce transazione bilaterale «l'operazione di acquisto o di vendita di Certificati Verdi, conclusa al di fuori del mercato dei Certificati Verdi organizzato e gestito dal G.M.E.».

In realtà è necessario fare qualche puntualizzazione intorno al significato di tale espressione, perché questa parola è dallo stesso legislatore utilizzata impropriamente rispetto ai contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato elettrico.

Ed invero l'art. 2, 9° comma, del Decreto Lgs. n.79 del 1999 definisce bilaterali i contratti di fornitura di servizi elettrici tra due operatori del mercato. L'articolo in esame fornisce le informazioni ne-

cessarie di quando si può parlare di contratti bilaterali: da un lato, le parti dei contratti devono essere due operatori del mercato e dall'altro devono avere come oggetto servizi elettrici⁽²²⁶⁾.

Ed invero la nozione di contratto bilaterale è piuttosto ampia comprendendo in essa anche i contratti con i c.d. «clienti idonei», ossia le persone fisiche o giuridiche che hanno la possibilità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi fornitore di propria scelta (produttore, distributore, grossista).

Ai sensi delle disposizioni della legge n. 239/2004, dal 1° luglio 2004 hanno diritto alla qualifica di cliente idoneo tutti i clienti finali non domestici. Al 1° luglio 2007, comunque, tutti i clienti finali sono idonei⁽²²⁷⁾: «a partire dal 1° gennaio 2005 i clienti idonei hanno diritto ad acquistare energia direttamente in borsa»⁽²²⁸⁾.

In ragione delle caratteristiche indicate sembra che il contratto di compravendita dei Certificati Verdi non sia definibile propriamente come bilaterale. Quest'ultimo ha ad oggetto il Certificato Verde che come bene mobile non è direttamente riconducibile al concetto di fornitura di servizio elettrico. Il significato di servizio elettrico, che non viene definito dalla normativa, si può cercare di desumere dalle diverse sentenze che la giurisprudenza ha pronunciato sul tema, soprattutto relative del risarcimento del danno in caso di sua interruzione⁽²²⁹⁾.

Il concetto di «servizio elettrico» si può desumere, poi, ricostruendolo – come fa la Corte dei Conti in una sua sentenza del 2006 – qua-

⁽²²⁶⁾ Si veda M. FALCIONE, *I contratti del Mercato elettrico*, Roma, 2003, p. 29.

⁽²²⁷⁾ Decreto ministeriale 14 dicembre 2006 (G. U. n. 1 del 2 gennaio 2007).

⁽²²⁸⁾ <http://www.mercatoelettrico.org/It/Tools/Glossario.aspx#clienteidoneo>.

⁽²²⁹⁾ Si veda Tribunale di Nocera Inferiore, 10 gennaio 2008, con commento di E. GIOVANARDI, *Responsabilità del distributore per black out elettrico e fastidio da inadempimento*, in *Corr. Merito*, 5, 2008, p. 565 ss; F. ROSSETTI, *I danni derivanti da black out di energia elettrica e la responsabilità dell'ente erogatore*, in *Resp. civ. e previdenza*, 11, 2007, p. 227 ss.

le servizio costituito da una sommatoria di alcune delle attività che in esso sono comprensibili: se quelle «di produzione e distribuzione di energia elettrica sono ormai completamente liberalizzate (in virtù degli artt.8 e 9 del Decreto Lgs. 16 marzo 1999, n. 79), [e] la trasmissione della stessa è affidata ad un soggetto pubblico, il GRTN. (...) [allora] le (...) attività ancora connesse al servizio (...) rimangono quelle di produzione e distribuzione di energia elettrica, entrambe svolte, in un contesto concorrenziale»⁽²³⁰⁾.

Il servizio elettrico è allora un insieme di attività connesse all'erogazione, fornitura, trasporto, dispacciamento di energia elettrica che nei rapporti con gli utenti finali «ha rilevanza costituzionale (artt. 42 e 43 Cost) e rientra tra i servizi pubblici essenziali per la collettività, regolati, nei principi fondamentali»⁽²³¹⁾ in quanto pubblico servizio⁽²³²⁾.

Il Certificato Verde contiene un impegno d'adempimento, ma non realizza in sé nessuna delle attività ricordate.

È la natura di bene autonomo del Certificato Verde che fa del negozio giuridico con cui circola un contratto che non può essere definito bilaterale in senso proprio.

⁽²³⁰⁾ Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, in *www.cortedeiconti.it*.

⁽²³¹⁾ Giudice di pace Caserta, sentenza del 27 giugno 2005, in *www.iussit.it*; significativamente T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 12 maggio 2009, n. 257, in *Altalex massimario*, il quale statuendo sul diniego di imposizione di servitù di elettrodotto, ricorda come le attrezzature e gli impianti relativi alla rete elettrica costituiscono opere di interesse generale, ai fini di cui all'art. 3 della L. n. 166/2002, e le stesse sono funzionali allo svolgimento di un pubblico servizio (v. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 giugno 2003 n.2359, in *Leggi d'Italia*), sì da risultare irrilevante il numero dei fruitori del singolo impianto, che, per il solo fatto di concorrere all'esercizio del servizio elettrico, reca in sé le caratteristiche dell'opera di pubblico interesse.

⁽²³²⁾ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994.

1.1. — *(segue) I contratti di compravendita dei Certificati Verdi fuori del Mercato organizzato. Adempimenti e condizioni*

I contratti di compravendita dei Certificati Verdi negoziati fuori dal Mercato organizzato dal G.M.E. devono, in ogni caso, essere registrati sulla Piattaforma informatica denominata Piattaforma di Registrazione delle Transazioni Bilaterali dei Certificati Verdi (P.B.C.V.). La registrazione è anche strumento di regolarizzazione delle transazioni sui Certificati che sono avvenute secondo quanto stabilito proprio dal Regolamento⁽²³³⁾.

Solo coloro che sono qualificati come operatori nel Mercato organizzato dal G.M.E. possono ottenere l'iscrizione al P.B.C.V.

Il riconoscimento viene effettuato dal G.M.E. ai sensi dell'art. 11 e dell'art. 12 del P.B.C.V.

La registrazione potrà avvenire mediante la compilazione degli appositi moduli che sono disponibili del sistema informatico della Piattaforma stessa. Ad ogni registrazione è quindi assegnato un codice alfanumerico.

Il venditore dovrà inserire una richiesta che contenga l'indicazione del numero dei certificati oggetto della stessa, il loro anno di validità, nonché la denominazione dell'operatore acquirente.

I contratti conclusi tra operatori iscritti al P.B.C.V. non hanno come controparte il G.M.E., ma la negoziazione avviene direttamente tra gli operatori stessi (art. 19 P.B.C.V.).

Il valore della contrattazione dei Certificati Verdi è stabilito nelle D.F.T.

I Certificati Verdi che possono essere oggetto di contrattazioni sono quelli che risultano ancora validi dopo le verifiche effettuate ai sensi dell'art. 7 del Decreto del Ministero delle attività produt-

⁽²³³⁾ Si veda l'art. 12, comma 3, del Decreto ministeriale 18 dicembre 2008.

tive e dell'ambiente e Tutela del territorio del 24 ottobre 2005⁽²³⁴⁾.

Le sezioni di contrattazione avvengono da gennaio a marzo una volta la settimana. I mesi successivi invece le stesse avvengono almeno una volta al mese.

2. — *Clausole standardizzate nei contratti bilaterali di compravendita dei Certificati Verdi*

I negozi in esame non hanno una formula prestabilita: sono contratti di compravendita regolati dal codice civile, hanno per oggetto

⁽²³⁴⁾ V. Art. 7 - *Bollettino annuale e sistema informativo*. 1. Il Gestore della rete pubblica con cadenza annuale un bollettino informativo, con l'elenco degli impianti in esercizio, in costruzione e in progetto con qualifica, di cui agli articoli 3 e 4, vigenti, e dei certificati verdi emessi. Il bollettino annuale contiene, inoltre, dati statistici aggregati, in ogni caso non collegabili al singolo produttore, sugli impianti, sulla rispettiva potenza, sulla produzione energetica effettiva verificata dal Gestore della rete, sui controlli effettuati, e sulle verifiche effettuate. Per gli impianti in costruzione e in progetto, il bollettino riporta i dati di potenza e di producibilità attesa, dichiarata dal produttore. Il bollettino riporta altresì notizie utili a supportare il corretto funzionamento delle contrattazioni dei certificati verdi. 2. Il Gestore della rete organizza un sistema informativo sugli impianti di cui al presente decreto e ne rende disponibile l'accesso al Ministero delle attività produttive, al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, alle regioni e province autonome, all'Autorità per l'energia elettrica e il gas e all'Osservatorio di cui all'articolo 16 del Decreto lgs. n. 387/03. Il sistema informativo include i dati necessari per verificare il conseguimento degli obiettivi di cui alla delibera adottata dal Comitato interministeriale per la programmazione economica ai sensi dell' articolo 2, comma 1, della legge n. 120, 1° giugno 2002, e alle relazioni richiamate all' articolo 3, comma 4, del Decreto lgs. n. 387/03. Il sistema informativo include altresì dati aggregati, non riconducibili ai singoli produttori, di accesso libero. 3. In ogni caso, a garanzia della stabilità del mercato, il sistema informativo dovrà altresì includere l' indicazione, sulla base dei dati in possesso del Gestore della rete, dell' andamento dei prezzi dei certificati verdi relativi agli impianti di cui all'articolo 3, comma 7, della legge n. 481, 14 novembre 1995, entrati in esercizio in data successiva al 1° aprile 1999, per i successivi otto anni. Con cadenza annuale il Gestore della rete trasmette ai Ministeri delle attività produttive e dell'ambiente e della tutela del territorio una relazione sulle attività eseguite in attuazione del presente decreto.

beni mobili e come tali possono essere realizzati nella maniera in cui meglio soddisfano l'assetto degli interessi che le parti intendono conseguire.

Dal contratto dovrà comunque risultare quanto è necessario per procedere alla registrazione sulla Piattaforma.

In questi anni di operatività di detto mercato si è sviluppata la tendenza ad utilizzare alcune clausole contrattuali che vengono riportate in questa tipologia di contratti seppur quest'ultimi, si ripete, possono essere liberamente determinati dalle parti nel rispetto della causa del contratto di compravendita.

2.1. — *Clausola di legittimazione a contrarre*

Come accennato, anche i contratti stipulati fuori dal mercato regolato dal G.M.E. devono essere conclusi da operatori qualificati dalla normativa di settore. Questi saranno pertanto coloro che hanno effettuato la richiesta di accreditamento alla partecipazione al Mercato presso il G.M.E. Saranno allora controparti del contratto di compravendita, il G.S.E., i produttori nazionali ed esteri, gli importatori di energia elettrica o all'ingrosso, ma anche le associazioni di consumatori o di gruppi di utenti, associazioni ambientali e sindacati⁽²³⁵⁾. Gli stessi soggetti che per essere ammessi al mercato hanno presentato un'apposita domanda, al G.M.E., corredata dalla documentazione richiesta (v. Cap. 4).

Di fronte alla necessità che i contraenti siano qualificati o qualificabili come operatori si stabiliscono nei contratti in esame clausole di nullità del negozio di compravendita relativo ai Certificati Verdi.

⁽²³⁵⁾ Questi soggetti si individuano attraverso il riferimento che compie l'art. 82 della «Disciplina» che parla di «formazioni associative di cui all'articolo 2, comma 23, primo periodo, della legge n. 481, 14 novembre 1995».

In realtà una tale previsione nel contratto in esame è una clausola non validamente posta. La nullità o meno di un contratto è, infatti, sottratta alla libera disponibilità delle parti. Non si può stabilire per volontà dei contraenti quando un contratto possa o meno qualificarsi come nullo⁽²³⁶⁾. La presenza di clausole con questo tenore è priva di ogni fondamento giuridico.

Cosa diversa è interrogarsi, facendo ricorso alle norme generali sul contratto, sul significato che ha in questo tipo di negozio la mancanza della qualifica di operatore.

Un contratto concluso con chi non è operatore è un negozio stipulato con chi ha un vero e proprio difetto a contrarre.

La transazione non potrà essere validata, in quanto non è registrabile nella Piattaforma una compravendita che non contenga l'identificazione dell'operatore, avendo la registrazione anche il significato di consentire i controlli da parte del G.M.E. *ex art. 15 P.B.V.C.*

Si tratterà di valutare, allora, che significato ha sul piano delle invalidità civili la stipula di un contratto bilaterale di compravendita dei Certificati Verdi da parte di chi non ha la qualifica di farlo *ex art. 11 e 12 P.B.V.C.*

Sul piano della disciplina del Mercato elettrico semplicemente il contratto bilaterale non sarebbe registrabile. Il G.M.E. ai sensi degli artt. 22 e 23 P.B.C.V, per valutare la congruità e la validità delle richieste di registrazioni, controlla sempre se l'operatore non è stato sospeso dal mercato. Nell'ipotesi in cui l'operatore non abbia mai avuto la qualifica di operatore sicuramente il G.M.E. non procederà alla registrazione.

⁽²³⁶⁾ Sul numero chiuso delle cause di nullità del contratto si veda anche Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in *Leggi d'Italia*, in conforme Cons. St., VI, 13 giugno 2007, n. 3173, in *Bollettino legisl. Tecnica*, 2007, 9, p. 768; si veda anche, 26 novembre 2008, n. 5845, in *www.dirittoamministrativo.it*.

La registrazione però non ha natura costitutiva del rapporto come in precedenza evidenziato (v. Cap. 4, *par.*).

Nell'ipotesi di un contratto concluso da chi non è operatore del Mercato elettrico non saremmo comunque innanzi ad una semplice annullabilità del negozio per la mancanza di qualifica della parte.

Il dato che il contraente non abbia, o non abbia ottenuto dal G.M.E. il riconoscimento della qualifica non può essere considerato come errore essenziale *ex art.* 1429 c.c. In questo caso, infatti, non saremmo innanzi ad un errore sull'identità o su altre qualità del contraente che se non essenziali non hanno alcuna rilevanza sul negozio stesso⁽²³⁷⁾. Qui siamo innanzi ad una situazione oggettiva che caratterizza il contraente, in ragione della quale il contratto non può essere stipulato.

Non si verifica, inoltre, nell'ipotesi dei contratti di compravendita dei Certificati Verdi, la necessità di tutelare l'affidamento della controparte del contratto sulla sua validità e più in generale sulla sicurezza nella circolazione dei beni⁽²³⁸⁾. Nel caso in esame semplicemente non si possono negoziare Certificati Verdi se non si è operatori.

Tale dato oggettivo implica altresì che il contratto non è semplicemente annullabile anche qualora il contraente senza qualifica avesse con dolo *ex art.* 1429 c.c.⁽²³⁹⁾ (foss'anche omissivo) indotto l'altra parte a contrarre.

