

ISSN 2724-3273



Milan Law Review

Fascicolo 1/2021

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MILANO



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CENTRO DI RICERCA
COORDINATO
"STUDI SULLA GIUSTIZIA"

EDITORE: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Gambaro

COMITATO DI DIREZIONE: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertoni, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenauer, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdiger, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

COMITATO DI REDAZIONE: Stefano Zirulia (coordinatore), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

COMITATO SCIENTIFICO: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) è una Rivista giuridica a vocazione multidisciplinare e multilingue, pubblicata con cadenza semestrale in modalità *open access*. La Rivista rappresenta uno spazio di discussione ed approfondimento aperto e pluralista, che si propone di superare gli steccati che tradizionalmente separano le discipline giuridiche e gli ordinamenti nazionali, promuovendo il dibattito scientifico su un ampio spettro di problematiche, da quelle classiche a quelle più strettamente contemporanee. Nata da un'iniziativa dei tre Dipartimenti afferenti alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, la Rivista annovera tra i componenti dei propri organi studiosi provenienti da prestigiosi Atenei e Centri di ricerca di tutto il mondo.

Open Access Policy: Questa serie fornisce accesso aperto e senza restrizioni ai suoi contenuti. Chiunque ha il diritto di scaricare, riutilizzare, ristampare, modificare, distribuire e/o copiare i contenuti pubblicati.

La Rivista è distribuita con **licenza Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. Tale licenza consente di riprodurre, distribuire, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, rappresentare, eseguire e recitare il materiale con qualsiasi mezzo e formato, purché venga espressamente riconosciuta la paternità dell'opera. Non è consentito l'utilizzo per scopi commerciali. Presentando un articolo alla Rivista l'autore ne accetta la pubblicazione in base a tale licenza.

Peer Review: I contributi sono sottoposti ad una procedura di referaggio anonimo (*double blind peer review*). Il Direttore responsabile, dopo avere svolto una previa valutazione di adeguatezza scientifica del contributo e di pertinenza all'area tematica della Rivista, invia gli stessi contributi, resi anonimi dal Comitato editoriale, al *referee* da lui scelto nell'ambito di un elenco di *referee* formato dal Comitato di direzione. Il *referee* esprime la propria valutazione, di regola, entro 20 giorni dall'attribuzione dell'incarico.

Codice etico: La Rivista si uniforma agli standard definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e adotta le relative linee guida. Il testo integrale del codice etico è disponibile sulla pagina web della *Milan Law Review*.

Modalità di citazione consigliata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Milan law review*, 2020, n. 1, p. 1-20.

ISSN: 2724-3273

Iscrizione al **Registro della Stampa** con Decreto del 2 luglio 2021, Tribunale di Milano.

Luogo di pubblicazione: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italia.

Data di pubblicazione del fascicolo: settembre 2021.

PUBLISHER: Università degli Studi di Milano - CRC “Studi sulla giustizia”

EDITOR IN CHIEF: Antonio Gambaro

EDITORIAL BOARD: Mauro Barberis, Marco Barbieri, Luca Bertone, Pierre Brunet, María Adoración Castro Jover, Marco Cian, Giuditta Cordero-Moss, Filippo Danovi, Francesco Delfini, Chiara Favilli, Jordi Ferrer Beltrán, Thomas Finkenaue, Cristina Frankel-Haeberle, Luis Leiva Fernández, Fernando Londoño Martínez, Claudio Luzzati, Belén Mora Capitán, Carlos Petit, Otto Pfersmann, Thomas Rüdner, Roberto Sacchi, Claudia Storti, Francesco Viganò, Daniela Vigoni.

EDITORIAL STAFF: Stefano Zirulia (coordinator), Alberto Aimi, Ilaria Anrò, Amal Abu Awwad, Mohamed Arafa, Vittorio Bachelet, Andrea Ballancin, Antonia Baraggia, Davide Casale, Stefano Catalano, Paola Chiarella, Nadia Coggiola, Daniela Dadamo, Linda De Maddalena, Filip Dorsemont, Carmela Elefante, Emanuela Fugazza, Lorenzo Gagliardi, Maria Elena Gennusa, Aleksander Grebieniow, Alessandra Ingrao, Daniel Oliver Lalana, Barbara Mameli, Davide Paris, Titina Maria Pezzani, Lilian San Martín Neira, Irene Stolzi, Marcello Toscano, Tommaso Trinchera, Silvia Zorzetto.

SCIENTIFIC COMMITTEE: Jean Bernard Auby, Joxerramon Bengoetxea, Francesca Biondi, Luis Blanco Valdés, Alessandro Boscati, Nerina Boschiero, Eugenio Bruti Liberati, Maria Teresa Carinci, Paolo Carnevale, Elena Maria Catalano, Rossella Cerchia, Philippe Chauviré, Roberto Cornelli, Carlos De Cores, Iole Fagnoli, Francesco Giglio, Luigi Lacchè, Luca Luparia, Natascia Marchei, Luca Masera, Mathias Möschel, Vito Pinto, Gaetano Ragucci, Francesca Ruggieri, Wojciech Sadursky, Laura Salvaneschi, Francesco A. Schurr, Marco Scoletta, Armin Von Bogdandy, Zhao Yi.

Milan Law Review (MLR) Milan Law Review (MLR) is a multidisciplinary and multilingual law journal, published on a six-monthly basis in open access mode. The Review provides an open and pluralist space for discussion and in-depth scholarship, which aims to overcome those pre-established barriers which conventionally separate legal disciplines and national legal systems and to promote the scientific debate on a wide range of issues, from traditional to more strictly contemporary ones. Created on the initiative of the three Departments composing the Faculty of Law of the University of Milan, MLR counts among the members of its academic bodies prestigious Universities and research centres from all over the world.

Open Access Policy: The Review provides open and unrestricted access to its contents. Anyone has the right to download, use, print, distribute and/or copy published content, in compliance with the adopted license (see below).

The Review is distributed under a **Creative Commons Attribution - 4.0 International License BY-NC-ND**. This license allows to reproduce, distribute, communicate to the public, publicly display, perform and recite the material in any medium and format, provided that the authorship of the work is expressly acknowledged. Use for commercial purposes is not permitted. By submitting an article to the Review, the author accepts publication under this license.

Peer Review: Contributions are subject to double blind peer review. The Editor in Chief, after a preliminary evaluation of the scientific adequacy of the contribution and its relevance to the subject area of the Review, sends the contribution, made anonymous by the Editorial Staff, to the referee chosen from a list of referees formed by the Editorial Board. The referee shall express her or his evaluation within 20 days of the assignment unless otherwise agreed.

Publication Ethics: The Review has adopted its own standards on publication ethics (available on the MLR website), in compliance with the guidelines defined by the Committee on Publication Ethics (COPE).

Suggested Citation style: N. SURNAME, *Title*, in *Milan law review*, 2020, n. 1, p. 1-20.

ISSN: 2724-3273

Registration in the **Public Press Register** by Decree of July 2, 2021 - Court of Milan.

Place of Publication: Milano, via Festa del Perdono n. 7, 20122, Italy.

Date of Publication of this Issue: September 2021.