⁽²³⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 1° luglio 1997, n. 5900, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3217, per cui: «la rilevanza dell'errore, come causa di annullamento del negozio, è caratterizzata dal duplice profilo della sua essenzialità e della riconoscibilità, intesa, quest'ultima, come capacità di rilevazione di esso da parte di una persona di media intelligenza, in relazione sia alle circostanze del contratto che alla qualità dei contraenti. A tale riconoscibilità è legittimamente assimilabile, *quoad effectum*, la concreta ed effettiva conoscenza dell'errore da parte dell'altro contraente, attesa la *ratio* della norma di cui all'art. 1341 c.c., volta a tutelare il solo affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione negoziale viziata nel processo formativo della sottostante determinazione volitiva».

⁽²³⁸⁾ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 323.

⁽²³⁹⁾ Cfr. Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Dir. e giust.*, 2005, p. 21.

L'esclusione delle fattispecie di annullamento del contratto discende anche dalla semplice riflessione per cui se nel termine di cinque anni dalla stipula del contratto o dalla scoperta del dolo o dell'errore essenziale non viene promossa alcuna azione di annullamento, il contratto stabilizzerebbe i suoi effetti. Nel caso nel contratto di compravendita dei Certificati Verdi con il decorso di cinque anni alcun effetto in realtà si produrrebbe, e quindi si stabilizzerebbe, essendo un contratto stipulato da parte di chi non aveva titolo di farlo.

Si pone comunque il problema delle conseguenze tra le parti per il negozio di compravendita in ragione dell'inidoneità di una di esse ad essere parte di quel contratto⁽²⁴⁰⁾.

Si pone semmai il problema se la violazione di norme che sono contenute in un Decreto ministeriale di natura non regolamentare diano o meno luogo ad una nullità ex art. 1418, 1° comma, c.c. per violazione di una norma imperativa; ovvero invece nel caso di specie siamo innanzi ad un contratto nullo per difetto di causa con violazione del combinato disposto degli articoli 1325, comma 1, n. 2, e 1418, comma 1, del codice civile; oppure ancora siamo innanzi ad un contratto inesistente.

L'ipotesi in questione sembra assimilabile a quella di un contratto, ad esempio, stipulato con un soggetto che per svolgere l'attività dedotta nello stesso debba essere iscritta ad un apposito albo per cui si pone il problema se anche per la violazione della norma che

⁽²⁴⁰⁾ Specificatamente si parla di carenza di legittimazione a contrarre nei rapporti con la P.A., che non è naturalmente il caso in esame. Come precisa Cass., sez. lav., 18 novembre 2003, n. 17464, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 3, p. 312: «il concetto di "legittimazione a contrarre" è stato elaborato dalla giurisprudenza per dare conto di quelle ipotesi (...) in cui l'ordinamento richiede al soggetto che agisce per la P.A., perché possa validamente o efficacemente compiere un determinato atto, un potere di disposizione in relazione ad una particolare situazione giuridica, onde il difetto di legittimazione ai contrarre (che, incidendo sulla validità del contratto, ne determina l'annullabilità per difetto di uno dei presupposti negoziali)».

stabilisce di partecipare al Mercato elettrico sia necessario assumere la qualifica di operatore sia o meno posta a tutela di principio di ordine pubblico. Il riferimento è l'art. 82 della Disciplina del Mercato elettrico.

La nullità del contratto in questo caso discenderebbe direttamente dall'art. 1418, 1° c., c.c., disciplinante il caso nel quale «alla violazione di precetti imperativi non si accompagna una previsione espressa di nullità».

Il caso in esame specificatamente non sembra rientrare in nullità virtuale per violazione di norme di comportamento – nullità intorno alla quale si nutrono i dubbi della dottrina e della giurisprudenza – quanto in una nullità collegata alla violazione di un divieto di contrarre che discende da una riserva di attività. L'applicabilità dell'art. 1418, 1° c., c.c., che disciplina i casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagna una previsione espressa di nullità, non sembra estendibile all'ipotesi di violazione delle norme di comportamento stabilite in singole discipline di settore, soprattutto legate alle numerose discipline che devono essere rispettate da chi offre servizi o prodotti sul mercato, quanto a «riserve di attività» a favore dei soggetti autorizzati.

La giurisprudenza nel tempo sembra aver distinto tra una possibile nullità virtuale conseguente alla violazione dei divieti soggettivi di contrarre⁽²⁴¹⁾ e una sanzione della violazione delle norme di comportamento, che invece non sarebbe idonea ad integrare la fattispecie di nullità di cui all'art. 1418, 1° c., c.c.. Si afferma sul punto che «le norme di comportamento non possono essere valutate alla stregua di un divieto di contrarre e non possono pertanto identificarsi con «il

⁽²⁴¹⁾ Cass., 18 luglio 2003, n. 11247, in *Foro it.*, 2004, p. 527; Cass., 18 luglio 2002, n. 10427, in *Giust. Civ. Mass.* 2002, p. 1265; Cass., 15 dicembre 2000, n. 15849, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 2609; Cass., 4 novembre 1994, n. 9063, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1995, p. 818.

contratto» cui si riferisce l'art. 1418, 1° c., c.c.»⁽²⁴²⁾.

Suffraga l'ipotesi riferita anche la possibilità che la disciplina del caso in esame si possa far discendere dalla previsione di cui all'art. 2231 c.c. che prevede come «quando l'esercizio di una attività professionale è condizionato all'iscrizione in un albo o elenco, la prestazione eseguita da chi non è iscritto non gli dà azione per il pagamento della retribuzione». La norma in ultimo richiamata nasce per la regolamentazione delle prestazioni professionali intellettuali, ma da tempo di essa si è estesa l'applicazione ad attività quali l'intermediazione finanziaria, l'attività di mediazione e l'attività di agenzia. Il divieto che discende dall'art. 2231 c.c. è nella duplice direzione di vietare lo svolgimento dell'attività in questione da parte di chi non ha i requisiti dell'iscrizione ed il divieto della stipula dei contratti che sono ricompresi in quella attività. Si ritiene infatti che la formula dell'art. 2231 c.c. relativa all'impossibilità dell'azione per il pagamento della retribuzione non costituisca un ostacolo alla qualificazione del negozio in termini di nullità. Essa sarebbe finalizzata solo ad escludere che il professionista possa esercitare oltre all'azione contrattuale anche le azioni di ripetizione e di ingiustificato arricchimento⁽²⁴³⁾.

La nullità del contratto ex art. 1418, 1° c., c.c. fa salva in ogni caso la possibilità del contraente di un'azione agire confronti dell'altro non abilitato dal G.M.E. collegata alla responsabilità extracontrattuale.

È diversa invece la situazione in cui colui che è operatore perda, anche in seguito ai controlli del G.M.E. la sua qualifica, per fatti non imputabili alla responsabilità dell'operatore. Questo fatto, ovvero

⁽²⁴²⁾ V. MARICONDA, *Prestazione professionale del praticante avvocato e nullità del contratto*, in *Corriere Giur.*, 2007, 5, p. 627, in commento alla Cass. 19 febbraio 2007, n. 3740.

⁽²⁴³⁾ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p.141 ss.

il provvedimento del G.M.E., rende totalmente impossibile la prestazione che costituisce l'obbligazione fondamentale del contraente. In ragione, allora, del combinato disposto degli articoli 1256 e 1463 c.c., l'obbligazione del soggetto la cui prestazione è divenuta, per causa a lui non imputabile, definitivamente impossibile, si estingue, con conseguente scioglimento del contratto senza necessità di non esplicito atto di recesso delle parti⁽²⁴⁴⁾.

2.2. — *Clausole che disciplinano i meccanismi di trasferimento dei Certificati Verdi.*

La consegna dei Certificati negoziati avviene tramite la piattaforma P.B.C.V.. Per tale ragione è invalsa l'abitudine di inserire nei contratti bilaterali clausole nelle quali non solo si dichiara la reciproca legittimazione ad operare nella piattaforma e la titolarità di conti proprietà, ma soprattutto si disciplina il meccanismo di scambio dei Certificati. Si disciplina solitamente anche il termine o la data entro la quale lo scambio dovrà essere effettuato.

Al superamento di questo termine sono legate in genere previsioni di penali (v. *infra* par. 2.3).

Queste clausole contribuiscono a determinare il contenuto del regolamento del negozio perché evidenziano alcune caratteristiche dell'affare relativo allo scambio di Certificati Verdi che i contraenti hanno voluto realizzare e di cui il contratto in esame è pertanto strumento giuridico della sua realizzazione⁽²⁴⁵⁾.

⁽²⁴⁴⁾ Cass., 5 agosto 2000, n. 10322 in *Mass. giust. it.*, 2000.

⁽²⁴⁵⁾ Riporta il significato proprio di clausola contrattuale G. SICCHERIO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003.

2.3. — *Clausole penali e Clausole di garanzia*

Al fine di garantire l'esatta esecuzione dei contratti nei quali si negoziano Certificati Verdi, come anticipato, si è soliti inserire clausole penali a carico del venditore che non garantisca nei termini e nelle modalità indicate i certificati negoziati.

Anche nel contratto di compravendita dei Certificati Verdi, quindi, l'inserimento di una clausola penale svolgerà la funzione di garantire, in caso di inadempimento delle obbligazioni previste dal contratto, che la parte resasi inadempiente sia tenuta ad una prestazione nei confronti dell'altra, in cui la penale svolge la funzione di liquidazione preventiva e convenzionale del danno. Per la parte acquirente dei Certificati Verdi in caso di inadempimento, in ragione della presenza di questa clausola, non sarà necessario dimostrare l'entità o l'esistenza del danno⁽²⁴⁶⁾, così come procedere alla messa in mora il venditore⁽²⁴⁷⁾.

La clausola penale, oltre che un effetto risarcitorio, avrà anche una funzione sanzionatoria della condotta del venditore⁽²⁴⁸⁾.

Essa svolge una funzione significativa anche per il debitore che potrà contare così su una limitazione del *quantum* del risarcimento, qualora non sia stato convenuto il risarcimento per un danno ulteriore⁽²⁴⁹⁾.

La giurisprudenza la qualifica come un patto accessorio di un contratto che «ha una duplice funzione: una coercitiva all'adempimento

⁽²⁴⁶⁾ Cass., 4 marzo 2005 n. 4779, in *Contratti*, 1, 2006, p. 5, C. CAVAJANI, nota di, *Clausola penale e termine di adempimento*.

⁽²⁴⁷⁾ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001, p. 632.

⁽²⁴⁸⁾ Cass., 26 giugno 2002, n. 9295, in *Giur. it.*, 2003, p. 450 ss.

⁽²⁴⁹⁾ A. M. BENEDETTI, *Clausole penali e confirmatorie*, in A.A. V.V., *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, p. 703.

e un'altra risarcitoria del danno conseguente all'adempimento»⁽²⁵⁰⁾.

Nella redazione della clausola si dovrà tenere conto che l'entità stabilita come penale non potrà essere irrisoria, altrimenti si potrebbe incorrere nel divieto di cui all'art. 1229 c.c., come del pari essere manifestamente eccessiva. In quest'ultimo caso il giudice potrebbe intervenire per ridurla⁽²⁵¹⁾. Questa ipotesi contenuta nell'art. 1384 c.c. è qualificata dalla giurisprudenza norma inderogabile, per cui sarebbe affetta da nullità la clausola contrattuale con cui le parti eventualmente ne escludessero l'operatività⁽²⁵²⁾.

Possono, invece, essere inserite clausole di manleve e garanzie a favore dell'operatore acquirente per il caso in cui i Certificati acquistati non siano idonei a soddisfare l'obbligo per il quale si è proceduto all'acquisto e per gli anni previsti. Potranno essere inserite anche clausole di garanzia per tenere indenne l'acquirente rispetto ad azioni di rivendica che possono essere poste in essere da colui che si reputa proprietario del bene in questione⁽²⁵³⁾.

2.4. — *Condizioni risolutive del contratto*

Nei contratti bilaterali dei Certificati Verdi si tende ad inserire clausole legate al verificarsi di situazioni che alterano le condizioni

⁽²⁵⁰⁾ Cass. 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 488.

⁽²⁵¹⁾ Ritiene che il giudice possa ridurre d'ufficio la penale manifestamente eccessiva Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005 n. 18128, in *Giur. it.*, 2006, 12, c. 2279, conforme Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Guida al diritto*, 2003, 45, p. 76; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929. Ritiene invece che debba essere sollevata dalla parte interessata Cass., sez. III civ., sent. 27 ottobre, 2000, n. 14172 in *Foro it.*, 2001, 2924; Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 2138.

⁽²⁵²⁾ Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro Pad.*, 1996, I, p. 281.

⁽²⁵³⁾ R. DI PRIMIO, M. MAZZI, *I mercati energetici delle fonti rinnovabili*, in G. BONARDI, C. PATRIGNANI (a cura di), *Prodotti energetici. Ambiente e fisco*, 2009, p. 432.

iniziali per le quali si è deciso di contrarre. Si prevede usualmente che il verificarsi di novelle normative od amministrative tali da rendere non più economicamente vantaggioso ed economicamente appetibile partecipare al mercato dei Certificati Verdi, possano legittimare le parti a sciogliere il contratto.

Al verificarsi di tali eventi il contratto si risolverebbe espressamente e le parti non incorrerebbero in nessuna ipotesi di responsabilità.

Si è soliti inquadrare queste previsioni contrattuali come fattispecie integranti clausole risolutive espresse⁽²⁵⁴⁾.

Nel caso richiamato non siamo, però, affatto innanzi ad una clausola risolutiva espressa perché quest'ultima realizza uno strumento attraverso il quale il codice civile attribuisce al creditore di un'obbligazione nascente da contratto la possibilità, in autotutela, di risolvere secondo il proprio giudizio un contratto, potendo invero le parti stabilire espressamente che il negozio tra di loro intercorrenti si sciogla «nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite»⁽²⁵⁵⁾.

Per la configurabilità della clausola risolutiva espressa le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate⁽²⁵⁶⁾.

La risoluzione di diritto del contratto conseguente all'applicazione di una clausola risolutiva espressa postula non soltanto la sussistenza,

⁽²⁵⁴⁾ R. DI PRIMIO, M. MAZZI, *I mercati energetici delle fonti rinnovabili*, cit., p. 432.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. art. 1456 c.c.

⁽²⁵⁶⁾ Cass., 26 luglio 2002, n. 11055, in *Contratti*, 2002, 12, p. 11055, la quale prosegue affermando che costituisce: «clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto, Con la conseguenza che, in tale ultimo caso, l'inadempimento non risolve di diritto il contratto, sicché di esso deve essere valutata l'importanza in relazione alla economia del contratto stesso, non essendo sufficiente l'accertamento della sola colpa, come previsto invece in presenza di una valida clausola risolutiva espressa».

ma anche l'imputabilità dell'inadempimento. La pattuizione di tale modalità di scioglimento dal contratto, infatti, pur eliminando ogni necessità di indagine in ordine all'importanza dell'inadempimento, non incide, per converso, sugli altri principi regolatori dell'istituto della risoluzione, né, in particolare, configura un'ipotesi di responsabilità senza colpa. Difettando allora il requisito della colpevolezza dell'inadempimento, la risoluzione non si verifica né, di conseguenza, può in alcun modo essere legittimamente pronunciata⁽²⁵⁷⁾.