N. 1/2021

INDICE DEI CONTRIBUTI

FRANCESCO DELFINI, <i>Unnegotiated Contracts of Adhesion in American Common and Civil Law Jurisdictions: The Canadian and Argentinian Cases</i>	1
GIUSEPPE FERRI JR, <i>L'astensione dal voto dell'amministratore di società per azioni in conflitto di interessi da dovere a diritto</i>	33
ANGELIKA K. LAYR, <i>Tokenization of Assets: Security Tokens in Liechtenstein and Switzerland</i>	45
NUCCIA PARODI, <i>Donner et retenir ne vaut: un antico principio rivisitato</i>	73
ADRIANO ZAMBON, <i>Il consumatore responsabile: un caso di virtù</i>	103





Unnegotiated Contracts of Adhesion in American Common and Civil Law Jurisdictions: The Canadian and Argentinian Cases

FRANCESCO DELFINI

Professore Ordinario di Diritto civile

Università degli Studi di Milano

francesco.delfini@unimi.it

ABSTRACT

Il saggio affronta il tema del controllo sulla predisposizione unilaterale dei contratti standard e degli strumenti giuridici a tal fine sviluppati sia nella tradizione di *common law*, sia in quella di *civil law*. In particolare, da un lato, si concentra sulla “*Unconscionability Doctrine*”, così come è stata originariamente recepita nell'*Uniform Commercial Code* statunitense e come recentemente sviluppata nelle decisioni della Corte Suprema canadese; dall'altro, esamina la disciplina recata dai codici civili americani del Québec e dell'Argentina in punto di determinazione unilaterale del contenuto del contratto da parte del predisponente. Infine, muovendo da alcuni casi emersi nella giurisprudenza italiana, ci si interroga sulle indicazioni che possono essere tratte, anche per la giurisdizione domestica, dalla disciplina contenuta nei codici del Québec e dell'Argentina (così come nel codice civile francese, recentemente novellato) per



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16466>

la valutazione delle clausole non negoziate di determinazione unilaterale dell'oggetto e del contenuto giuridico del contratto standard.

Parole chiave: Contratti per adesione; Condizioni generali di contratto; *Unconscionability*; *Uniform Commercial Code*; Corte Suprema del Canada; Codice civile del Québec; Codice civile e commerciale argentino.

The essay addresses the control of Unnegotiated Standard Form Contracts and the legal tools developed for such purpose both in common and civil law traditions. In particular, on the one hand, it focuses on unconscionability, as it was originally crafted by the USA's Uniform Commercial Code and recently shaped as a new doctrine by the Canadian Supreme Court; on the other hand, it looks to the American civil codes of Quebec and Argentina. Then it deals with some cases occurring in Italian case law, suggesting that the Quebec and Argentinian Codes (as well as the recently amended French Civil Code) could give guidance in assessing the enforceability of unnegotiated standard clauses that affect the very core of the contract and its subject matter.

Keywords: Standard Form Contracts; Unconscionability; Uniform Commercial Code; Supreme Court of Canada; Quebec Civil Code; Argentinian Civil and Commercial Code.

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

Unnegotiated Contracts of Adhesion in American Common and Civil Law Jurisdictions: the Canadian and Argentinian Cases

SOMMARIO: 1. Meeting of the minds and standard terms in contracts formation. – 2. The doctrine of unconscionability in North American common law jurisdictions. – 2.1. USA's Uniform Commercial Code. – 2.2. The new Canadian doctrine of unconscionability. – 2.2.1. *Hunter v. Syncrude*. – 2.2.2. *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*. – 2.2.3. The "waiver of liability clause" and the "entire agreement clause" before the Court of Appeal for British Columbia. – 2.2.4. *Uber Technologies Inc. v. Heller*, 2020 SCC 16. – 3. Unconscionability doctrine and Civil Code of Louisiana. – 4. American Civil Codes and control of the merits of the unnegotiated terms: Quebec and Argentina cases. – 4.1. The Quebec Civil Code. – 4.2. The Argentinian Civil and Commercial Code. – 5. Unnegotiated standard clauses affecting the core and subject matter of the contract. – 6. Some relevant Italian case law. – 6.1. The Safe Deposit Boxes Cases. – 6.2. Suretyships in Favor of Banks Cases. – 6.3. The Claims-Made Insurance Policies Cases. – 7. The French Civil Code, as amended in 2015. – 8. Conclusions

1. Meeting of the minds and standard terms in contracts law jurisdictions.

Quoting an acclaimed essay written in the 1980s, we can say that civil law codes and common law *"share a common heritage: one set of rules for the formation of contracts, with the implicit premise that all obligations are contracted at arm's length through a process of actual term-by-term bargaining by parties having relatively equal bargaining power. The need for mass contracting, brought about by mass production and mass marketing, surely undercut whatever validity that implicit premise historically may have enjoyed"*¹.

Indeed, it is common knowledge that rules on the formation of contract in European (and South American) civil codes – mostly deriving from the Napoleonic Code – are mainly based on the interaction and exchange of ideas during encounters between the two or more parties involved in the contract. The same occurs in the few instances of civil law embedded in the east coast north

(¹) R. L. HERSBERGEN, *Contracts of Adhesion Under the Louisiana Civil Code*, in *Louisiana law review*, 1982, 43, 15.

American predominant common law jurisdictions, such as Quebec and Louisiana.

Such a 19th-century manner of building consent – through an exchange of offer, acceptance or counterproposal – has been overturned (except in certain specific fields, such as in real estate sales to individuals) by the unilaterally formed standard contract, for which the economically weaker party's sole option is to adhere or not to the proposed terms.

The matter of “standard form contracts of adhesion” has been clearly considered by code makers in the 20th century: in the Italian Civil Code (ICC) of 1942 the party joining a standard contract is protected from unfair standard terms by Art.s 1341 and 1342². This type of protection, though very up-to-date for that time, appears now merely formal as it relied only on specific approval in writing of a limited set of clauses and did (and does) not allow Italian courts to ascertain the fairness of the standard terms.

However, at least a basic protection, shared by the majority of Civil Codes and by common law, is what the latter refers to as the *contra proferentem* rule³, as a way to interpret and construe the adhesion contracts: as the rule is set forth in Louisiana's Civil Code, following the path of many European Codes⁴ “A contract executed in a standard form of one party must be interpreted, in case of doubt, in favor of the other party” (Art. 2056, 2nd par.).

But the challenges posed by adhesion contracts need more than an interpretation rule or some special form requirements (as the Italian Civil Code provides): tools are needed that can address the potential substantive unbalance or even inutility, for the adherent party, of a contract which clauses are unilaterally crafted and imposed by the drafter.

Considering that a more substantive protection in contracts between professionals and consumers was needed, the European Union, in the late 1990s, developed, by means of directives which were then implemented in member States⁵, a set of rules allowing courts to control the potential imbalance and

(2) On the Italian legal literature in English, see M. GRAZIADEI, *Control of price related terms in standard form contracts: the Italian experience*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2018, 193 ff.

(3) In the Canadian common law cases, see *Hillis Oil and Sales Ltd. v Wynn's Canada Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57, 68-69.

(4) For the Italian Civil Code, see art. 1370.

(5) Art. 3.1 of EU Directive 93/13/ of 5th April 1993 on unfair terms in consumer contracts reads: “1. A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer”. Art. 4.1 of the same Directive reads: “Assessment of the unfair nature of the terms shall relate neither to the definition of the main subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration, on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange, on the other, in so far as these terms are in plain intelligible language”.

unfairness between rights and obligations arising from standard terms⁶. The same approach was followed in some North American Common law Jurisdictions, such as British Columbia, where a set of specific rules was enacted for consumer transactions⁷.

The actual debate, in Europe, is on how to provide quite the same protection also in B2B contracts, as no general provision on the topic exists as yet.

In particular, in Italy it is disputed whether the same substantial protection as provided for consumer contracts may be granted in business-to-business commerce by extending the scope of Art. 9 of Law no. 192 /1998⁸ (a statute preventing abuses of economic dependence in industrial subcontracting), suggesting it could be regarded as a general clause, although it was a rule established for the specific field of subcontracting.

Indeed, even though European lawmakers had focused on the protection of consumers as the main issue at stake, the need for this kind of protection has also been seen, more recently, whenever professionals (or individuals) enter into contracts (formally) as peers⁹ but without having the same economic and bargaining power as their counterparty, as is the case for a small or a medium-sized company adhering to standard contracts on the basis of the counterparty's form and terms.