Queste brevi considerazioni da sole sono sufficienti a dire come innanzi alla clausola in esame non si è alla presenza di una clausola risolutiva espressa, quanto semmai di una clausola in cui si individua l'impossibilità sopravvenuta di proseguire il rapporto contrattuale.

Infatti l'evento o gli eventi dedotti nella clausola che di solito viene inserita nei contratti bilaterali in esame non sono dipendenti dalla condotta degli obbligati dal contratto. Sono infatti totalmente rimessi alla discrezionalità del legislatore o della pubblica amministrazione.

La clausola risolutiva espressa rappresenta una sanzione per il caso di inadempimento. Al contrario la condizione risolutiva, al pari di ogni condizione, costituisce un'autolimitazione della volontà, in quanto la parte o le parti perseguono un dato effetto contrattuale, subordinandolo tuttavia all'avveramento di un dato evento⁽²⁵⁸⁾. L'art. 1353 c.c. identifica la condizione con un evento «futuro ed incerto». Per evento si può intendere un accadimento naturale, umano, ma anche atti giuridici come contratti, sentenze ed atti amministrativi. In ogni caso l'evento non dovrà dipendere alla volontà dei contraenti⁽²⁵⁹⁾.

Nel caso in esame dipende dall'emanazione di provvedimenti legislativi o amministrativi il mutare delle situazioni che rendono econo-

⁽²⁵⁷⁾ Cass., 14 luglio 2000, n. 935, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 1550.

⁽²⁵⁸⁾ Cass., 7 gennaio 1982, n. 61, in *CED Cassazione*.

⁽²⁵⁹⁾ Per una valutazione in generale sul punto si veda ancora A. M. BENEDETTI, *La condizione ed il termine*, in A.A.V.V., *Il nuovo contratto*, Bologna, 2007, p. 728 ss.

micamente conveniente la prosecuzione del rapporto. Va ricordato come nel nostro ordinamento non è consentito, successivamente alla conclusione del contratto, la revisione di proporzione tra le prestazioni del rapporto negoziale solo perché lo stesso, alla stregua della legge, non risulti più conveniente. Non si può chiedere unilateralmente di riequilibrare il rapporto economico tra le prestazioni solo perché queste sono divenute meno convenienti.

Essendo quello dei Certificati Verdi di una compravendita, al verificarsi di tale ipotesi non potrà certo ricorrere la risoluzione per eccessiva onerosità periodica o continuata⁽²⁶⁰⁾. Nel caso del contratto di compravendita rimane fermo il principio generale dell'integrale addossamento degli oneri derivanti dall'eccessiva onerosità della prestazione, seppur discendente da cause non imputabili dal debitore come nel caso in cui l'evento sia determinato dall'intervento del legislatore o della P.A.

La presenza di una clausola del tenore ricordato è pertanto assolutamente necessaria nel contratto di compravendita dei Certificati Verdi per impianti attivi, rimanendo impossibile in questi casi il ricorso alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.

Nel caso in esame, però, l'evento dedotto nella clausola va qualificato come condizione risolutiva del contratto, non come clausola risolutiva espressa. In essa si deduce un'impossibilità di proseguire il rapporto, apposta volontariamente dalle parti. È bilaterale in quanto prevista a favore di entrambe le parti, sì che queste potranno decidere concordemente di non avvalersi degli effetti relativi. Il verificarsi della condizione risolutiva fa venir meno *ex tunc* gli effetti eventualmente prodotti dal contratto.

Tale dato può essere significativo rispetto all'ipotesi in cui la parte

⁽²⁶⁰⁾ Un'interessante analisi sulla rinegoziazione è di S. CERRI, *La rinegoziazione del contratto nell'esperienza europea*, in *Juripolis*, 2010, p.

onerata non proceda alla registrazione della transazione nella piattaforma.

Come ricordato a tal fine nel contratto vengono previste apposite clausole che disciplinano i tempi dell'adempimento e le sue modalità. Naturalmente questi avvengono in tempi diversi rispetto al momento della conclusione del contratto di compravendita. Nel superamento dei tempi da parte dell'onerato per la registrazione della transazione potrebbero verificarsi gli eventi risolutivi dedotti in condizione. Si potrà porre quindi il problema della rilevanza del comportamento del contraente rispetto all'inadempimento della prestazione della registrazione ed il conseguente diritto della parte adempiente ad ottenere in giudizio la risoluzione del contratto stesso. Tale possibilità rimane subordinata al mancato verificarsi dell'evento condizionante risolutivamente il contratto. La conseguenza sarà che avverandosi tale evento il venir meno dell'efficacia interinalmente prodotta dal contratto verrà meno *ex tunc*, precludendo al giudice eventualmente adito di prendere in considerazione le imputate inadempienze ai fini della domanda di risoluzione e di pronunciarsi sulla stessa. E ciò anche qualora la domanda di accertamento dell'avveramento della condizione risolutiva apposta al contratto sia stata avanzata in giudizio in via subordinata rispetto a quelle di risoluzione per inadempimento⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁶¹⁾ Cass. 4 agosto 1990, n. 7875, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, p. 8.

CAPITOLO SETTIMO

I NUOVI BENI

SOMMARIO: 1. La costruzione del mercato elettrico e la centralità del contratto. — 2. Knowledge-based Society ed immaterialità dei beni. — 3. Genesi e tutela dei beni immateriali tradizionali. Cenni. — 4. Certificati Verdi, informazioni, dati, ed altro: strumenti per una riflessione sulla nozione di bene giuridico immateriale. — 5. Considerazioni conclusive

1. — *La costruzione del mercato elettrico e la centralità del contratto.*

Le pagine che precedono questa riflessione conclusiva riflettono pienamente la centralità del contratto nella costruzione del mercato dei Certificati Verdi, anche se la tendenza – per quanto espresso nel primo capitolo del lavoro – sembra essere più generalizzata ed estesa a tutto il mercato delle fonti rinnovabili.

Il legislatore mostra una tendenza a delegare al contratto una funzione organizzatoria di cui lo stesso legislatore tende a fornire le sole linee di confine. Basti pensare al c.d. scambio da remoto. Il legislatore ha stabilito che per incentivare l'utilizzazione dell'energia elettrica prodotta con fonti rinnovabili, i comuni con popolazione fino a 20.000 residenti possono usufruire del servizio di scambio sul posto dell'energia elettrica prodotta, secondo quanto stabilito dall'articolo 2, comma 150, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, per gli impianti di cui sono proprietari di potenza non superiore a 200 kW. Ciò a copertura dei consumi di proprie utenze, senza tener conto tra l'altro dell'obbligo di coincidenza tra il punto di immissione e

il punto di prelievo dell'energia scambiata con la rete. Resta fermo il l'obbligo di pagamento degli oneri di rete⁽²⁶²⁾. A questa previsione lo stesso legislatore affianca la possibilità per i medesimi comuni di destinare aree appartenenti al proprio patrimonio disponibile alla realizzazione degli impianti per l'erogazione sia in «conto energia» che di «scambio sul posto» dell'energia elettrica prodotta. L'energia potrà essere così ceduta ai privati cittadini che intendono accedere agli incentivi in «conto energia» e sottoscrivere contratti di scambio energetico con il gestore della rete»⁽²⁶³⁾.

Ed invero è consentito avvalersi del meccanismo dello scambio sul posto anche collegando ad un medesimo punto di connessione diverse tipologie di impianti alimentati da fonti rinnovabili ovvero cogenerativi ad alto rendimento, la cui potenza nominale media annua complessiva non risulti superiore a 200 kW⁽²⁶⁴⁾.

I vantaggi del sistema ipotizzato dal legislatore sono enormi ed evidenti, ma la normativa nulla indica circa la realizzazione in concreto del meccanismo individuato. Saranno, allora, solo i rapporti contrattuali che si instaureranno tra l'amministrazione comunale, una società Esco e tra questa (o l'amministrazione comunale) ed i cittadini selezionati, a costruire prima e gestire poi, il meccanismo sopra richiamato.

Si attribuisce al contratto la funzione di realizzare un modello integrato per la produzione e la gestione di energia da fonti rinnovabili secondo le modalità di scambio da remoto con il diretto coinvolgimento dei cittadini. Si realizza così concretamente l'idea di ambiente

⁽²⁶²⁾ Cfr. L. 23 luglio 2009 n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, art. 27, comma 4, Misure per la sicurezza e il potenziamento del settore energetico.

⁽²⁶³⁾ Cfr. L. 23 luglio 2009 n. 99, Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia, art. 27, comma 21.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. Decreto ministeriale 18 dicembre 2008, art. 17, comma 3.

come categoria aperta al godimento dei cittadini attraverso la rimozione degli ostacoli giuridici e/o anche solamente fisici che rendono impossibile l'accesso alle energie pulite quali "bene comune" a tutti i cittadini, realizzando, nel contempo, principi di giustizia sociale e solidarietà.

Ma per far questo, poche sono le linee che il legislatore fornisce. Ci dice solamente chi può attuare il sistema ovvero i Comuni con popolazione fino a 20.000 residenti (art. 27, 4 c., L. n. 99/2009); con quale scelta operativa: lo scambio sul posto dell'energia elettrica prodotta (art. 27, 4 c., L. n. 99/2009) e/o erogazione in «conto energia» (art. 27, 21 c., L. n. 99/2009); a che condizione il Comune può attuarla, ossia facendo rimanere ferma la proprietà degli impianti. (art. 27, 4 c., L. n. 99/2009); nonché il fine costituito dalla copertura dei consumi di proprie utenze (art. 27, 4 c., L. n. 99/2009) e la cessione a privati cittadini che intendono accedere agli incentivi in «conto energia» e sottoscrivere contratti di scambio energetico con il gestore della rete (art. 27, 21 c., L. n. 99/2009); il rapporto con il Gestore dei Servizi Energetici, poi, potrà avvenire anche tramite un soggetto terzo mandatario.

Dentro questi pochi paletti l'intero sistema previsto dal legislatore deve essere interamente costruito solo facendo riferimento ad un complesso di incroci contrattuali.

Il legislatore europeo, così come quello italiano, affidano sempre più diffusamente al contratto la funzione di regolare mercati e settori di mercato.

Le norme di matrice europea, in particolare, impongono l'obbligo per gli Stati membri di abolire i diritti speciali o esclusivi e di dichiarare libere attività precedentemente riservate a monopoli statali.

Nel caso specifico del settore dell'energia elettrica, come riferito (Capitolo 1), lo smembramento dei monopoli verticalmente integrati del mercato dell'energia elettrica ha comportato la necessità di trova-

re nuove soluzioni per il coordinamento tra i diversi segmenti del settore. In ragione della mancanza del soggetto unico che gestiva l'intero mercato, gli strumenti utilizzati per mantenere l'equilibrio all'interno del sistema sono sempre più i rapporti contrattuali ed il loro coordinamento verticale. Naturalmente lo Stato, nonostante liberalizzazioni e rispetto delle regole di mercato, mantiene ancora l'interesse pubblico al sistema utilizzando strumenti privati per la sua organizzazione quali Autorità o società partecipate (ad esempio, il GSE).

Nei regolamenti dell'Unione Europea gli strumenti e le istituzioni di diritto privato sono in grado di contribuire al processo di integrazione in atto, spesso in modo più efficace che attraverso l'uso degli strumenti tradizionali del diritto pubblico. Così in Europa, a causa della varietà del sistema giuridico comunitario e dei sistemi giuridici degli Stati membri, la politica U.E. è rafforzata con l'*ausilium* degli strumenti tipici del diritto privato. L'Unione Europea si è caratterizzata per l'uso di nuovi modi di governare l'integrazione del mercato mediante risposte complementari ed alternative all'armonizzazione legislativa realizzata con strumenti istituzionali.

Diritto privato e pubblico possono essere viste come due distinte strategie di regolamentazione dell'Unione Europea e dei mercati nazionali. Tuttavia gli strumenti per correggere i fallimenti del mercato e per garantire l'ordine economico perseguito dall'Unione Europea, variano a secondo che l'azione sia svolta attraverso l'uso di norme pubblicistiche o di diritto privato. Così, la varietà di mezzi disponibili per raggiungere questi obiettivi – che vanno dai tradizionali strumenti di diritto pubblico, come la proprietà statale, autorizzazione, licenze accompagnate eventualmente da sanzioni amministrative o penali, a forme di regolazione che si basano su organismi semiprivati o agenzie indipendenti di regolamentazione, *standard* di fabbricazione o a controlli di mercato proprio attraverso forme di sperimentale autoregolamentazione mediante accordi volontari o contratti – stan-

no disegnano un quadro generale nel quale, soprattutto, si dovrebbe evitare conflitti, incoerenza o ridondanza tra approcci normativi⁽²⁶⁵⁾.

Il sistema dei Certificati Verdi è un esempio di questo approccio normativo. In effetti, i prodotti “verdi” sono trattati come beni pubblici impuri in quanto rappresentano anche per la letteratura un *mix* di caratteristiche pubblico/privato. D’altro canto, l’uso di strumenti privatistici può esporre il settore a possibili pressioni speculative che interessano in genere i segmenti di mercato in cui l’intermediazione finanziaria gioca un ruolo fondamentale, come è il caso di Certificati Verdi e rapporti di finanziamento che vi sono legati.

In ragione, infatti, del forte legame dei Certificati Verdi con un uso sostenibile dell’ambiente – e quindi con l’interesse pubblico – sarebbe sempre importante fornire un quadro normativo in grado di contrastare i possibili effetti negativi dell’eventuale malfunzionamento mercati. Questo vale in particolare per il segmento di mercato Certificati Verdi dei contratti bilaterali realizzati al di fuori del sistema di GSE, in cui i rischi di comportamenti opportunistici sono più alti, a causa del fatto che il contratto può soffrire sia *ex-ante* che *ex-post* per la sua incompletezza, aggravata se così si può dire, dalla sua natura atipica.

2.— *Knowledge-based Society ed immaterialità dei beni.*

Come si è visto nel precedente Capitolo 2, la legge italiana offre una definizione ambigua di Certificati Verdi. Nelle pagine che precedono ci si è occupati, pertanto, della natura giuridica di questi ultimi e sostenendo che essi debbano essere considerati come merci. Ciò

⁽²⁶⁵⁾ F. CAFAGGI, H. M. WATT, *The Regulatory Function of European Private Law*, Elgar, Cheltenham, Northampton, 2009, p. XIII.

significa che, nel sistema giuridico italiano, i contratti che li riguardano richiamano le norme della compravendita. Non si discute, invero, se stato preferibile qualificare i Certificati Verdi come titoli di credito o di merci: per esempio, nella prima ipotesi il sistema rimediale è meno complesso e più veloce che nella seconda ipotesi. So pone solo l'attenzione alla loro natura che come tale è capace di incidere sui rapporti contrattuali che li riguardano.