(⁶) A control that targets only the juridical balance of the contract, with the express exemption of questioning the price and the subject matter (the goods or service rendered under the contract) if they are correctly expressed and disclosed. Consumer protection under European law has been debated and addressed by scholars starting from the main Directive 93/13 on Unfair Terms in Consumer Contract. See the debate reported in P. NEBBIA, *Law as Tradition and the Europeanization of Contract Law: A Case Study*, in *Yearbook of European Law*, 2004, 363 ff. An essay on the more specific Italian domestic case law concerning control over penalty clauses and liquidated damages clauses is delivered in English by F.P. PATTI, *Penalty Clauses in Italian Law*, in *European Review of Private law*, 2015, 309 ff.

(⁷) For British Columbia, as we will see below, reference is made to the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004.

(⁸) Art. 9 of Law. no. 192 of 18th June 1998, headed "Abuse of economic dependence", reads: «1. The abuse by one or more companies of the economic dependence in which, in its or in their regards, a client or supplier company is prohibited. The economic situation in which a company is able to determine, in commercial relations with another company, an excessive imbalance of rights and obligations is considered an economic dependency. The economic dependence is assessed also taking into account the real possibility for the party who has suffered the abuse to find satisfactory alternatives on the market. 2. The abuse can also consist in the refusal to sell or in the refusal to buy, in the imposition of unjustifiably burdensome or discriminatory contractual conditions, in the arbitrary interruption of commercial relations in progress. 3. The clause or agreement through which the abuse of economic dependence is done is void and null».

(⁹) In "commercial transactions", as opposed to "consumer transactions", as they are called in British Columbia.

2. The doctrine of unconscionability in North American common law jurisdictions.

The main tool for such control of contract power, developed in North American Common law jurisdictions¹⁰, appears to be the "unconscionability" doctrine.¹¹

As was noted: "In the common law jurisdictions "unconscionability" has emerged from Uniform Commercial Code § 2-302(1) as the principal judicial device by which the fairness of standard form contracts of adhesion in a consumer transaction is adjusted"¹².

Moving on from the end of the nineteenth century, English Courts of equity began to set aside agreements when they resulted from an inequality of bargaining power, referring to the concept of "unconscionability"¹³.

The term addresses something which "affronts the sense of decency", as it involves a gross overall one-sidedness of the contract or of a specific term such as disclaiming a warranty, limiting damages or granting procedural advantages.¹⁴ According to Canadian case law, awareness of the vulnerability of the other

(¹⁰) It is a common remark that common law jurisdictions outside the United Kingdom, notably Canada and the USA, are more open to establishing a general doctrine of unconscionability: see H. BEALE, *Chitty on Contracts*²⁸, London 1999, 1, 455, referring to Commonwealth courts and in particular to Canadian (but also Australian) ones. As it was noted (S. M. WADDAMS, *Unconscionability in Canadian Contract Law*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1992, 14, 543: "English courts generally do not recognize unconscionability as a contractual defense. This is partly on account of the United Kingdom's Unfair Contract Terms Act and the general mood of judicial conservatism prevailing in English courts").

(¹¹) Although some Canadian Scholars expressed skepticism as to the "impossible tasks that are delegated to the judiciary by the unconscionability doctrine" (R. A. HASSON, "Unconscionability in Contract Law and in the New Sales Act - Confessions of a Doubting Thomas" in *Canadian Business Law Journal*, 4.4/1980, 383-402, in particular 384: "To whom it may be replied that his examples are case law in which the unconscionability doctrine was applied to assess the fairness of the economic exchange and level of profits secured by the contract and not, as more properly should be, to assess the potential unbalance of the terms and clauses unilaterally drafted")

(¹²) R. L. HERSBERGEN, *Contracts of Adhesion*, cit., 14- 15.

(¹³) The roots of the concept lie in Equity: see, among others, G. TREITEL, *The Law of Contract*¹⁰, London 1999, 382; H. BEALE (ed.), *Chitty On Contracts*²⁸, cit., 1, 450; J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*³, St. Paul 1987, 399.

(¹⁴) J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., 406-407. As it was recently expressed in Canadian legal literature, "the idea of sanctity of contract has been balanced against the desire of courts to avoid enforcement of contracts that have been perceived as very unfair" (S. M. WADDAMS, *Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective*, in *Canadian Business Law Journal*, 2010, 49, 378).

party is not necessary, except in cases where the effects of the doctrine are claimed involving third parties¹⁵.

2.1. USA's Uniform Commercial Code.

Under traditional unconscionability doctrine, the remedies available to the weaker party are basically the "rescission" of the agreement (in equity)¹⁶. Thus, the scope of the traditional doctrine is unlikely to prove efficient in controlling contract power in adhesion contracts because, as a result of its application, the whole contract would be set aside.

Therefore *"it may be asked whether the weaker party, rather than seeking rescission of the entire agreement, may seek to set aside the particularly oppressive term of the contract and enforce the remaining terms of the unconscionable bargain"*¹⁷.

The answer is affirmative in American Common Law, as *Uniform Commercial Code (UCC)*, at § 2-302¹⁸ "Unconscionable contract or Clause" provides (emphasis added):

"(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

*(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination". And, it was noted, "Canada shares with the United States the traditions of English common law and equity underlying section 2-302".*¹⁹

(¹⁵) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*², Toronto 2012, 431-436.

(¹⁶) "Agreements can be set aside or enforcement can be refused" (J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., 403). In addition, sometimes also damages can be awarded (J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 439).

(¹⁷) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 440 (emphasis added).

(¹⁸) Among USA literature on the Uniform Commercial Code, a classic milestone remains R. DUGAN *Standardized Forms: Unconscionability and Good Faith*, in *New England Law Review*, 1979, 711, which deals with the potential uncertainty arising out of the reference made in UCC to unconscionability - as «no two courts or commentators employ the same set of working rules for determining unconscionability» - and attempts to give different and separate scopes to the "unconscionability doctrine" and to the "good faith doctrine".

(¹⁹) S. M. WADDAMS, *Unconscionability in Canadian Contract Law*, cit., 541, pointing out that the Courts' control over contract formation is made by excluding unfair provisions or modifying them by incorporating implied terms, or by means of the doctrine of unconscionability.

The rule can be applied to single standard terms²⁰, if the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time of the making of the contract.²¹ The provision also shows similarities to Unidroit Principles Art. 3.2.7 on gross disparity.²² Moreover, some comparison referring to the European Draft Common Frame of Reference has been made by the Canadian Scholars²³.

UCC § 2-302 is intended to apply directly to “transactions in goods”, but it is regarded as an expression of a general principle or is deemed to be applicable by analogy: therefore in North American common law it has become a part of the general law of contract.²⁴ It has been applied mostly in favor of consumers, but the doctrine has been invoked also by professionals and small business operators such as franchisees, which can be victimized by unconscionable contracts.²⁵ As a result of such widespread application of UCC, the adherent party is entitled to seek as a remedy the mere excision of the unconscionable clause, maintaining the remainder of the contract intact.

2.2. The new Canadian doctrine of unconscionability

Such a broad range of reliefs (namely excision of clauses or adaptation of the contract) has not traditionally been granted in Canadian common law, but in

(²⁰) The reference to the contract and to the clause, instead of to the party's behavior, is suggested, moving from section 2-302 UCC, by S. M. WADDAMS, *Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations*, in *Journal of Contract Law*, 1995, 9, 60, footnote 21: “Some modern cases and commentators have used the word ‘unconscionable’ with reference to conduct. The older usage, however, and that of the Uniform Commercial Code (s 2-302), applies the word unconscionable to the contract itself, or a clause of it, not to the conduct of the party seeking enforcement”.

(²¹) E. A. FARNSWORTH, *Contracts*³, New York 1999, 310.

(²²) Unidroit Principles Art. 3.2.7 (“Gross Disparity”) reads: “(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Art. 3.2.10(2) apply accordingly”.

(²³) S. M. WADDAMS, *Abusive or Unconscionable Clauses*, cit., 49, 378 ss. (spec. 386) making specific reference to sect. 7:207 “Unfair exploitation”.

(²⁴) E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, cit., 308; J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., 403.

(²⁵) E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, cit., 314; J. D. CALAMARI, J. M. PERILLO, *The Law of Contracts*, cit., 404.

the last decades the Supreme Court of Canada has held that the doctrine of unconscionability – which rests mainly on the principle of good faith²⁶ – may be employed to delete a particular term from the unconscionable bargain: in particular to challenge “disclaimer” or “limitation of liability” clauses and to render them unenforceable, with the result that the remainder of the agreement still remains enforceable²⁷.

Canada is a bijuridical federal country of great interest for a civil law scholar because it embeds a civil law jurisdiction (Quebec) among a predominant number of common law ones and therefore the contacts and coexistence of the two legal traditions are intertwined. In addition, certain provincial consumer protection legislations (statutes) are, to a large extent, similar to the European Union rules.

In British Columbia, one of the most important common law Provinces, Part 2 of the *Business Practices and Consumer Protection Act*, S.B.C. 2004, par. 2, contains a statutory regime applicable to unconscionable acts or practices by suppliers. There, “consumer transactions” are defined as follows: «“consumer transaction” means (a) a supply of goods or services or real property by a supplier to a consumer for purposes that are primarily personal, family or household, or (b) a solicitation, offer, advertisement or promotion by a supplier with respect to a transaction referred to in par. (a), and, except in Parts 4 and 5, includes a solicitation of a consumer by a supplier for a contribution of money or other property by the “consumer”».

The statute reverses the burden of proof, requiring the supplier to prove that the unconscionable act or practice in question was not committed and it empowers the courts with considerable flexibility as to remedies.

Outside of consumer transactions - i.e., in commercial transactions - the control of contract power²⁸ may rely on common law unconscionability doctrine.

(²⁶) See *Bhasin v Hrynew*, 2014 SCC 71, where Supreme Court of Canada (SCC) – dealing with the performance of the contract - pointed out that a general principle of good faith underlies the law of contracts as it is reflected in many of the existing doctrines, including unconscionability. On the duty of good faith in contract performance, and on its extent, see R. JUKIER, *Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec*, in *Journal of Commonwealth Law*, 2018, 1, 83 ff. (paper presented at the Symposium “*Bonne foi en matière contractuelle / Good Faith in Contract*”, held at the Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec, on May 10–11, 2018).

(²⁷) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 440.

(²⁸) Common law scholars, and Canadians in particular, use the expression “the Control of Contract Power” to refer to the concerns arising out of an unshakable faith in the “freedom of contract” doctrine and in the related “sanctity of contract”, which both stem from the original common law of the 19th century and are based on the idea of contractual consent resulting from exchange of offer and acceptance, or from face to face negotiation between single individuals (see A. SWAN, J. ADAMSKI, A. Y. NA, *Canadian Contract Law*¹, London 2006, 629 ff.). The expression harks back to the title of the famous essay published in the Eighties by another Canadian scholar, Barry J. Reiter (B. J. REITER, *The*

As stated above, in traditional common law unconscionability leads to *rescission* of the contract and therefore the entire contract would be set aside. But in the last decades, albeit in principle, the opportunity to challenge single particular standard terms (e.g. *exculpatory clauses*) by means of the unconscionability doctrine has been considered in Canadian Supreme Court and British Columbia Court of Appeal decisions that have shaped a new “doctrine of unconscionable terms”, which effect has been «to preclude reliance on the exculpatory clause, but to leave the remainder of the contract intact and enforceable»²⁹.

As was noted, with such decisions the Supreme Court of Canada has «crafted a unique Canadian rule designed to control the unjust application of exculpatory clauses», that may call “for a new name” for the doctrine itself³⁰.

The most important leading cases decided by the Canadian Supreme Court were “Hunter” and “Tercon”, in which it was considered feasible and practicable to delete an unconscionable exculpatory clause and enforce the remainder of the contract³¹; they have been followed more recently, in 2020, by *Uber Technologies Inc. v. Heller*.

2.2.1. Hunter v. Syncrude.

In 1989, in the first leading case mentioned above, *Hunter v. Syncrude* – a decision on a dispute which arose out of three contracts for the supply of gearboxes for the Alberta tar sands project – the Supreme Court of Canada addressed, *inter alia*, the enforceability of a clause included in standard form supply contracts, namely a warranty limiting the liability of the supplier.³²

In the reasoning, it was pointed out: «*In light of the unnecessary complexities the doctrine of fundamental breach has created, the resulting uncertainty in the law, and the unrefined nature of the doctrine as a tool for averting unfairness, I am much inclined to lay the doctrine of fundamental breach to rest, and where necessary and appropriate, to deal explicitly with unconscionability*».³³

Control of Contract Power, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981, 347) in which, with a more theoretical approach to the issue, he examined the different legal techniques used and useful at macro and micro level for such control, among which “the modern notion of unconscionability”.

(²⁹) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 822, footnote 21.

(³⁰) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 831-832.

(³¹) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 446.

(³²) *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.* [1989] 1 SCR. 426.

(³³) *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, cit., 462 (Chief Justice, emphasis added). S. M. WADDAMS, *Unconscionability in Canadian Contract Law*, cit., 543 noted that Karl Llewellyn, the principal drafter of section 2-302 UCC “*avored open recognition of a general principle of unconscionability. He thought that such a principle was more reliable and rational than the tortuous use of judicial techniques, such as construction*”, and added “*There is much in the Canadian experience to bear out Llewellyn’s thesis. For example, under the influence of the fundamental breach doctrine, the law of disclaimer clauses became arbitrary and*”

In the case, the Court deemed the exclusion clause enforceable because the parties to the contract were found to have roughly equal bargaining power and so unconscionability doctrine would not be applicable.³⁴

Although the decision was positive on the enforceability of the clause at issue³⁵, the most important outcome, for the topic here addressed, is that the Court (even though in principle) found it possible not to enforce only a single clause and maintain the residual part of the contract enforceable.

2.2.2. *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*.

In the 2010 subsequent case *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*³⁶, the Supreme Court was asked to assess the validity of a standard term (i.e. *exclusion clause*), which prevented the Province from being sued for damages for having awarded a public work of highway construction to an ineligible bidder.

The Court – with a majority vote of 5 to 4 – found that, because of its ambiguity, the exclusion clause could not have prevented the Province from being sued for damages and therefore decided in favor of *Tercon*³⁷. Not holding the clause applicable to the case, due to its unclear wording, there was no point – for the majority of the Court – in debating whether it can be set aside by the unconscionability doctrine.

The issue was raised, however, in the dissenting opinion written on behalf of the four judges (among whom the Chief Justice) McLachlin C.J., Binnie, Abella and Rothstein JJ, who deemed that the traditional doctrine of fundamental breach was of no avail in that case due to its vagueness³⁸, as was previously noted in *Hunter v. Syncrude*.

unpredictable, and led the courts to wrong results in both directions: courts enforced unfair clauses and struck down clauses that were fair and reasonable. The same has happened with the law relating to penalty clauses”.

(³⁴) *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd*, cit., 517- 518

(³⁵) *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd*, cit., 522.

(³⁶) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, 2010 SCC 4, [2010] 1 SCR 69.