Il fatto poi, come già detto, che gli strumenti di diritto privato, inizialmente nati per regolare i rapporti interpersonali, sono ora anche nuovi strumenti per la realizzazione delle politiche europee e degli stati, porta con sé altre conseguenze sul piano della stessa struttura/natura degli strumenti di diritto privato "piegati" a questa nuova logica.

Naturalmente il fenomeno non è solo europeo, ma nel nostro piccolo casi come quello dei Certificati Verdi ci portano a dover svolgere una qualche riflessione almeno sull'applicabilità e la conciliabilità della categorie tradizionali del diritto privato a questa nuova realtà dei mercati contemporanei, sempre più svincolati dai luoghi dove la produzione avviene.

È inutile sottolineare come tutto ciò porti con sé delle complessità aggiuntive.

La realtà attuale costruisce invero (come è stato per i Certificati Verdi e analogamente si può dire per quelli c.d. Bianchi) beni immateriali che per caratteristiche non necessariamente coincidono con quelli che siamo stati abituati a pensare come tali. Il riferimento è a ciò che può essere oggetto di proprietà intellettuale.

La realtà contemporanea pone la necessità di una riflessione sulla nozione di bene in generale, così come su quella più specifica di bene immateriale.

La conoscenza in un sistema di mercato si produce anche mediante atti creativi ed inventivi. Nei diversi codici civili e nelle varie leggi speciali degli stati europei esiste naturalmente uno strumento di

tutela della creatività umana, la quale è sicuramente un atto di profondo conoscere. Questo è naturalmente la normativa sulla proprietà intellettuale.

La nozione di «conoscenza» che si sussume nella tutela della c.d. proprietà intellettuale è forse la più vicina alla nozione di «conoscenza» che attualmente informa il processo di integrazione dell'U.E., ma con essa totalmente non coincide⁽²⁶⁶⁾.

La nozione di «conoscenza» elaborata a Lisbona⁽²⁶⁷⁾ ricomprende invero, ma comunque non si esaurisce nei risultati dell'attività d'ingegno che sono tutelabili attraverso il diritto d'autore di ottocentesca memoria.

Il filosofo ed economista Polanyi esplicita come la conoscenza non è che un atto impersonale ed oggettivo, rivendicando per essa un carattere personale. È conoscenza tacita «ciò che si conosce, ma non si esprime perché non si può o sarebbe inutile farlo: “possiamo conoscere più di quanto possiamo esprimere”»⁽²⁶⁸⁾. Alla «conoscenza formale», rappresentata dai diritti di sfruttamento delle diverse invenzioni ed in generale da quanto può essere codificato o trasferito facilmente o a costi contenuti, si affianca quindi la «conoscenza tacita» teorizzata da Polanyi, che per sua natura riduce le possibilità di

⁽²⁶⁶⁾ Sul piano del diritto internazionale si veda la Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 1973, che consente con una sola registrazione di ottenere un numero di brevetti nazionali regolarmente riconosciuti nei paesi richiesti dal depositante: è il brevetto europeo; la Convenzione di Lussemburgo sul brevetto comunitario del 1975; il Trattato di Washington per la cooperazione internazionale in materia di brevetti (1970); la Convenzione di Unione di Parigi (1983) per la protezione della proprietà industriale.

⁽²⁶⁷⁾ R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss. Si veda anche sulla strategia di Lisbona, F. VESPASIANO, *La società della conoscenza come metafora dello sviluppo*, Milano, 2006.

⁽²⁶⁸⁾ M. POLANYI, *La conoscenza personale. Verso una filosofia post-critica*, Milano, 1990, p.135-136.

trasferimento e diffusione delle tecnologie⁽²⁶⁹⁾.

Differenze tecnologiche e meccanismi di trasferimento sono di fatto riconosciuti, dalle moderne teorie della crescita economica, come le determinanti cruciali del persistere delle disparità di sviluppo tra i paesi. Caratterizzati, oltre che da diversi tassi di accumulazione di fattori di produzione fisici, anche da diverse capacità di produrre, utilizzare ed assorbire nuove idee che, per loro natura di beni non rivali, consentono il superamento dei vincoli alla crescita posti dai rendimenti dei soli fattori fisici⁽²⁷⁰⁾. Polanyi così difende la centralità e l'importanza del sapere come atto personale e non neutrale.

In un'Europa concepita come *Knowledge-based Society* «è molto più importante la produzione, l'uso e il trasferimento, la condivisione (*sharing*) delle conoscenze, piuttosto che la proprietà ed il commercio dei beni materiali. (...) La società della conoscenza consiste in una metafora che include e qualifica le altre metafore giuridiche costituite dal mercato e dalla società dell'informazione»⁽²⁷¹⁾.

Il diritto dell'Unione Europea, allora, affranca la nozione di beni immateriali dalla stessa nozione che nell'ordinamento interno li qualificava essenzialmente come proprietà intellettuale⁽²⁷²⁾ e li condu-

⁽²⁶⁹⁾ Sull'opera di Polanyi si legga M. BALDINI, A. MALAVASI, *La società libera*, Roma, 2006, spec. da p. 50 a p. 57.

⁽²⁷⁰⁾ Per ricognizione sul pensiero economico legato alle Teoria della Crescita, si veda D. N. WEIL, *Crescita economica*, trad. it. M. D'AMATO, T. JAPPELLI, Milano, 2007.

⁽²⁷¹⁾ Testualmente R. CIPPITANI, in *Diritto Privato del Mercato*, A. Palazzo e A. Sassi (a cura di), Perugia, 2007, p. 166.

⁽²⁷²⁾ M. VAN EMPEL, *Proprietà intellettuale e diritto CE della concorrenza. 2004: un anno movimentato*, in *Dir. ind.*, 2005, p. 277 ss., sottolinea come nel 2004 la Commissione UE è stata particolarmente attiva nel campo dei rapporti tra diritto comunitario della concorrenza e proprietà intellettuale, in particolare diritto d'autore brevetto e *know-how*. Da una parte la Commissione ha emanato un nuovo regolamento di esenzione per categoria *ex art. 81* (v. Regolamento della Commissione CE 772/2004 del 27 aprile 2004) per i contratti di licenza in materia di brevetti, *know-how* e diritto d'autore su *software*. Sulla proprietà intellettuale si vedano anche la Decisione della

ce pienamente nella nozione di *new propriety*⁽²⁷³⁾ (si pensi ai risultati dell'attività di ricerca).

Alcuni beni che derivano dall'attività di ricerca è vero che sono quelli tutelati dalla disciplina sul diritto d'autore (che riguarda le opere dell'ingegno a carattere creativo, il *software* e le banche dati)⁽²⁷⁴⁾, ma non tutti ricadono sotto questo tipo di regolamentazione.

L'esercizio dell'attività di ricerca è oggi tra i diritti umani fondamentali⁽²⁷⁵⁾. La definizione dell'Unione Europea di ricerca fa leva sulle tipologie di «conoscenze» da acquisire. Le conoscenze derivanti dall'attività di ricerca consistono in «risultati», che comprendono: «le informazioni tutelabili o no, derivanti dalle azioni dirette e indirette così come i diritti d'autore o i diritti connessi a tali risultati a seguito della domanda e del rilascio di brevetti, disegni e modelli, novità vegetali» ma anche «certificati di protezione complementari o altre forme simili di protezione»⁽²⁷⁶⁾ che non trovano tutela nel diritto d'autore.

Nell'Europa della Strategia di Lisbona il sapere e la conoscenza pur essendo atti personali non sono mai un puro atto bio-psichico. Essi non sono mai atti neutrali, legati – come invece sono – alla crescita non più basata su rendimenti derivanti da soli fattori fisici.

Questo processo di “de materializzazione” dei beni, naturalmente

Commissione europea, 24 marzo 2004, *Microsoft* e la sentenza della Corte di giustizia, 29 aprile 2004, *IMS Health*, in *www.eur-lex.europa.eu.it*.

⁽²⁷³⁾ C. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss.

⁽²⁷⁴⁾ Testualmente R. CIPPITANI, *La proprietà industriale e intellettuale*, in *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione. Regole di partecipazione e contratto tipo*, R. CIPPITANI, L. FULCI (a cura di), Perugia, 2007, p. 215.

⁽²⁷⁵⁾ È un diritto solennemente sancito dall'art. 27 Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite.

⁽²⁷⁶⁾ R. CIPPITANI, *Situazioni giuridiche soggettive nei finanziamenti pubblici per la ricerca. Il caso della ricerca del sistema elettrico*, in *Rassegna giuridica umbra*, 2006, p. 461 ss.

non riguarda solamente l'Europa e l'Unione. Essa coinvolge il mercato globale nella sua complessità che “tende a diversificare la tutela dei beni in funzione dell'importanza dei valori che esprimono e degli interessi che realizzano nel contesto sociale”⁽²⁷⁷⁾, e nel mercato.

Il diluvio quotidiano di innovazione ci pone costantemente innanzi ad una idea di immaterialità e di beni che assumono una natura che non è a più immeditata collocazione neanche nella tradizionale nozione di bene immateriale che la rivoluzione industriale ci ha consegnato.

3.— *Genesi e tutela dei beni immateriali tradizionali. Cenni.*

Legge in tema di proprietà intellettuale ha compiuto da poco trecento anni.

Il riferimento è al *Copyright Act* promulgato nel 1709 dalla regina Anna d'Inghilterra ed entrato in vigore il 10 aprile 1710. Il *copyright* britannico, che insisteva esclusivamente sul diritto allo sfruttamento economico di un testo tramite la stampa, ha avuto in realtà una storia e una pratica giudiziaria più lunga. Il regime precedente allo *Statute of Anne*, in Inghilterra, era quello del *Licensing Act* (1662), che assegnava un privilegio – e dunque un monopolio – perpetuo sulla stampa alla *Stationers' Company*. Il *copyright* era considerato un'istituzione di diritto positivo riconosciuto dal Sovrano come premio temporaneo a favore dell'editore. All'autore, quindi, non veniva attribuito quel ruolo di primo piano che avrebbe acquisito nel corso degli anni. Soltanto nel 1774 lo *Statute of Anne*, invece, su attribuisce la proprietà all'autore. Nel secolo XVIII si svilupparono le prime

⁽²⁷⁷⁾ A. BELELLI, A. G. CIANCI, *Situazioni giuridiche beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, Torino, 2008, p. 11 ss.

normative nazionali in tema di diritto d'autore. In Francia dal 1791 e del 1793 si realizza una disciplina organica in tema di proprietà letteraria e artistica, che attribuisce in modo espresso all'autore la possibilità di agire in giudizio nei confronti del contraffattore della sua opera. Il diritto d'autore continentale, infatti, ha mosso i suoi primi passi in Francia con la legge Le Chapelier del 13 gennaio 1791 e la legge Lakanal del 19 luglio 1793. Seguendo gli insegnamenti di Isaac René Guy Le Chapelier (uno dei principali artefici della codificazione napoleonica), il diritto d'autore venne riconosciuto come «il più sacro dei diritti», al quale si attribuiva lo *status* di «diritto assoluto», inquadrato nei diritti patrimoniali e morali spettanti all'autore e nel *genus* dei «diritti naturali» riconosciuti (e non attribuiti) dall'ordinamento statale.

Tutti gli ordinamenti giuridici moderni hanno finito, quindi, per regolamentare attraverso situazioni giuridiche esclusive le fattispecie che nascevano dalla rivoluzione industriale: il diritto di autore, il brevetto, i marchi di fabbrica e i segni distintivi, sono divenute così nel tempo situazioni tipiche e parte della tradizione giuridica di ciascun ordinamento.

Nei sistemi di *common law*, il processo di riconoscimento e descrizione sintetica del fenomeno si rintraccia nell'espressione *intellectual property*. Nell'Europa continentale tali fattispecie hanno costituito la base del c.d. diritto industriale.

Con l'espressione francese «*propriété industrielle*» fin dalla prima metà del secolo scorso sono stati infatti indicati i diritti di esclusiva sulle invenzioni e sui segni distintivi, così giustificandosi il riferimento esplicito al concetto di proprietà con la natura di diritto individuale privato dotato del carattere dell'assolutezza e di esclusività (*ius excludendi alios*).

Ed invero la qualificazione giuridica in termini di «bene» dell'opera dell'ingegno (in tale contesto si intende sia la creazione arti-

stica quanto all'invenzione) è acquisizione moderna. Solo a partire dall'Ottocento si cominciò a ritenere giuridicamente rilevante, nell'interesse della collettività, la promozione del progresso.

Il riconoscimento delle opere dell'ingegno in termini di beni è mosso di pari passo con l'individuazione di una tutela, e più precisamente di una situazione giuridica soggettiva in capo all'autore al quale era correlata un'azione rimediale in caso di violazione⁽²⁷⁸⁾. In questa maniera, nell'assicurare agli inventori la possibilità di poter sfruttare economicamente il risultato delle loro attività, sia pure per un tempo limitato, si è incentivata l'attività di ricerca destinata a produrre vantaggi per l'intera collettività⁽²⁷⁹⁾.

Nei diversi ordinamenti europei si è spesso privilegiato, come avvenuto in Francia, un approccio unitario pur rimanendo separati tra di loro le discipline costituenti la proprietà industriale, rispetto al diritto d'autore e i diritti ad esso connessi.

Ma di certo quello che rileva in questa breve ricostruzione è come nei sistemi di *civil law* i diritti c.d. immateriali abbiano incontrato un vero limite nell'iniziale inquadramento nel concetto di proprietà legata ad una idea fisica di "bene" e nella tendenziale loro qualificazione attraverso il ricorso ai diritti soggettivi.

La dottrina nel corso del tempo ha fatto dei diritti soggettivi, as-

⁽²⁷⁸⁾ Il diritto d'autore in Italia è regolato dal Codice Civile e dal R.D. 22 aprile 1941, n. 633, quest'ultimo attuato dal D.L. 18 maggio 1942 n. 1369. La disciplina è stata poi modificata ed integrata dalla L. 20 giugno 1978 n. 399, che ha ratificato la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 9 settembre 1886 e successive modificazioni, dalla L. 19 luglio 1956, n. 923 e dalla L. 13 luglio 1966, n. 650 che hanno ratificato la Convenzione universale del diritto d'autore, firmata a Ginevra il 6 settembre 1952. Nel 1992 sono state apportate modifiche alla disciplina del diritto d'autore, con riferimento al *software*, mediante D.L. 29 dicembre 1992, n. 518.