(³⁷) See reasoning of the Court, *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 79: «If I am wrong about my interpretation of the clause, I would hold, as did the trial judge, that its language is at least ambiguous. If, as the Province contends, the phrase “participating in this RFP” could reasonably mean “submitting a Proposal”, that phrase could also reasonably mean “competing against the other eligible participants”. Any ambiguity in the context of this contract requires that the clause be interpreted against the Province and in favor of Tercon under the principle contra proferentem: see, e.g., *Hillis Oil and Sales Ltd. v. Wynn’s Canada, Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 57, at pp. 68-69. Following this approach, the clause would not apply to bar Tercon’s damages claim» (emphasis added).

(³⁸) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 108.

The dissenting minority therefore held it more efficient to rely on the *unconscionability* doctrine³⁹.

In the very pragmatic way common law courts shape their reasoning, a three-step test was laid down to assess whether to enforce an exclusion of liability clause included in party's standard terms: «[122] The first issue, of course, is whether as a matter of interpretation the exclusion clause even applies to the circumstances established in evidence. This will depend on the court's assessment of the intention of the parties as expressed in the contract. If the exclusion clause does not apply, there is obviously no need to proceed further with this analysis. If the exclusion clause applies, the second issue is whether the exclusion clause was unconscionable at the time the contract was made, "as might arise from situations of unequal bargaining power between the parties" (Hunter, at p. 462). This second issue has to do with contract formation, not breach. [123] If the exclusion clause is held to be valid and applicable, the court may undertake a third enquiry, namely whether the court should nevertheless refuse to enforce the valid exclusion clause because of the existence of an overriding public policy, proof of which lies on the party seeking to avoid enforcement of the clause, that outweighs the very strong public interest in the enforcement of contracts»⁴⁰.

In the application to the facts of the case, the dissenting opinion found that the exclusion clause drafted as a standard term by the Province of BC was not unconscionable and therefore could prevent the Province from being liable and bound to pay compensation for having awarded the road construction contract to an ineligible bidder.

Indeed, performing the second step of the proposed test, the dissenting opinion noted that although Tercon was not on the same level of power and authority as the Province of British Columbia, Tercon was in any case a major contractor, perfectly able to look after itself in a commercial context and therefore found that there was no relevant imbalance in bargaining power⁴¹.

Having not found such a material imbalance, the clause was deemed valid, in the dissenting opinion, and therefore there was room for the third step of the test, assessing whether there was an overriding public policy that requires refusing to enforce the clause⁴², which the minority of the court did not find⁴³.

In their opinion, the dissenting Judges would then have dismissed the appeal, which was not the majority decision. But what is relevant, for the topic addressed in this paper, is that also this case confirms the developing of the unconscionability doctrine resulting from *Hunter v. Syncrude*, *id est* the applicability of the doctrine not for rescinding a contract as a whole, but to set

(39) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 108.

(40) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 122 (emphasis added).

(41) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 131(emphasis added).

(42) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 135.

(43) *Tercon Contractors Ltd. v. Province of British Columbia*, cit., par. 141.

aside only the clauses found unconscionable, maintaining and enforcing the remainder of the contract as amended without them⁴⁴.

Moreover, Tercon can be considered a seminal case because its dissenting opinion built up a more precise and clear shape of the Canadian doctrine of unconscionability and provided courts and practitioners with the three-step test to apply the doctrine itself.

2.2.3. The “waiver of liability clause” and the “entire agreement clause” before the Court of Appeal for British Columbia.

The provincial courts in British Columbia have applied the aforementioned Supreme Court decisions in considering the potential unconscionability of specific standard terms.

In *Loycuk v. Cougar Mountain Adventures Ltd.*⁴⁵, brought before the Court of Appeal for British Columbia in 2012, the three-step test suggested in Tercon was tried on a “waiver of liability clause” drafted by Cougar Mountain Adventures Ltd. (a zip-line tour operator), and signed by the clients, injured when they collided while travelling on the same zip-line.

In the application to the facts, the court did not find it unconscionable for the operator of a recreational-sports facility to require a person who wishes to engage in activities to sign a release that bars all claims for negligence against the operator and its employees, and therefore the standard term was considered enforceable.

A previous case decided by the same Court of Appeal for British Columbia in 2007 - *Taurus Ventures Ltd. v. Intrawest Corporation and Whistler Mountain Resort*⁴⁶ - is also relevant, because it addressed a different clause, the “entire agreement clause” (known also as “merger clause” and commonly to be found among the so called “boilerplate clauses”).

The main question posed to the court was «*whether pre-contractual representations may give rise to damages, where the contract entered into does not address the matters about which the representations were made, and includes an “entire agreement” clause*» (par.1).

Intrawest sold to Taurus a building lot on Whistler Mountain in a development called Kadenwood and marketed it as a “premier ski-in/ski-out” residential development, with access to the lots by skiers on ski runs and ski trails, but the contract did not provide for the construction of them. The buyer claimed that Intrawest represented that it would build and pay for both the ski runs and ski trails within a reasonable period of time following their

(⁴⁴) See also J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 826 (emphasis added).

(⁴⁵) Court of Appeal for British Columbia, *Loycuk v. Cougar Mountain Adventures Ltd.* 2012 BCCA 122.

(⁴⁶) Court of Appeal for British Columbia, *Taurus Ventures Ltd. v. Intrawest Corporation and Whistler Mountain Resort Limited Partnership*, 2007 BCCA 228.

purchase of the lot, and that it failed to do so and sued Intrawest for damages for, among other claims, breach of a collateral contract and negligent misrepresentation.

The judgement dealt with a specific common law issue, the concurrency with action in contract and action in tort (of misrepresentation), when a subsequent contract was entered into between the parties. Because the doctrine of concurrency between contract and tort actions expressly allows the parties to exclude the concurrency itself, when such a clause is inserted in the contract, its enforceability could be challenged (*inter alia*) through the unconscionability doctrine, as was done in the reasoning of the previous case “BG Checo”⁴⁷.

In the Taurus decision, the court found that the “entire agreement clause” could be deemed an exclusion of liability in tort, but did not consider the clause unconscionable because it found that «the parties were both sophisticated, commercial entities» and «the contract was not a “standard adhesion contract”»⁴⁸.

The most important Canadian common law literature, having noted that such a new Supreme Court of Canada doctrine has been tested mainly with regard to limitation or exclusion of liability clauses, wondered «*to what types of clause is the doctrine likely to apply other than exculpatory clauses*», suggesting that «*the new doctrine is likely to apply to other clauses that have been the subject of “special notice” requirements under prior law. Of these provisions, perhaps the most likely candidate for subjection to the new doctrine is the “entire agreement clause” and recalled also the “arbitration clauses inserted in consumer services agreements for the apparent purpose of precluding consumer class actions”*»⁴⁹.

Such a suggestion proved sound and farsighted, as more recently, on June 26th, 2020, the Supreme Court of Canada addressed an arbitration clause embedded in a standard contract drafted by Uber (Uber Technologies Inc. v. Heller, 2020 SCC 16)

2.2.4. Uber Technologies Inc. v. Heller, 2020 SCC 16

The facts, as recalled by the Court, were quite simple: “*H provides food delivery services in Toronto using Uber’s software applications. To become a driver for Uber, H had to accept the terms of Uber’s standard form services agreement. Under the*

(⁴⁷) Court of Appeal for British Columbia, *Taurus Ventures Ltd. v. Intrawest Corporation and Whistler Mountain Resort Limited Partnership*, cit., par. 58: «*Thus, whether the entire agreement clause excludes Intrawest from liability for negligent misrepresentation is not easily answered. The principles of concurrency, as expressed in BG Checo, support the entitlement of a plaintiff to choose either, or both, contract and tort remedies. It is also clear, however, that parties may arrange their affairs to exclude liability in tort by including valid exclusion clauses in their contract*».

(⁴⁸) Court of Appeal for British Columbia, *Taurus Ventures Ltd. v. Intrawest Corporation and Whistler Mountain Resort Limited Partnership*, cit., par. 59 (although the court left room for a more thorough examination of the case in a subsequent full trial).

(⁴⁹) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 443-444.

terms of the agreement, H was required to resolve any dispute with Uber through mediation and arbitration in the Netherlands. The mediation and arbitration process requires up-front administrative and filing fees of US\$14,500, plus legal fees and other costs of participation. The fees represent most of H's annual income. In 2017, H started a class proceeding against Uber in Ontario for violations of employment standards legislation. Uber brought a motion to stay the class proceeding in favor of arbitration in the Netherlands, relying on the arbitration clause in its services agreement with H. H argued that the arbitration clause was unconscionable and therefore invalid. The motion judge stayed the proceeding, holding that the arbitration agreement's validity had to be referred to arbitration in the Netherlands, in accordance with the principle that arbitrators are competent to determine their own jurisdiction. The Court of Appeal allowed H's appeal and set aside the motion judge's order. It concluded that H's objections to the arbitration clause did not need to be referred to an arbitrator and could be dealt with by a court in Ontario. It also found the arbitration clause to be unconscionable, based on the inequality of bargaining power between the parties and the improvident cost of arbitration".

The majority of the Court considered the clause unconscionable: "Because of the extensive fees for initiating arbitration, there is a real prospect that if the matter is sent to be heard by an arbitrator, H's challenge to the validity of the arbitration agreement may never be resolved. The validity of the arbitration agreement must therefore be resolved by the court. H's claim that the arbitration clause is unconscionable requires considering two elements: whether there is an inequality of bargaining power and whether there is a resulting improvident bargain. There was inequality of bargaining power between Uber and H because the arbitration clause was part of an unnegotiated standard form contract, there was a significant gulf in sophistication between the parties, and a person in H's position could not be expected to appreciate the financial and legal implications of the arbitration clause. The arbitration clause is improvident because the arbitration process requires US\$ 14,500 in up-front administrative fees. As a result, the arbitration clause is unconscionable and therefore invalid".

In the joint reasoning the Court observed: "Unconscionability is an equitable doctrine that is used to set aside "unfair agreements [that] resulted from an inequality of bargaining power" (John D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 424). Initially applied to protect young heirs and the "poor and ignorant" from one-sided agreements, unconscionability evolved to cover any contract with the combination of inequality of bargaining power and improvidence" [par. 54]⁵⁰

(⁵⁰) Making reference to M. MCINNES (*The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, New York 2014, 521; see also pp. 520-24; B. E. CRAWFORD, *Restitution — Unconscionable Transaction — Undue Advantage Taken of Inequality Between Parties*, in *Can. Bar Rev.*, 1966, 44, 142-143), and adding that: "This development has been described as "one of the signal accomplishments of modern contract law, representing a renaissance in the doctrinal treatment of contractual fairness" (P. BENSON, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*, Cambridge 2019, 165; see also A. SWAN, J. ADAMSKI, A. Y. NA, *Canadian Contract Law*⁴, London 2018, 925)".

Recalling its precedents *Hunter*, *Norberg* and *Douez*, the Canadian Supreme Court stuck to the two layers test which “requires both an inequality of bargaining power and a resulting improvident bargain” [par. 65], pointing out that “[74] A bargain is improvident if it unduly advantages the stronger party or unduly disadvantages the more vulnerable” and that “Improvidence is measured at the time the contract is formed”, and, at the same time, limited the assessment for applying the doctrine to these two requirements⁵¹.

As a consequence, the Court considered that “[84] Unconscionability, moreover, can be established without proof that the stronger party knowingly took advantage of the weaker. Such a requirement is closely associated with theories of unconscionability that focus on wrongdoing by the defendant (see *Boustany*, at p. 6). But unconscionability can be triggered without wrongdoing”, noting that otherwise “[85] ... A rigid requirement based on the stronger party’s state of mind would also erode the modern relevance of the unconscionability doctrine, effectively shielding from its reach improvident contracts of adhesion where the parties did not interact or negotiate”.

Then, coming to a crucial point, it said: “[89] [...] unconscionability has a meaningful role to play in examining the conditions behind consent to contracts of adhesion, as it does with any contract. The many ways in which standard form contracts can impair a party’s ability to protect their interests in the contracting process and make them more vulnerable, are well-documented.... The potential for such contracts to create an inequality of bargaining power is clear. So too is their potential to enhance the advantage of the stronger party at the expense of the more vulnerable one, particularly through choice of law, forum selection, and arbitration clauses that violate the adhering party’s reasonable expectations by depriving them of remedies. This is precisely the kind of situation in which the unconscionability doctrine is meant to apply”.

The Court is therefore fully aware that such development of the unconscionability doctrine aims to be the main remedy to control the drafting of standard contracts and, moreover, of some specific clauses which themselves may render the contract of adhesion unfair⁵².

(⁵¹) In particular, repealing the insertion, suggested by the appellant *Uber*, that unconscionability would require, in addition, also the following elements: “a victim’s lack of independent legal advice or other suitable advice; an overwhelming imbalance in bargaining power caused by the victim’s ignorance of business, illiteracy, ignorance of the language of the bargain, blindness, deafness, illness, senility, or similar disability; and the other party’s knowingly taking advantage of this vulnerability”: the Court rejected such approach because “[82] ... This four-part test raises the traditional threshold for unconscionability and unduly narrows the doctrine, making it more formalistic and less equity-focused. Unconscionability has always targeted unfair bargains resulting from unfair bargaining. Elevating these additional factors to rigid requirements distracts from that inquiry”.

(⁵²) In the words of the Court: “[90] This development of the law of unconscionability in connection with standard form contracts is not radical. On the contrary, it is a modern application of the doctrine to situations where “the normative rationale for contract enforcement . . . [is] stretched beyond the breaking point” (*Radin*, at p. 179). The link between standard form contracts

Last but not least, it is worth noting that such a new doctrine of unconscionability, applied to standard contracts, would lead, as it did in the case decided, to the excision of the clause, maintaining the enforceability of the remainder of the contract. Therefore, as was stated in the decision, “[87] *Respecting the doctrine of unconscionability has implications for boiler-plate or standard form contracts*”⁵³.

The reasoning underlying the decision – introducing a further development of the so called new Canadian doctrine of unconscionability – was not unanimously viewed with favor.

Following the concurring reasoning of Judge J. Brown, who supported the decision, but not the reasoning, of the majority – suggesting instead that the arbitration clause could have been declared invalid and unenforceable simply because it “[136] *undermines the rule of law and is therefore contrary to public policy*” – it could be said that the reference to unconscionability added confusion because it has stretched its original scope⁵⁴.

and unconscionability has been suggested in judicial decisions, textbooks, and academic Arts for years (see, e.g., Douez, at para. 114; Davidson v. Three Spruces Realty Ltd. (1977), 79 D.L.R. (3d) 481 (B.C.S.C.); Hunter, at p. 513; Swan, Adamski and Na, at pp. 992-93; McCamus, at p. 444; Jean Braucher, “Unconscionability in the Age of Sophisticated Mass-Market Framing Strategies and the Modern Administrative State” (2007), 45 Can. Bus. L.J. 382, at p. 396). It has also been present in the American jurisprudence for more than half a century (see Williams v. Walker-Thomas Furniture Company, 350 F.2d 445 (1965), at pp. 449-50).”