⁽²⁷⁹⁾ Il riferimento è alle considerazioni di F. MACARIO, *La proprietà intellettuale e la circolazione delle informazioni*, N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, II, Padova, 2003, p. 355 ss.

soluti o no, il criterio ordinante e qualificante un bene in senso giuridico, estendendo questo procedimento anche configurazione teorica dei beni immateriali. In questi termini anche questi ultimi sono divenuti “oggetto” di nuove situazioni giuridiche caratterizzate da assolutezza e realtà.

Rifletteva Perelman, che: “il controllo sui beni materiali è estremamente semplice. Questo perché la maggior parte di essi è assemblata in magazzini o negozi: i proprietari dunque dovranno controllare solo questi magazzini e negozi per assicurarsi che nessuno entri in possesso di questi; la materialità del bene è irrilevante. Una canzone o un programma possono essere scaricati virtualmente da chiunque. Quindi proteggere la proprietà intellettuale richiede un controllo sulle persone piuttosto che uno sulle cose. Come conseguenza la protezione della proprietà intellettuale è ineludibilmente più intrusiva rispetto a quella per i beni corporali”⁽²⁸⁰⁾. Di la necessità per gli ordinamenti di *civil law* di una sistema ordinatore che qualificasse i beni immateriali in termini di appropriazione, come lo è il diritto di proprietà.

Si è affermato, quindi, come ai diritti relativi fosse preclusa la possibilità di divenire criterio di qualificazione dei beni, in quanto categoria che per la sua stessa esistenza di natura strumentale, presuppone sempre a monte l'esistenza di un diritto assoluto. In altre parole, una certa entità prima di divenire oggetto di un diritto relativo deve essere già oggetto di un diritto assoluto. Inoltre il diritto di credito per sua stessa natura realizza il valore di scambio di un bene, non certo il suo valore d'uso che invece si realizza attraverso l'unica forma con cui l'ordinamento garantisce ai privati l'appropriazione di quel bene, in altre parole attraverso la proprietà. È questo diritto assoluto

⁽²⁸⁰⁾ M. PERELMAN, *The Political Economy of Intellectual Property*, in *Monthly rev.*, 2003, p. 54.

che permette al suo titolare di soddisfare l'interesse all'appropriazione e conservazione di un'entità, trasformandola in un bene⁽²⁸¹⁾. Si è affermato come “un'entità può essere considerata bene in senso giuridico quando è dotata di un valore di utilità, non essendo necessario invece che abbia altresì un valore di scambio”⁽²⁸²⁾.

Questa conclusione è stata estesa ai diritti reali su cosa altrui, che presuppongono la presenza di un diritto di proprietà per la loro stessa esistenza di modo che, quando un'entità diventa oggetto di un diritto reale su cosa altrui, rileva già quale bene, in quanto punto di riferimento oggettivo del diritto assoluto di proprietà. Non è, infatti, possibile costituire un diritto reale su una *res nullis*. L'acquisto dei diritti reali su cosa altrui necessita sempre della titolarità da parte altrui di un diritto di proprietà.

Lo stesso acquisto a titolo originario dei diritti reali limitati per usucapione presuppone che il bene, sul quale si acquista il diritto, sia di già proprietà di qualcuno. Non si verificherebbe altrimenti l'acquisto di diritti parziali, quanto – in virtù del semplice possesso – della stessa proprietà per occupazione. Il presupposto del diritto di proprietà come sistema ordinatore si riscontra ad esempio nel nostro ordinamento anche in ragione della presenza di norme di chiusura, quale quella per cui “i beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato” (art. 827 c.c.).

Il discorso sopra riportato non si estende ai diritti della personalità, concernendo questi ultimi interessi immanenti della persona fisica e non comportando, quindi, l'attribuzione di un'entità. Gli interessi

⁽²⁸¹⁾ Si legga anche S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, V, Milano, 1959, p. 175, sottolinea che i diritti assoluti hanno “un oggetto fine a se stesso, rispetto ai quali è individuabile, come oggetto delle situazioni soggettive, immediatamente l'interesse (utilità o valore), sia che si riferisca o meno ad una cosa”.

⁽²⁸²⁾ Così M. ALLARA, *Le nozioni giuridiche fondamentali del diritto civile*, I, Milano, 1958, p. 257.

immanenti della persona – in quanto funzionalmente collegati alla realizzazione dell'individuo – sono tutelati indipendentemente dal loro contenuto, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost.⁽²⁸³⁾.

Seguendo la logica dell'appartenenza che è stata riportata, i diritti della personalità assumono rilevanza al momento della lesione, ovvero quando non trovano più realizzazione verso l'esterno. La lesione è quindi condizione per l'azione risarcitoria nei confronti di colui che ha posto in essere la condotta lesiva, ricorrendo i presupposti dell'art. 2043 c.c.

In ragione del breve *excursus* riportato, nel nostro ordinamento si sono qualificati beni in senso giuridico le sole entità suscettibili di divenire oggetto del diritto di proprietà *ex art.* 810 c.c.

Di fronte agli altri diritti reali, il diritto di proprietà si caratterizza quale diritto fondamentale in una duplice direzione. Nel senso che esso si costituisce come diritto autonomo non solo perché non dipende, ma anche perché per sua essenza non può dipendere da altro diritto reale. Nel senso poi, che ogni altro diritto reale presuppone l'esistenza per la sua stessa esistenza proprio del diritto di proprietà⁽²⁸⁴⁾. Quindi il diritto di proprietà, pur non essendo l'unico criterio attraverso cui garantire l'appropriazione del valore d'uso dei beni, è comunque l'unico diritto in grado di realizzare un'attribuzione fondamentale delle risorse.

Alcuni autori hanno ricordato come l'identificazione attraverso il diritto di proprietà con il suo oggetto rappresenti anche il risultato di un processo culturale che ha inciso proprio ed anche sul suo contenuto. Nel tempo esso è stato invero spogliato da ogni riferimento di carattere reale, finendo con l'identificarsi con la mera facoltà di

⁽²⁸³⁾ D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, Milano, p. 371.

⁽²⁸⁴⁾ S. PUGLIATTI *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 142 ss.

godere e di disporre; ovvero coincidendo con il potere del proprietario di escludere i terzi e dal dovere di questi ultimi di non interferire con l'attività di appropriazione del titolare. Si è dato del diritto di proprietà una definizione formale, con la conseguenza che si sono identificate con esso situazioni soggettive che rispetto al concetto di proprietà godono di una evidente autonomia, a volte sotto il profilo strutturale, a volte sotto quello funzionale⁽²⁸⁵⁾.

Questo processo di limitazione del concetto di proprietà, ha permesso però di far assurgere altre situazioni soggettive – non riconducibili al medesimo concetto – a concorrenti criteri di qualificazione dei beni.

Queste sono proprio le situazioni giuridiche soggettive attraverso le quali si identificano il fascio delle facoltà connesse alle creazioni intellettuali. Queste non attribuiscono al titolare un potere di appropriazione caratterizzato dal tratto dell'esclusività, posto a fondamento del diritto di proprietà. Esse sottendono gli interessi ad una potenziale attività di riproduzione (art. 2584, 2592, 2593 c.c.) o di pubblicazione ed utilizzazione economica dell'opera (art. 2577 c.c.) e non il mero godimento del bene.

Il contenuto della corrispondente situazione soggettiva non si identifica con la facoltà di appropriazione diretta ed in forma esclusiva del bene stesso, come per la proprietà appunto.

I beni immateriali coincidenti con la c.d. «*propriété industrielle*» non si qualificano, allora, attraverso il criterio dell'appropriazione diretta che funge da determinate la natura dei beni materiali. Il loro diverso contenuto non permette questo riferimento strutturante, così come spesso il ricorso ai medesimi strumenti di tutela.

Le tutele apprestate dal legislatore al diritto di proprietà si prefig-

⁽²⁸⁵⁾ Si legga V. ZENO - ZENCOVICH, voce *Cosa*, in *Digesto*, sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 449.

ge lo scopo di garantire la permanenza (mediante l'azione di rivendicazione *ex art.* 948 c.c.) e la pienezza (attraverso l'azione revocatoria di cui all'art. 949 c.c.) del godimento diretto del bene da parte del proprietario. Il titolare di diritti sui beni immateriali avrà l'interesse, sul piano della tutela della libera concorrenza (art. 2599 c.c.), di inibire ai terzi la riproduzione dell'invenzione o dell'opera dell'ingegno senza il suo consenso.

È l'esclusività il tratto che accomuna i diritti sui beni immateriali al diritto di proprietà su beni materiali, differenziandosene però sul piano del contenuto e della tutela. Ma la sicuramente l'esclusività non è il criterio identificatore del bene. In questo senso si è riflettuto sull'istituto della comunione e sullo quello dei beni.

La comunione si caratterizza certamente per il tratto dell'esclusività, se si ha riguardo ai rapporti tra terzi e comunisti, mentre se si considerano i rapporti tra quest'ultimi tale tratto non è più riscontrabile⁽²⁸⁶⁾. Il riferimento all'art. 1102 c.c. (la quale dispone che ciascun comunista può servirsi della cosa comune, senza alterarne la destinazione, non impedendo agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto) fa della comunione una situazione soggettiva complessa caratterizzata, quanto ai rapporti tra terzi e comunisti, dal tratto dello *ius excludendi*. Tratto che non è dato rinvenire se si ha riguardo ai rapporti fra quest'ultimi, nel contempo rimuovendo l'idea che il bene in senso giuridico sia solo ed esclusivamente quello oggetto del diritto di proprietà.

⁽²⁸⁶⁾ L. RAMPONI, *Della comunione di proprietà e comproprietà*, Napoli – Torino, 1922, p. 33 ss.; A. CICU, *Natura dichiarativa della comunione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 7 ss.; A. LENER, *La comunione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, VIII, Torino, 1992, p. 269. F. CARNELUTTI, *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 86 ss.; M. DOSSETTO, voce *Comunione*, (*Diritto civile*), in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1967, p. 860 ss.; F. LUZZATO, *La comproprietà. Nuovi studi*, Torino, 1909, p. 20.

Questo ultimo aspetto viene maggiormente in rilievo in quelle ipotesi in cui si accresce la collettività dei comunisti (come nel caso di usi civici, università agrarie ed in genere tutte le forme di comunanza), fino al punto che, rispetto a determinati fenomeni, il richiamo alla categoria del diritto soggettivo diventa addirittura fuorviante, nonostante la dottrina non si sia sottratta all'idea di qualificare i poteri, che in concreto lo Stato vanta su di essi, come assimilabili a quelli che la legge riconosce al proprietario⁽²⁸⁷⁾.

I beni pubblici destinati all'uso collettivo acquistano rilevanza oggettiva, divenendo punto di riferimento di una situazione soggettiva che non presenta alcuna analogia né con il diritto di proprietà né con le altre posizioni giuridiche caratterizzate dal tratto dell'esclusività. Infatti, in questi casi la protezione dell'interesse non è così forte da dar luogo ad una forma di appropriazione di carattere esclusivo, ossia ad un diritto soggettivo, tuttavia, essa è idonea a garantire una peculiare forma di appropriazione e, pertanto, a fungere da criterio mediante cui l'ordinamento fa assumere a talune entità le rilevanza di beni in senso giuridico. L'interesse che l'ordinamento tutela è, infatti, quello che hanno i singoli componenti della collettività ad usare tali beni. Questo interesse però, come già accennato, non viene formalizzato attraverso lo schema del diritto di proprietà⁽²⁸⁸⁾.

Le considerazioni fatte sono amplificate dall'attuale riflessione su i c.d. beni comuni⁽²⁸⁹⁾. In questo caso alcun concetto di esclusività neanche mediata per mano dello Stato può essere ad essi ricondotta⁽²⁹⁰⁾.

⁽²⁸⁷⁾ Sul fatto che i beni pubblici diventerebbero oggetto di sovranità, a riguardo si legga S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto civile*, op. cit., p. 151.

⁽²⁸⁸⁾ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 83.

⁽²⁸⁹⁾ Per una ricostruzione del significato e del valore giuridico si veda A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, in *Rivista di Diritto e processo*, 2012.

⁽²⁹⁰⁾ Sempre A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, cit.: "Le interrelazioni tra *status* di cittadinanza e capacità di godimento dei beni

Per essi non ha più senso neanche il riferimento allo Stato in quanto il godimento deve essere assicurato oltre l'idea di cittadinanza⁽²⁹¹⁾.

Le Convezioni internazionali che li identificano⁽²⁹²⁾ tracciano le interrelazioni tra la capacità di vita che deve essere assicurata ad ogni persona ed i beni strumentali per una vita degna dell'uomo⁽²⁹³⁾, confermando come il nesso tradizionalmente istituito tra proprietà e beni non abbia alcun riscontro.

Nel sistema del *common law* – soprattutto nella riflessione statunitense del XX e de XXI secolo – i beni immateriali sono una lista aperta e soprattutto sono svincolati dall'idea di essere tali in quanto oggetto di proprietà.

La nozione di *property* nella tradizione anglosassone si estende oltre i riferimenti tradizionali del concetto di proprietà e di quel-

comuni si realizzano con l'esercizio del diritto di accesso all'ambiente che ne contiene diverse specie ed è chiaro a questo punto della ricerca che nel nostro attuale ordinamento come in quello sovranazionale, la determinazione del bene giuridico ambiente è la chiave di volta per scoprire quali sono i beni comuni tutelati dalla legge”.

⁽²⁹¹⁾ A. PALAZZO, cit., *passim*.

⁽²⁹²⁾ Tra le tante v. *La Dichiarazione sull'ambiente umano* del 16 giugno 1972, dopo aver disposto all'art. 1 che «l'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'egualianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella disponibilità e nel benessere ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future», all'art. 2 ne specifica i contenuti affermando che «le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future, mediante una programmazione accurata o una appropriata amministrazione»; *Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo* del 14 giugno 1992; *Convenzione (di Aarhus) sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale* del 25 giugno 1998

⁽²⁹³⁾ A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e costituzione dei beni comuni*, cit., per cui: “essi sono già previsti e tutelati da norme di rango costituzionale ed una riforma codicistica può richiamarli, nei diversi libri di quella legislazione ordinaria, soltanto per distinguerli o dai beni che sono anche cose o dalle prestazioni contrattuali che non violano interessi comuni”.

lo di diritto reale. Non esiste una corrispondenza tra la nozione di proprietà dei sistemi di *civil law* e quella di *propriety*. Quest'ultima comprende, infatti, anche situazioni di vantaggio a favore dei singoli che nei sistemi continentali sono qualificate come obbligazioni.