(⁵³) The Court added: “As Karl N. Llewellyn, the primary drafter of the Uniform Commercial Code, explained: Instead of thinking about “assent” to boiler-plate clauses, we can recognize that so far as concerns the specific, there is no assent at all. What has in fact been assented to, specifically, are the few dickered terms, and the broad type of the transaction, and but one thing more. That one thing more is a blanket assent (not a specific assent) to any not unreasonable or indecent terms the seller may have on his form, which do not alter or eviscerate the reasonable meaning of the dickered terms. The fine print which has not been read has no business to cut under the reasonable meaning of those dickered terms which constitute the dominant and only real expression of agreement, but much of it commonly belongs in. There has been an arm’s-length deal, with dickered terms. There has been accompanying that basic deal another which . . . at least involves a plain expression of confidence, asked and accepted, with a corresponding limit on the powers granted: the boiler-plate is assented to en bloc, “unsight, unseen,” on the implicit assumption and to the full extent that (1) it does not alter or impair the fair meaning of the dickered terms when read alone, and (2) that its terms are neither in the particular nor in the net manifestly unreasonable and unfair. (The Common Law Tradition: Deciding Appeals (1960), pp. 370-71).”

(⁵⁴) See Par 174: “174] In sum, my colleagues’ approach drastically expands the scope of unconscionability, provides very little guidance for the doctrine’s application, and does all of this in the context of an appeal whose just disposition requires no such change”. On the contrary, it should be noted that in the previous SCC decisions (particularly Hunter, reported above) the “unconscionability doctrine” was preferred to the old one of “fundamental breach” due to its alleged greater precision.

That being said, the concurring reasoning is certainly not on the same page as the previous decision of the Canadian Supreme Court, when it suggests that the doctrine could not apply to single clauses⁵⁵ and when it refers the doctrine merely to *procedural* rather than *substantial* unfairness⁵⁶; in any case the uncomplete development, in common law, of the doctrine of severance has been signaled by the most prominent Canadian scholars⁵⁷ for some time.

3. Unconscionability doctrine and Civil Code of Louisiana.

In a well-known research project carried out in the 1980s in Louisiana - one of the two instances of Civil law among the North American common law jurisdictions of Canada and USA - noting that Louisiana was one (the other being California) of the two US states which did not enact section 2-302 of the UCC (referring to unconscionability), R. Hersbergen⁵⁸, after having examined several cases decided by Louisiana courts on contracts and clauses that elsewhere in the US could have been decided in accordance with § 2-302 UCC, concluded that “*in the clear majority of these “unconscionability cases,” the result yielded by application of § 2-302 or of its principle would be, and would have been, the same if decided under the Civil Code of Louisiana*”.

The underlying rationale of the research was the prospected functional equivalence of an express codification and recognition of the unconscionability (§ 2-302 UCC) and of the original rules on interpretation, contained in the Louisiana Civil Code (LCC), for the substantial⁵⁹ control of adhesion contracts, as they

(⁵⁵) “[172] ...the doctrine of unconscionability was never meant to apply to individual provisions of a contract. Unlike public policy considerations that target a specific contractual provision, unconscionability’s substantive inquiry must consider the entire bargain — that is, the entire exchange of value between the parties”.

(⁵⁶) Par. 160

(⁵⁷) See J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 445- 446, who noted that no role for a severance doctrine has been suggested by the courts in this context.

(⁵⁸) R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code*, in *Louisiana Law Review*, 1983, 43. 1318-1319. The main features of the case law examined were described by the author as follows: “Not all of the unconscionability cases contain a clear holding that the contract or a clause therein is unconscionable; in several cases, unconscionability is offered as an alternative ground for non-enforcement. In virtually all the cases, however, a standard form contract, offered on a take-it-or-leave-it basis, is expressly or implicitly involved. None of the cases give a clear indication that any serious bargaining as to terms took place.”

(⁵⁹) The unconscionability doctrine received in § 2-302 UCC is mostly relevant on the substantial side: “Judges and legal commentators frequently speak of “procedural” unconscionability as distinguished from “substantive” unconscionability. (...) Substantive unconscionability has reference to the terms themselves and whether they are commercially reasonable. In applying UCC section 2-302, judges tend to examine first the terms of the contract alleged to be unconscionable, and if they are not unreasonably favorable to one party, the inquiry into unconscionability typically ends” (R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability*, cit., 1401).

allow courts “to refuse to enforce any clause or group of clauses found to be unconscionable or, indeed, to refuse to enforce the contract as a whole”.⁶⁰

The Louisiana Civil Code (unlike the Quebec Civil Code) follows mostly the original path of the Napoleonic Code, and does not have any special provision for standard form contracts, except for some rules on interpretation that can be exploited by courts to provide relief for the adherent party to a contract which clauses have been unilaterally drafted ambiguously, or which would lead to “absurd” consequences.

On one hand the reference is to the current Art. 2056 LCC “Standard-form contracts”: “In case of doubt that cannot be otherwise resolved, a provision in a contract must be interpreted against the party who furnished its text. A contract executed in a standard form of one party must be interpreted, in case of doubt, in favor of the other party”, which contains a rule leading to results similar to the common law’s “*contra proferentem*” doctrine (as we noted above) and also to Art. 2474 LCC “Construction of ambiguities respecting obligations of seller”: *The seller must clearly express the extent of his obligations arising from the contract, and any obscurity or ambiguity in that expression must be interpreted against the seller*”, containing a rule for sale which courts have applied, by analogy, to contractors, lessors and other suppliers⁶¹.

On the other hand, Louisiana courts have found grounds in the interpretation rules to avert the enforcing of contracts which effects appeared absurd. As was noted, regarding case law on “*Clauses or Contracts that Lead to an Absurdity*”, “Under Art. 1945⁶², the courts are bound to give legal effect to a contract according to “the true intent” of the parties, determined by the words of the contract, “when these are clear and explicit and lead to no absurd consequences”⁶³.

4. American Civil Codes and control of the merits of the unnegotiated terms: Quebec and Argentina cases.

The legal framework differs from Louisiana in other civil law American jurisdictions, based on more recent codes. Reference could be made, in North America, to Quebec and, in South America, to Argentina.

4.1. The Quebec Civil Code

The Quebec Civil Code (QCC) considers and defines the result of standardized contracting⁶⁴ in art. 1379: “A contract of adhesion is a contract in which

⁽⁶⁰⁾ R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability*, cit., 1315-1316.

⁽⁶¹⁾ R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability*, cit., 1318, 1346.

⁽⁶²⁾ The current art. 2045 LCC, which reads: “Art. 2045. *Determination of the intent of the parties. Interpretation of a contract is the determination of the common intent of the parties.*”

⁽⁶³⁾ R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability*, cit., 1394.

⁽⁶⁴⁾ For the expression, R. L. HERSBERGEN, *Unconscionability*, cit., 1317.

*the essential stipulations were imposed or drawn up by one of the parties, on his behalf or upon his instructions, and were not negotiable”.*⁶⁵

Having defined the category, the Code addresses the control of the drafter’s power in art. 1437, which reads: “*An abusive clause in a consumer contract or contract of adhesion is null, or the obligation arising from it may be reduced.*

An abusive clause is a clause which is excessively and unreasonably detrimental to the consumer or the adhering party and is therefore not in good faith; in particular, a clause which so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract is an abusive clause”.

The rule is relevant, for our topic, from several perspectives.

Firstly, its scope encompasses both consumer contracts and contracts of adhesion, making clear that a control of contract power is needed not only in the B2C sector, but also when an individual negotiation cannot occur although between professionals, one of which imposes or drafts standard terms.

Secondly, it refers to specific clauses instead of to the whole contract, making it easier to maintain the remainder of the contract intact without the abusive clause.

Thirdly, the assessment demanded of the Judge is substantial and not limited to formal requirements. Moreover, the benchmark indicated is the good faith principle.

Lastly, but no less importantly, it gives clear guidance to the Judge, considering abusive a clause which “*so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract*”. Such a long string of words could be summarized as what civil law scholars refer to as the “default rules”, describing the subject matter, the very core and the object of the contract; in other words, the “supplementary” (also called non-mandatory) rules that civil law codes provide as a fair and balanced set of rights and obligations of the parties to that particular type of contract: such is the most widely accepted interpretation of Canadian civil law scholars of Quebec.⁶⁶

(⁶⁵) Art. 1379, 2nd par., names the negotiated contract as “*contract by mutual agreement*” and the category is defined as the remnant kind of contract, stating: “*Any contract that is not a contract of adhesion is a contract by mutual agreement*”.