«*Propriety*, infatti, nella terminologia giuridica inglese ricopre l'intera nostra nozione di patrimonio. Sono perciò *propriety* una larga varietà di istituti che nel diritto romanista non si sono sviluppati nell'ambito dei diritti reali: una polizza di assicurazione, un pacchetto azionario, un contratto di locazione, ecc.»⁽²⁹⁴⁾. Essa evoca, invero, una situazione giuridica patrimonialmente valutabile che assume significati diversi a seconda della sua diversa aggettivazione, ora in termini di *real property*, ora di *personal property*⁽²⁹⁵⁾. In questa tradizione l'*intellectual property* è inquadrata nella seconda articolazione e non nella prima, benché nella stessa esperienza giuridica del *common law* la situazione l'*intellectual property* si configura come singolare rispetto ai parametri tradizionali su cui si è costruito proprio il modello di *personal property*: “*they are not rights in personam at all*”. Ricostruisce Penner che questa presa di posizione di dottrina e giurisprudenza deriva dall'avvertita consapevolezza che l'*intellectual property* sfugga dall'applicazione meccanica del modello della *property* che esige l'individuazione di un'entità (tangibile o meno) da configurare come “oggetto” della situazione giuridica soggettiva⁽²⁹⁶⁾.

L'esperienza statunitense nella protezione della proprietà intellettuale ha da sempre accomunato, l'ambito coperto dal *copyright* e quello relativo ai brevetti. All'art. 1, § 8, clausola 9, della Carta fondamentale degli Stati Uniti vi è un riferimento diretto alla protezione dell'*intellectual property*: “*To promote the Progress of Science and*

⁽²⁹⁴⁾ U. MATTEI, *Common law. Il diritto anglo-americano*, Torino; 1992, p. 327.

⁽²⁹⁵⁾ A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property, propriété, Eigentum*, Padova 1992.

⁽²⁹⁶⁾ J. PENNER, *The idea of Property in Law*, Oxford, 1997, p. 108.

useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”, funzionalizzando la creazione del diritto d’autore al bene sociale. La previsione costituzionale richiamata realizza una tutela immediata delle fattispecie per cui il diritto d’autore serve per il fine sociale e per il progresso mediati dalla libera circolazione delle idee⁽²⁹⁷⁾.

Gli *intellectual property rights* sono oggetto anche di un continuo richiamo che di essi è fatto nelle convenzioni internazionali compresa la Convenzione di Nizza, dove al diritto di proprietà è dedicato l’art. 17, collocato nel capo dedicato alle «libertà». L’art. 17 parla in modo esplicito del «diritto di proprietà» e del suo contenuto come diritto di godere e di disporre dei beni acquistati legalmente e del diritto di lasciarli in eredità. L’articolo inquadra l’istituto fra i diritti fondamentali dell’uomo. Lo colloca fra i diritti civili, raggruppati in sei grandi capitoli: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia. Per l’Unione Europea chiamata a perseguire i suoi obiettivi di «sviluppo armonioso e sostenibile delle attività economiche», «un elevato livello di protezione dell’ambiente»⁽²⁹⁸⁾ sono inevitabili interventi in materia di beni e di diritti su di essi (v. Cap. 2, § 7).

Il diritto dell’Unione europea, come quello C.E.D.U. (v. Cap. 2, § 6), sembra amplificare la tendenza ad una pluralità di statuti dei proprietari. Si parla di proprietà in relazione al modo in cui un ordinamento intende regolare il godimento di ciascuna categoria di beni – siano essi mobili, immobili, culturali ed immateriali – nel rispetto dell’interesse generale e dei propri valori fondamentali⁽²⁹⁹⁾. In

⁽²⁹⁷⁾ J. WALDRON, *From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property*, in *Chi.-Kent L. Rev.*, 68, 1992-93, p. 849.

⁽²⁹⁸⁾ Già gli artt. 2 e 3 T.C.E., oggi rispettivamente 3 T.F.U.E. e artt. 2-3-4-5-6-7-8 T.F.U.E.

⁽²⁹⁹⁾ Testualmente M. TRIMARCHI, *Proprietà e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 725 ss.

questo ordinamento, però, l'immaterialità non è più un connotato eccezionale dei beni (v. in questo Cap., § 2) ed il riferimento alla sua pur non sistematica produzione a riguardo, può essere un contributo all'identificazione dei criteri identificativi dei nuovi beni e all'estendibilità analogica o meno ad essi della normativa tradizionale della tutela del diritto di autore e dei brevetti.

4.— *Certificati Verdi, informazioni, dati, ed altro: strumenti per una riflessione sulla nozione di bene giuridico immateriale.*

L'essersi soffermarsi a riflettere intorno alla natura giuridica di Certificato Verde ha il pregio di offrire l'occasione per una valutazione più generale intorno alla categoria dei c.d. nuovi beni, avendo concluso (v. Cap. 2) come i Certificati Verdi siano beni giuridici in quanto certificazione di produzione da fonti rinnovabili.

L'attività certificatoria che compie il G.S.E attesta uno stato che si identifica o con la produzione di energia verde o l'attitudine a produrne. Chiedendo la certificazione il produttore si assume l'obbligo di produrre una quantità di energia verde. È nella relazione prevista dalla legge con il proprietario, al quale il Certificato Verde è riconosciuto, che la certificazione trova rilevanza: può, infatti, circolare, essere oggetto di più negoziazioni anche successive, essere oggetto di compensazione da parte del G.S.E, costituire lo strumento attraverso il quale i proprietari adempiono all'obbligazione contrattuale per la quale non hanno prodotto l'energia dichiarata, ovvero costituire strumento di una garanzia, etc. I Certificati Verdi sono, quindi, non oggetto dei rapporti giuridici quanto il loro punto di riferimento.

Le conclusioni sono analoghe, pur essendo diversi i presupposti, circa la natura giuridica dei c.d. Certificati Bianchi.

È oramai storica, invece, la riflessione sulla natura delle conces-

sioni⁽³⁰⁰⁾ e delle autorizzazioni amministrative che parte dal presupposto di come le prime coincidano con l'attribuzione da parte della pubblica amministrazione ai privati di facoltà normalmente sottratte alla loro sfera giuridica, in quanto riservate ai pubblici poteri⁽³⁰¹⁾. L'esempio che tipicamente viene riportato per illustrare il fenomeno è quello relativo alla concessione per sfruttamento di un bene demaniale⁽³⁰²⁾, quale è il caso degli stabilimenti balneari. I destinatari della concessione ottengono dalla pubblica amministrazione la facoltà di uso dell'arenile e assumono gli obblighi prescritti dalla concessione stessa e dalla disciplina regolamentare applicabile, compresa la custodia e la cura del lido così come il permettere ai terzi il libero accesso al mare.

Le autorizzazioni amministrative sono figure assimilabili alle con-

⁽³⁰⁰⁾ È di questi giorni la notizia che il recepimento a partire dal 2015 della c.d. Direttiva UE Bolkestein renderà obbligatoria una procedura di evidenza pubblica contro il regime attuale basato sul rinnovo tacito per i concessionari che si verifica ogni sei anni. La disciplina UE fa chiaramente riferimento alla necessità di una liberalizzazione del settore essendo appunto i lidi beni demaniali. La gara dovrebbe garantire che ogni cittadino interessato possa partecipare, sovvertendo un sistema di concessioni che nei termini attuali potrebbe creare situazioni di proroga senza limiti di tempo.

⁽³⁰¹⁾ E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano 1956, p. 300.

⁽³⁰²⁾ Sul punto riferisce A. CLARONI, *Incidenza della proprietà dei beni del demanio marittimo sulla determinazione e riscossione dei relativi canoni di concessione*, (Nota a Corte Cost., 28 luglio 2004, n. 286), in *Diritto dei trasporti*, 2005, 2, p. 610-617. Per cui la Corte Costituzionale ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Regioni Campania, Emilia-Romagna e Puglia sulla loro competenza a determinare l'ammontare dei canoni di concessione e la riscossione dei beni del demanio marittimo. La legge n. 326 del 24 novembre 2003 di conversione del d.l. n. 269/2003 ha disposto che essendo lo Stato proprietario dei beni demaniali in questione, spetta allo Stato la fissazione e la riscossione dei relativi canoni. I canoni annui relativi alle concessioni con finalità turistico-ricreative di aree, pertinenze demaniali marittime e specchi acquee siano determinati con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze sentita la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

cessioni ⁽³⁰³⁾ e consistono nei provvedimenti con cui una amministrazione consente ai privati l'esercizio di facoltà che, seppur rientranti nella sfera della loro titolarità, sono sottoposte ad un regime autorizzatorio che rende necessario un provvedimento della pubblica amministrazione per la rimozione dell'ostacolo legislativo al loro libero esercizio.

L'esempio tipico in tema di autorizzazione amministrativa, ma che anche tema di significativa attualità, è il c.d. permesso di costruire già disciplinato dall'articolo 11 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380. Attraverso questa forma di autorizzazione si realizza uno dei contenuti del diritto di proprietà sul suolo secondo quanto statuito dall'articolo 832 c.c., ovvero l'esercizio dello *ius edificandi*. È evidente come questo tipo di autorizzazione incida in maniera rilevante sul valore del terreno. Esso è cedibile anche in maniera non connessa al terreno.

Per concessioni e autorizzazioni amministrative l'originario provvedimento amministrativo ne ammette di solito la cedibilità, qualificandole come astrattamente idonee al trasferimento a terzi. La loro autonomia economica, la loro trasferibilità e la loro idoneità a costituire oggetto di situazioni soggettive hanno sempre giocato facilmente a favore della sua assimilabilità alla nozione di bene ⁽³⁰⁴⁾.

Natura di bene immateriale rivestono anche le quote latte ⁽³⁰⁵⁾, come visto (v. Cap. 2, § 7), nella misura in cui si assuma una nozione in senso ampio di bene che trascenda le *res corporales*, poiché priva

⁽³⁰³⁾ Si legga F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957, p. 47. Ed ancora R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata: profili generali*, Milano, 1974, p. 32.

⁽³⁰⁴⁾ In questi termini A. BELELLI, *Beni immateriali e situazioni di appartenenza*, op. cit., p. 169.

⁽³⁰⁵⁾ Per un'analisi della disciplina v., M. CARMIGIANI, *Profili pubblicistici e privatistici delle quote latte*, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1997, p. 546; A. GERMANÒ, *Le quote di produzione nel diritto comunitario dell'agricoltura*, in *Dir. e giur. agr. amb.*, 1995, p. 123.

del carattere della corporalità e lontana dalla nozione tradizionale di beni immateriali.

Sono beni anche dati personali, o meglio sono “beni” che possono essere scambiati nel mercato. Dentro l’obiettivo del raggiungimento di un mercato interno le istituzioni europee sono chiamate a rispettare e tutelare i diritti fondamentali della persona, tra questi anche quello della vita privata. Tra i diritti fondamentali tutelati in maniera espressa dal sistema UE, vi è la protezione dei propri dati personali.

L’intervento dell’Unione europea in materia di privacy è relativamente recente. Nel continente europeo, infatti, il tema della protezione della sfera del riserbo era stato trattato inizialmente dal Consiglio d’Europa. Questo diritto fondamentale è quindi significativo del fenomeno di reciproca influenza tra i sistemi UE e CEDU.

La raccolta organizzata di dati su supporti che possono facilmente e velocemente circolare in tutto il mondo, la loro conservazione, elaborazione ed aggregazione, che agevola la formazione per ogni individuo di un profilo su gusti, orientamenti politici, preferenze di genere diverso, hanno necessariamente mutato i connotati del diritto alla riservatezza da come inizialmente elaborato.

La protezione del solo domicilio, dell’immagine, così come della corrispondenza o dei mezzi della comunicazione del pensiero nelle forme tradizionali, si sono mostrati non più sufficienti a proteggere gli atti relativi alla sfera del riserbo: “dato di fondo del nuovo contesto è l’inserimento dell’individuo nella società ‘globale’, nella quale la stragrande maggioranza delle azioni compiute delle scelte individuali lasciano una ‘traccia’ che ne consente la mappatura e con essa la ricostruzione dell’*identikit* della persona” ⁽³⁰⁶⁾.

⁽³⁰⁶⁾ Testualmente E. VARANI, *Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario: dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea al D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196 “Codice in materia di protezione dei dati personali”*, in *Giur. it.*, 8/9, 2005, p. 1770.

Nasce, per tale ragione, una sensibilità nuova verso il problema della modalità con cui salvaguardare la sfera individuale del riserbo.

“All’approccio tradizionale della privacy, come diritto all’intimità della vita privata, al riserbo, all’identità personale, si è con il passare degli anni affiancata un’altra dimensione della (...) [stessa] connessa agli abusi nella raccolta e nella utilizzazione delle informazioni da parte delle c.d. ‘banche dati’ (...). In pratica la privacy si arricchisce e si proietta ben al di là della mera sfera del riserbo, perché nella sfera privata rientrano tutte quelle azioni, opinioni, preferenze, informazioni personali su cui il soggetto intende mantenere un controllo esclusivo” ⁽³⁰⁷⁾. Dalla presa d’atto dell’esistenza di nuove forme di aggressione alla riservatezza che potevano servirsi anche delle potenzialità dei sistemi informatici, viene riconosciuto il diritto a mantenere il controllo sulle proprie informazioni attraverso la predisposizione di una normativa che introducesse presupposti e limiti al fenomeno della gestione del trattamento dei dati.

Base giuridica della produzione comunitaria in tema di circolazione dei dati fu l’art. 14 T.C.E., oggi art. 26 TFUE. La disposizione è quella che assicura la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali per la creazione del mercato comune, spazio privo di frontiere interne. Il raggiungimento dell’obiettivo dell’unificazione del mercato ha orientato la volontà politica degli Stati membri, accelerando la realizzazione dell’integrazione dei mercati. “Proprio in ragione dell’importanza politica, più che giuridica, assunta dalla nozione di mercato interno, si è assistito alla sua progressiva identificazione (...) con l’intero campo d’azione della Comunità: in altre parole, il mercato interno, secondo l’accezione oggi prevalente, non è limitato alle quattro libertà di circolazione (...), ma ad esso tendono ad essere ricondotte

⁽³⁰⁷⁾ Così F. BASILICA, *Il difficile percorso della formalizzazione giuridica dei diritti della personalità c.d. atipici*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2005, p. 694.

tutte le politiche comunitarie che contribuiscono, anche indirettamente, a rimuovere gli ostacoli all'unificazione dei mercati nazionali" ⁽³⁰⁸⁾. Il perseguimento degli obiettivi della Comunità e poi dell'Unione ha imposto, quindi, la libera circolazione anche dei dati personali.

L'azione comunitaria, allora, ha finito per creare "un sistema normativo e pretorio relativamente (...) completo, perfezionato ed adeguato agli sviluppi tecnologici in materia di tutela della privacy, che ha influenzato positivamente gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di cui alcuni come l'Italia in modo specifico, tramite l'introduzione di istituti che non erano ancora noti o sufficientemente applicati a livello nazionale" ⁽³⁰⁹⁾.

La consapevolezza che "lo sviluppo degli scambi internazionali comporta necessariamente il trasferimento oltre frontiera di dati personali" ⁽³¹⁰⁾, ha condotto la Comunità a predisporre a tal fine adeguate misure di garanzia anche nei rapporti con paesi non membri. La mancanza di una previsione normativa che non trattasse l'aspetto del flusso dei dati verso paesi terzi avrebbe finito, infatti, per vanificare anche gli effetti del sistema in materia di privacy presente all'interno dell'area geografica europea. La Commissione allora, ai sensi dell'art. 26, par. 4, dir. 46/95/CE, ha predisposto ⁽³¹¹⁾ clausole contrattuali tipo, come ulteriore strumento attraverso il quale procedere

⁽³⁰⁸⁾ Riferisce sul punto L. DANIELE, *Commento art. 14 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 14 ss.

⁽³⁰⁹⁾ Testualmente sul sistema normativo comunitario M MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 35.

⁽³¹⁰⁾ Cfr. *considerando* n. 56 dir. n. 95/46/CE.

⁽³¹¹⁾ Il procedimento per la redazione di clausole contrattuali tipo dirette al trasferimento di dati personali verso paesi esterni alla Comunità, vede coinvolta la Comunità, un comitato composto dai rappresentanti degli Stati membri (art. 31, par. 2, dir. 46/95/CE) ed un gruppo di lavoro sulla protezione dei dati personali, istituito ai sensi dell'art. 29 della dir. cit., con carattere consultivo ed indipendente. Le proposte per la redazione delle clausole possono provenire dai rappresentanti dell'impresa, come le camere di commercio internazionali.

al trasferimento di dati verso paesi terzi con un livello di sicurezza non corrispondente agli standard di protezione richiesti dall'Unione. "L'obiettivo principale delle clausole contrattuali tipo è quello di facilitare i flussi di dati provenienti dalla Comunità, nel rispetto dei principi enunciati dalla direttiva, attraverso la fissazione di un unico insieme di norme di protezione dei dati che i responsabili del trattamento possono impiegare su scala mondiale. In mancanza di una normativa internazionale in materia, le clausole contrattuali tipo costituiscono uno strumento estremamente utile allorché dati personali sono trasferiti al fuori dell'Unione europea in paesi che non garantiscono un adeguato livello di protezione" ⁽³¹²⁾.

Le clausole contrattuali tipo fondano un sistema a carattere volontario, e costituiscono un insieme unico di norme per la protezione di dati da poter utilizzare, quindi, su scala internazionale. Esse sono, allora, una delle possibilità previste dalla normativa dell'Unione europea attraverso la quale procedere al trasferimento legale dei dati personali ed il loro valore in paesi terzi con *standard* di tutela non adeguati.

Conseguentemente anche le banche dati sono un bene immateriale caratteristico della società dell'informazione ⁽³¹³⁾. Gli elementi

⁽³¹²⁾ Testualmente a riguardo delle clausole contrattuali tipo, E. BIGI, *La Commissione europea approva un nuovo set di clausole contrattuali tipo per il trasferimento di dati personali verso i paesi terzi*, in *I contratti*, fasc. 3, 2005, p. 311.

⁽³¹³⁾ Cfr Comunicazione della Commissione COM (88)72 del 17 giugno 1988, meglio nota come Libro verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche, nonché il documento "Seguito del Libro verde – programma di lavoro della Commissione nel campo del diritto d'autore e dei diritti connessi" COM (90) 5484, del 17 gennaio 1991. La Commissione nel presentare la proposta sulla tutela delle banche di dati, prefigurata dal "Libro verde", faceva presente come il 56% dell'intero mercato mondiale detenuto dagli USA, un quarto delle banche di dati accessibili *on line* erano di origine europea, con un fatturato valutato intorno ai 2,4 miliardi di dollari. Era evidente l'estrema importanza, anche per lo sviluppo economico dell'Unione europea di questo settore in continua espansione basato su una tecnologia in rapidissima evoluzione, sia come

caratterizzanti di questa tipologia di nuovo bene immateriale consistono nei dati ovvero le informazioni contenute nella raccolta e nella loro catalogazione. Nel preambolo della Direttiva n. 96/9/CE la banca dati viene definita come uno “strumento prezioso per lo sviluppo di un mercato dell’informazione all’interno della Comunità”.

La tutela giuridica delle banche dati è contenuta nella direttiva comunitaria 96/9/CE dell’11 marzo 1996. Nel 1996, il Parlamento europeo ha definitivamente approvato il testo della direttiva del Consiglio sulla tutela giuridica delle banche dati parzialmente mediante un esplicito riferimento alla disciplina del diritto d’autore sia per la loro qualificazione che per la loro tutela, riconoscendo pertanto il tratto creativo come loro elemento qualificante. La Direttiva 96/9/CE dell’11 marzo 1996 ha introdotto la disciplina comunitaria della tutela delle banche dati si infatti facendo ricorso alla disciplina del diritto d’autore sia attraverso il riconoscimento di diritto *sui generis* a al costituente della banca dati. Il tentativo perseguito dalla Direttiva era quello di rendere effettiva la realizzazione della “libertà per le persone fisiche e giuridiche di fornire beni e servizi riguardanti le banche dati *on line*, in base ad un regime giuridico armonizzato in tutta la Comunità” (“considerando” n. 2), presupposto che “il diritto d’autore rappresenta una forma adeguata di diritto esclusivo degli autori delle banche di dati” (“considerando” n. 5) e che “per poter creare una banca dati è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarle o accedervi ad un costo molto più basso rispetto a quello richiesto per crearle autonomamente (testualmente nel “considerando” n. 7) ⁽³¹⁴⁾. La direttiva

settore a se stante sia come supporto ad ogni sorta di attività commerciale, industriale, di ricerca scientifica e didattica

⁽³¹⁴⁾ Si v. G. GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/9/CE sulle banche dati*, in *Contratto impresa/ Europa*, 1997, I, n. 44, p. 113; F. MACARIO, *L’attuazione della direttiva 96/9/CE in materia di banche dati*, in

assicura una duplice e distinta forma di tutela una all'autore e l'altra al costituente della raccolta che però non ha compiuto per al stessa alcun atto per la sua ideazione. Come detto la prima è assimilabile alla tutela stabilita per il diritto d'autore riferita alla raccolta nel suo insieme (art. 3 e ss.), presupponendo il valore "creativo" della scelta dei materiali, dell'ordine per essi stabilito, i criteri di selezione o assemblaggio dei dati, e ciò a prescindere dalla tutelabilità del contenuto dei singoli dati che potrebbero non essere più non proteggibili o non più protetti perché caduti in pubblico dominio.

Del pari viene riconosciuto al costituente della raccolta, quindi alla persona fisica e giuridica che ha investito risorse umane, tecniche e finanziarie, una protezione contro il pericolo di appropriazioni esterne⁽³¹⁵⁾. Il costituente di una banca dati ha quindi il diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego⁽³¹⁶⁾ della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa, valutata in termini

Contratto impresa/ Europa, 1998, p. 1106; M. LEHMANN, *La nuova direttiva CE sulle banche dati*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, I, p. 113. Nell'ordinamento giuridico italiano le banche dati hanno avuto un riconoscimento legislativo che si è susseguito nel tempo attraverso una serie di norme: con l'art. 43, della legge 24 aprile 1998, n. 128 (legge comunitaria 1995-1997), recante soltanto i principi e i criteri direttivi per l'intervento più dettagliato del legislatore; quindi con il D.Lgs. 6 maggio 1999, n. 169 che ha novellato la Legge sul Diritto d'autore, innanzitutto inserendo le banche dati fra le opere dell'ingegno protette ai sensi dell'art.1 L.d.a. con un'ulteriore integrazione alla disposizione di legge introduttiva della disciplina del diritto d'autore, che va ad aggiungersi a quella relativa alla protezione del software. Assume un ruolo peculiare la creazione del diritto *sui generis* quale strumento giuridico creato *ad hoc* per la protezione degli interessi del costituente.

⁽³¹⁵⁾ P. DAL POGGETTO, *La disciplina giuridica delle banche dati: obiettivi perseguiti e risultati ottenuti ad oltre un decennio dall'adozione della normativa comunitaria*, in *Informatica e diritto*, 2008, p. 73-86.

⁽³¹⁶⁾ Sulla definizione di estrazione si veda *Corte di giustizia*, 9 novembre 2004, causa C-203/02, *The British Horseracing Ltd/William Hill Organization Ltd*, in www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl; *Corte di giustizia*, 9 ottobre 2008, causa C-304/07, *Directmedia Publishing/Albert-Ludwigs Freiburg*, in www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl.

qualitativi e quantitativi, qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo quantitativo e qualitativo ⁽³¹⁷⁾, banca dati e, di conseguenza, rispetto alle vicende della stessa banca. Ogni disposizione contrattuale eventualmente in contrasto con la disciplina dei diritti ed obblighi dell'autore (art. 8 della Direttiva) è nulla.

Nel nostro ordinamento, le banche dati sono definite all'articolo 2, n. 9, inserito nella l. 633/1941 novellato dal D.lgs. 6 maggio 1999, n. 169 all'articolo 2, primo comma e sono qualificate come "raccolte di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili mediante mezzi elettronici o in altro modo" ⁽³¹⁸⁾. La prima condizione, quindi, per la sussistenza di una banca dati è l'esistenza di elementi indipendenti ovvero elementi separabili gli uni dagli altri senza che il valore del loro contenuto informativo, letterario, artistico, musicale o di altro genere venga ad essere per questo intaccato e che comportino un metodo o un sistema, di qualunque natura esso sia che consenta di ritrovare ciascuno dei suoi elementi costitutivi ⁽³¹⁹⁾.

Ogni ordinamento, poi, nonché la prassi contrattuale diffusa anche e soprattutto in ambito internazionale tutela le informazioni che possono essere qualificate come riservate o dalla legge o dalla parte

⁽³¹⁷⁾ Si veda l'art. 7 della direttiva e in termini analoghi l'art. 102 bis, terzo comma, inserito nel capo I, "Diritti del titolare di una banca dati", del nuovo Titolo II bis "Disposizioni sui diritti del titolare di una banca dati. Diritti e obblighi dell'utente.

⁽³¹⁸⁾ Trovano perciò tutela sia le raccolte o le compilazioni di opere, dati od altre materie la cui disposizione, memorizzazione nonché l'accesso sono basati su processi di tipo elettronico, elettromagnetico, elettroottico o di natura analogica, sia le c.d. banche dati non elettroniche. Sono esclusi dall'ambito di protezione della direttiva i programmi per elaboratore utilizzati per la costituzione e il funzionamento di tutte quelle banche dati accessibili in forma elettronica e i CD musicali.

⁽³¹⁹⁾ Corte di giustizia, 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd / Organismos prognostikon agonon podosfairou AE (OPAP)*, in www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl.

che ne ha il potere contrattualmente stabilito di farlo. In entrambi i casi ciò che assume valore non è l'informazione in se considerata in termini unitari, quanto l'insieme di informazioni ovvero la loro peculiare combinazione.

Come è evidente, non si tratta in queste pagine di altri beni immateriali che pur nascono dallo svolgimento della vita economica contemporanea. Un esempio in questo senso è il *Domain Name System*. Ed invero, l'assegnazione del numero IP è il modo, prettamente tecnico, con cui un PC in rete sia univocamente identificabile. L'accesso e la fruizione dei servizi in *internet* sono possibili ad ogni utente in ragione di un codice numerico personale detto *internet Protocol* (IP), il quale consente appunto di identificare l'utente e di renderlo riconoscibile dal complesso di tutti gli altri computer connessi in rete. L'*IPNumber* è concepito come una stringa alfanumerica paragonabile ad un numero di telefono. *IPNumber* è affiancato da un sistema degli indirizzi di nomi a dominio detti, appunto, *Domain Name System* (DNS). Il dominio consente che uno specifico computer e, quindi, un sito web, possa essere identificato dagli utenti attraverso la semplice digitazione, in un apposito spazio del *browser* (il programma permette di navigare nel *Word Wide Web*) del nome a dominio stesso (il quale viene automaticamente commutato, dai protocolli di Internet, nell'indirizzo numerico corrispondente)⁽³²⁰⁾.

Il codice italiano della proprietà industriale riguardo ad *IPNumber* e *Domain Name System* si limita a regolamentare alcune situazioni di potenziale interferenza tra la registrazione e l'uso di un nome a dominio usato nello svolgimento di attività economica, l'ipotesi di sua registrazione e l'utilizzazione di un marchio⁽³²¹⁾. Esso, però, non rea-

⁽³²⁰⁾ Cfr. R. FERORELLI, *I nomi a dominio non aziendali*, in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, 2006, Torino, p. 589.

⁽³²¹⁾ Cfr. articoli 12 e 22 del c.p.i., come da ultimo modificati da D.lg 13 agosto 2010, n. 131, in G.U., n. 192, del 18 agosto 2010, supplemento ordinario, n. 195.

lizza una precisa individuazione e qualificazione giuridica dei *domain names*⁽³²²⁾, limitandosi ad accomunare il nome a dominio ad altri segni distintivi per la tutela del marchio registrato. Lo stesso codice, poi, non si occupa del caso in cui il *domain names* non sia utilizzato per lo svolgimento dell'attività economica. Rimane aperta pertanto la questione della sua natura. Resta fermo il fatto che la dottrina prevalente identifica questo bene immateriale e specificatamente come segno distintivo, assimilandolo – a seconda delle diverse fattispecie concrete e delle differenti tesi – al marchio di fatto, alla ditta di fatto, all'insegna ovvero individuandolo quale segno atipico⁽³²³⁾.

In ogni caso, questa “alluvione” di nuovi beni soprattutto legati all'uso di sistemi informatici, ovvero legati alla creazione di *software*, non utile all'idea che si sta perseguendo in questa pagine legata al dato che sia il legislatore a realizzare la creazione di nuovi beni per regolare, creare, disciplinare un mercato. Quanto citato prendendo l'esempio del *domain names* è legato soprattutto al mondo di internet è comunque riconducibile ad un atto creativo del singolo disciplinabile direttamente o in via analogica attraverso i c.d. diritti di proprietà intellettuale.

5.— *Considerazioni conclusive.*

L'aver cercato di rappresentare, seppur brevemente, alcune valutazioni sulla natura dei beni immateriali definiti come “tradizionali” ed tenendo in considerazione soprattutto le valutazioni fatte a suo

⁽³²²⁾ Cfr. G. CASSANO, *L'impatto del codice dei diritti di proprietà industriale sulle nuove tecnologie e sul regime giuridico di internet*, in *Dir. internet*, 2005, p. 113 ss.

⁽³²³⁾ Si legga, a riguardo, Trib. Modena, 23 giugno 2004, n. 1571, in <http://www.interlex.it/testi/giurisprudenza/mo040623.htm>.

tempo su i Certificati Verdi e la loro disciplina, così come il paragone con altre fattispecie sopra individuate come rilevanti, può permettere di azzardare qualche considerazione conclusiva sulle caratteristiche di questi c.d. nuovi beni.

Ricorda autorevole dottrina come per bene debba intendersi la nozione che “è stata elaborata dalla nostra esperienza giuridica per designare gli oggetti della proprietà e del possesso, o meglio, per designare ciò che era suscettibile di una forma di appartenenza ricollegabile o alla proprietà romanica o al *Gewere* germanico”⁽³²⁴⁾. Come più volte ricordato, però, le conoscenze scientifiche, il progresso tecnologico e la diffusione a livello di massa dell’uso degli strumenti informatici e telematici negli ultimi anni hanno portato l’emersione di nuove unità prive del tratto della materialità⁽³²⁵⁾ che sfuggono dalla tradizione romanica e dal *Gewere*, con ogni conseguenza sulle istanze di tutela loro connesse. Nell’ambito di questo fenomeno ci si è trovati davanti al problema della natura giuridica e della rilevanza di nuove “entità” non corporee⁽³²⁶⁾, quali «impulsi elettronici di movimento»⁽³²⁷⁾, così come innanzi a beni pensati dall’ordinamento stesso tra gli

⁽³²⁴⁾ A. GAMBARO, *La proprietà – beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica, P. Zatti, Milano, 1990, p. 86.

⁽³²⁵⁾ E. GERELLI, G. MURARO, *Verso un’economia immateriale. Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 124 i quali analizzano questo cambiamento strutturale che ha coinvolto l’economia mondiale basata sempre meno su capitale fisico e sempre più sui beni immateriali si legga; F. TESAURO, N. CANESSA, *Economia digitale. Aspetti civilistici e fiscali*, Milano, 2002, p. 165. Si veda ancora S. ROBERTO, *Nomi di dominio*, in *Il Nuovo Diritto*, 2006, 7/8, p. 733-750; A. MANTELERO, *Domain name nella giurisprudenza delle corti fra diritto e tecnologia*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, 1, p. 140-175.

⁽³²⁶⁾ Per un approfondimento in merito al tema si leggano R. FERORELLI, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Bari, 2006, p. 238 ss.; G. CASSANO, *L’impatto del codice dei diritti di proprietà industriale sulle nuove tecnologie e sul regime giuridico di internet*, in *Dir. internet*, 2005, p. 113.

⁽³²⁷⁾ Cfr. P. LEVY, *Fixed or fluid? Document stability and new media*, in *Proceeding of the 1994 European conference on hypermedia technology*, Edinburgh, 1994, p. 24 ss.

strumenti per contribuire a fondare e regolare la disciplina generale di un settore economico, come già fu per la regolamentazione della concorrenza fra esercizi commerciali e le c.d. licenze. In altri casi il regime delle concessioni o delle autorizzazioni è invece orientato da prospettive meramente economiche in relazione al corrispettivo che lo Stato può trarne, o dal fatto che lo stato non assume direttamente il compito dell'organizzazione di un servizio pubblico come è avvenuto per i trasporti.

Nel caso dei beni materiali, lo schema proprietario conserva a tutt'oggi una sua logica e ragione nella costante rappresentazione della scarsità del bene connessa alla pluralità delle sue possibili destinazioni economiche. Una cosa è classificata come bene in virtù della sua utilità e oggettiva scarsità, sicché il diritto di proprietà in ragione della relazione tra uomini e cosa, premette di gestire la sua scarsità per il tramite dell'appropriazione. La proprietà sui beni materiali individuerrebbe la presenza di una “*relationship both to and through objects of social wealth*”⁽³²⁸⁾.

Nel caso dell'immateriale invece la stessa individuazione del bene giuridico, ovvero la creazione del suo essere cosa alla quale non è correlata nessuna appropriazione in senso tecnico, è il frutto di un artificio legale che interviene “*before the relationship between rightholders and dutyholders can be filtered through these peculiar things*”⁽³²⁹⁾. Però i beni immateriali che abbiamo definito come tradizionali, in ragione della loro astratta inclusività, realizzano una sostanziale tipicità delle modalità dello sfruttamento economico e nelle forme di tutela loro accordate.

⁽³²⁸⁾ D. LAMETTI, *The Concept of Property: Relations Through Objects of Social Wealth*, in *University of Toronto Law Journal*, 2003, p. 57.

⁽³²⁹⁾ V. HEINS, *Human rights, Intellectual property, and Struggles for recognition*, in *Human Rights rev.*, 2008, p.219.

La locuzione “nuovi beni”⁽³³⁰⁾ è stata presa a prestito dalla nostra dottrina, come libera traduzione dell’espressione statunitense “*new properties*”, affascinante quanto non chiara locuzione usata nel 1964 per la prima volta da *Charles A. Reich*, nella rivista *The Yale Law Journal* per rappresentare nascenti forme di ricchezza nell’allora società statunitense⁽³³¹⁾.

La situazione descritta da *Reich* è mutata negli USA così pure in qualche maniera anche in Italia, sebbene più lentamente, pur rimanendo aperto il problema di una studio sul fenomeno della dematerializzazione dei patrimoni che costantemente si propone alle diverse latitudini. La nascita ed il diffondersi di nuove forme di ricchezza si estrinsecano, invero, attraverso modalità ed entità peculiari rispetto a quelle che siamo abituati ad utilizzare come categorie logiche di riferimento, imponendo una rivisitazione delle classificazioni giuridiche tradizionali.

La dottrina, allora, ha letto la nozione di *new properties* come riferita a tutti quei beni non già disciplinati e determinati né dal codice civile, né dalle leggi speciali che nel tempo si sono susseguite, cercando di identificarli con fenomeni connessi allo sviluppo tecnologico ed all’attività di impresa, sottolineando la difficoltà di una sistematica unitaria in quanto beni dalle diverse caratteristiche e diretti al sod-

⁽³³⁰⁾ Cfr. A. PEUKERT, *guterzuordnung als rechtsprinzip*, Tübingen, 2008, p. 1 ss. Relativamente ai problemi definitivi sollevati dai nuovi beni, si legga G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INIZIARI, G. TREMONTI, G. VISINTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 13 ss. Nonché A. IANNARELLI, *Beni, interessi e valori. Profili generali*, N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, p. 373 ss.; A. GAMBARO, *Dalla res alle new properties (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 675 ss.

⁽³³¹⁾ C. A. REICH, in *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 733 ss., prendeva atto dell’emersione di nuove forme di ricchezza rappresentate prevalentemente da diritti o status e/o “concessioni” di natura amministrativa (*largess*), elementi tutti da considerare unitamente al lavoro, le principali fonti di ricchezza degli uomini.

disfacimento di specifici interessi dai quali discendono una pluralità di modelli normativi che li disciplinano.

Un tratto unitario nella diversità delle fattispecie di riferimento è stato rintracciato nel rapporto che si istituisce fra entità immateriale e situazione soggettiva attiva riconosciuta dall'ordinamento giuridico come relazione con il soggetto. In forza di questi rapporti che l'ordinamento crea, il titolare trae dal bene le utilità che esso può fornire e lo fa in via esclusiva, pur queste utilità non coincidendo con quelle tipiche del rapporto tra bene materiale o immateriale "tradizionale" e proprietario.

L'utilità del rapporto di appartenenza, pur essendo diversa dall'appartenenza che caratterizza il contenuto dei diritti reali tradizionali connessi alla corporeità della cosa, non è neanche un rapporto meramente di natura personale, rimanendo pur sempre un relazione che ha come punto di riferimento oggettivo un'entità.

Nel caso delle *new properties* come per ogni altro bene immateriale la destinazione economica risulta compresa nella stessa situazione giuridica che viene eventualmente riconosciuta dal legislatore⁽³³²⁾, ma esse non realizzano alcuna tipicità nelle modalità dello sfruttamento economico e nelle tutele apprestate, come avviene per i beni immateriali tradizionali. "È il legislatore a costruire di volta in volta tanto la situazione giuridica quanto la fattispecie costitutiva: come dire che entrambe sono le facce della medesima medaglia"⁽³³³⁾.

La regolamentazione giuridica del bene così come la sua genesi sembra sempre più connessa alla protezione di interessi di natura

⁽³³²⁾ V. HEINS, *Human rights, Intellectual property, and Struggles for recognition*, in *Human Rights rev.*, 2008, p.219.

⁽³³³⁾ A. IANNARELLI, "Proprietà", "immaterial", "atipicità": i nuovi scenari di tutela, in *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, *passim*.

personale del soggetto, proprietario, utilizzatore ⁽³³⁴⁾ o dell'autorità che genera funzionalmente il bene. I beni esprimono il valore dell'interesse che realizzano nel contesto sociale e nel settore economico. Attraverso una disciplina differenziata dei beni si persegue l'obiettivo di soddisfare esigenze primarie di natura diversa, oscillanti tra la persona ed il mercato.

⁽³³⁴⁾ In merito si legga A. BELELLI, A. G. CIANCI, *Situazioni giuridiche beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, op. cit., p. 11 ss.

INDICE DEGLI AUTORI

I numeri fra parentesi si riferiscono alla nota in cui l'opera è citata

A

ALBANESE A., (146), (243)
ALPA G., (4), (199)
ALLARA M., (282)

B

BARCELLONA P., (66)
BASILICA F., (307)
BASTIANON G., (139)
BALDINI M., (269)
BELLANTUONO G., (23), (53), (54)
BELLELLI A., (108), (109), (277), (304), (334)
BENEDETTI A. M., (249), (259)
BETTI E., (124)
BIANCA M., (126), (180), (209)
BIGI E., (312)
BIGIAVI W., (136)
BORRUSO R., (147)
BUSNELLI F. D., (139)

C

CAFAGGI F., (265)
CALZONI G., (67)
CANDIAN A., (69), (295)
CANESSA N., (325)
CARINGELLA F., (133)
CARNELUTTI F., (286)
CARMIGIANI M., (102)
CARMINATI D., (213)
CARMIGIANI M., (305)
CASSANO G., (322)

CASSESE S., (146)
CATALDO G., (159)
CERRI S., (260)
CHINÈ G., (138)
CIANCI A.G., (108), (109), (277), (334)
CIPPITANI R., (7), (22), (96), (98), (112), (141), (219), (267), (271), (274), (276)
CLARICH M., (13), (56)
CLARONI A., (302)
COLANGELO G., (142)
COLCELLI V., (24), (54), (56), (72)
COMBA M., (84)
COMPORZI M., (84), (85)
COSTATO L., (5)
CRISAFULLI V., (187)
CRISCUOLO V., (123), (125), (130), (144)
CURTI GIALDINO C., (145)

D

DAL POGGETTO P., (317)
DANIELE L., (308)
DE CARLI P., (146)
DE PRETIS I., (116)
DI MAJO A., (60), (139)
DE NOVA G., (330)
DI PRIMIO R., (253), (254)
DI VIA V., (160)
DIENER M. C., (208), (209)
DONATO V., (120), (121), (122)
DOSSETTO M., (286)

F

FALCIONE M., (226)
FERRI G. B., (119)
FERORELLI R., (320), (326)
FLORIDIA G., (84)
FRAGOLA M., (84)
FRANCHINI F., (303)
FRIEDMANN W. G., (128)

FROSINI P., (51)

FULCI L., (112)

G

GAJA G., (87)

GALGANO G., (150), (238)

GAMBARO A., (69), (70), (87), (295), (324)

GAMBINI M., (214)

GAZZONI F., (200), (209), (247)

GERELLI E., (325)

GERMANÓ A., (102), (103), (305)

GIAMPICCOLO G., (151), (152), (153), (154), (155), (156)

GIANNINI M. S., (51), (180), (288)

GIOVANARDI E., (229)

GRIPPO E., (219), (222), (223)

GUARDIERI A., (32)

GUARNIERI S., (15)

GUGLIELMETTI G., (314)

H

HEINS V., (329), (332)

I

IANNARELLI A., (330), (333)

IRTI N., (1)

K

KILDEGAARD A., (14)

L

LAMETTI D., (328)

LANZI D., (114)

LEHMANN M., (314)

LENER A., (286)

LEVY P., (327)

LIBONATI B., (42), (47)

LISERRE A., (143)
LIVI M.A., (127)
LORENZONI A., (14)
LUZZATO F., (286)

M

MACARIO F., (127), (279), (314),
MAGAZZÙ A., (209)
MALAVASI A., (269)
MANCA F., (219), (222), (223)
MANTELERO A., (325)
MARCHENKO O. V., (17)
MARICONDA V., (242)
MATTEI U., (69), (294)
MAZZAMUTO S., (139)
MAZZI M., (253), (254)
MELI M., (139)
MESSINETTI D., (283)
MIGLIAZZA M., (309)
MIRABELLI V., (201)
MONATERI P. G., (57)
MORTHORST P. E., (2)
MURARO, G., (325),

N

NAPOLITANO G., (9)
NICOLUSSI A., (53)

O

ORESTANO A., (139)

P

PADELLETTI M.L., (71), (81)
PALAZZO A., (51), (129), (288), (289), (290), (291), (293)
PANELLA M., (16)

PARDOLESI R., (31)
PASSAGNOLI G., (139)
PASSARELLI S., (99)
PATTI G., (190)
PATTI S., (190)
PENNER J., (296)
PERLINGERI P., (99)
PERELMAN M., (280)
PERNAZZA F., (38)
PEUKERT A., (330)
PINO A., (64) (65) (66)
PISANI P., (30)
POLANYI M., (268)
POZZO B., (69), (295)
PUGLIATTI S., (52), (53), (62), (281), (283)

R

RAMPONI L., (286) A. LENER, F. CARNELUTTI, M. DOSSETTO, F. LUZZATO
REICH C., (106), (273), (331)
RESCIGNO R., (39), (57), (103)
ROBERTO S., (325)
RODOTÁ S., (103)
ROPPO V., (117), (131), (216)
ROSSETTI F., (229)
RUSSO E., (58)

S

SCAGLIONE F., (31)
SCALISI A., (139)
SCALISI V., (217)
SCOZZAFAVA O.T., (82)
SHAVELL S., (197)
SICCHERIO G., (245)
SILVESTRI E., (301)
STEFANELLI S., (214)
STROZZI G., (145)

T

TAPPI R., (58)

TESAURO F., (325)

TIZZANO A., (86), (88), (145)

TRIMARCHI M., (66), (84), (90), (92), (112), (299)

V

VALENTINO D., (215)

VAN GERVEN V. W., (30)

VAN EMPEL M., (272)

VARANI E., (306)

VESPASIANO F., (267)

VILLATA R., (303)

VISINTINI G., (218)

Z

ZENO - ZENCOVICH V., (285)

W

WALDRON J., (297)

WATT H. M., (265)

WEIL N., (270)

Pubblicato nell'anno 2011
Seconda edizione 2012