(⁶⁶) S. GHOZLAN, *La notion d’obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois*, in <http://editionthemis.com>, 2015, 414 : « ...les obligations essentielles comme celles qui découlent de la nature du contrat, celles sans lesquelles le contrat ne peut subsister, qui s’imposent aux parties contractantes de par la nécessité de respecter l’essence même du contrat. En dépit du fait qu’elles s’imposent aux parties, il ne peut s’agir de règles impératives puisque celles-ci ne gouvernent pas « habituellement » le contrat, mais toujours. Par déduction, il est donc question de dispositions supplétives, du moins pour les contrats nommés. En effet, une clause dérogeant à une règle impérative est nécessairement nulle sans qu’il faille recourir à l’Art. 1437 du Code civil du Québec ».

4.2. The Argentinian Civil and Commercial Code

It is worth noting that the same approach is to be found in an important South American Civil Law Jurisdiction, Argentina.

On 1 August 2015, a new Civil and Commercial Code was enacted in Argentina by Law no. 26994 (*Código Civil y Comercial de la Nación*, or CCCN), repealing the former separate Civil and Commercial Codes and following, on the unification of the two into one, the Italian path set in 1942.

As an XXI century Code, the CCCN provides a complete set of rules (Art.s 984 to 989 CCCN) for adhesion contracts or standard-form contracts: contracts entered into by adhering to predisposed general clauses as defined in Art. 984⁶⁷.

For such contracts, stringent provisions will apply to the standard terms, requiring complete and plain wording of the clauses and deeming as unwritten standard terms distorting obligations of the adhering party or extending the rights of the drafter of the clause.

In particular, Art. 988 CCCN, headed “Abusive clauses”, reads: “*In the contracts envisaged in this section, the following must be considered as non-written: a) the clauses that denaturalize the obligations of the predisposing party; b) those that import waiver or restriction to the rights of the adherent, or extend predisposing’s rights that result from supplementary norms; c) those which, due to their content, writing or presentation, are not reasonably foreseeable*”⁶⁸.

Furthermore, the rules, as they are set out in the civil and commercial code, apply not only in consumer transactions, but also in commercial ones.

Lastly, as it was in Quebec Civil Code, there is an even more direct reference to “default rules” – “*las normas supletorias*” – i.e., the “*supplementary*” (also called non-mandatory) rules provided by civil law codes as a fair and balanced set of rights and obligations of the parties.

On the same position, S. GRAMMOND, *La règle sur les clauses abusives sous l’éclairage du droit comparé*, in *Les Cahiers de droit*, 2010. 51, 104- 105: «Le texte même de l’Art. 1437 suggère au juriste de mesurer l’écart entre la clause dont est évalué le caractère abusif et les «obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat. (...) Le caractère habituel d’une règle peut d’abord être évalué sur le plan juridique : le tribunal se réfère alors aux dispositions supplétives des chapitres du Code civil sur les contrats nommés, qui s’appliquent à un contrat, à moins que les parties n’en aient disposé autrement ».

(⁶⁷) (Emphasis added). The Spanish wording is: Artículo 984.- “Definición”: “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”.

(⁶⁸) The Spanish wording is: Artículo 988.- “Cláusulas abusivas”: “En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

5. Unnegotiated standard clauses affecting the core and subject matter of the contract.

The references made by the Quebec Civil Code (art. 1437) to “a clause which so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract”, and by the Argentinian Civil and Commercial Code (art. 988) to clauses “that denaturalize the obligations of the predisposing party” or “import waiver or restriction to the rights of the adherent, or extend predisposing’s rights that result from supplementary norms”, recall examples that have shown up for decades in civil law jurisdictions, whenever the unnegotiated standard clauses affect the very core of the contract and its subject matter.

The issue is not limited to contractual relations among large companies and small or medium-sized ones, as three categories of legal cases in Italy have proven in the past decades.

6. Some relevant Italian Case Law

6.1. The Safe Deposit Boxes Cases

The first group of cases relates to the safe deposit boxes arranged by banks.

When a series of floods occurred (mainly November 1st, 1966 in Florence) and the contents of the boxes were damaged or destroyed by the water, clients sued the banks for full compensation for the damage that occurred, but the banks opposed these claims relying on standard terms (Art. 2 and 3 of the Banking standard terms crafted by ABI, the national association of banks) that limited damages to 1,000,000 old Lira (equivalent to about Euro 500 today), a merely symbolic and nominal value compared to the value of goods which are usually placed in safe boxes.

Pursuant to Art. 1229, headed “Exoneration of liability clauses”, 1st par., Italian Civil Code (ICC)⁶⁹, “Any agreement which, in advance, excludes or limits the liability of the debtor for fraud, malice or gross negligence is void” and therefore plaintiff usually claimed bank’s gross negligence to render these standard terms unenforceable, but the defendant rebutted, to challenge the applicability of Art. 1229, that such a standard clause was not an exculpatory one, but a clause which merely determines the subject matter of the contract (an issue allegedly being entirely left to the freedom of the parties).

It is worth noting that in these cases Art. 1839 ICC states that “In providing safe deposit boxes, the bank is answerable to the user for the fitness and custody of the premises and for the safekeeping of the box, except for fortuitous events” and, as a result of such a standard term, the bank in practice sets aside what is provided in Art.

⁶⁹ The translation of ICC quoted in this paper is the one provided by J. H. MERRYMAN, *The Italian Civil Code*, Dobbs Ferry 1969.

1839 itself (although the code is silent on whether such a rule is mandatory or not).

In those cases, the Italian Supreme Court ruled⁷⁰ the clauses ineffective as they result in exculpatory clauses even if they are reshaped, as they were, nominally asserting that the client was bound not to insert in the safe boxes goods of a value exceeding 1,000,000 old Lira. In that case, according to Italian scholars⁷¹, although formally shaping the contract's subject matter, the clause deprived the contract itself of its very cause as depicted in the reported Art. 1839 ICC.

6.2. Suretyships in Favor of Banks Cases.

Another group of Italian cases relates to suretyships in favor of banks.

According to Art. 1936, 1st par., ICC: "*A surety is a person who guarantees the performance of the obligation of another by binding himself personally to the creditor*".

Under Italian law, the guarantee is given upon condition of the validity of the guaranteed obligation, as Art. 1939 ICC states: "*A suretyship is not valid unless the primary obligation is valid...*".

When the creditor is a bank, the contract is entered into by adhesion of the surety to standard terms crafted by ABI (the national banks' association) and these standard terms set aside Art. 1939, 1941 and 1957 ICC which, although not explicitly characterized as mandatory, depict the subject matter of the suretyship contract in a manner that is completely overturned by such standard terms⁷².

(70) The Italian Supreme Court's most important decisions on safe deposit box contracts were: Cass. 29th March 1976, no. 1129, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, II, 173 ff.; Cass. (joint divisions) 1st July 1994, no. 6225 and 6226, in *Giur. It.*, 1995, I, 1994 and, more recently, Cass. 30th September 2009 no. 20948. For a reference to the topic, in the Italian legal literature in English, see M. GRAZIADEI, *Control of price*, cit., 204.

(71) See F. BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in ID. *Studi Urbinati*, 1976, 140; C. CASTRONOVO, *La responsabilità da cassette di sicurezza*, in AA. VV., *Le operazioni bancarie*, edited by G. B. Portale, Milano 1978, 493.

(72) Art. 1939 and 1941 ICC show the close link between primary obligation and suretyship, as they respectively state, regarding to its validity: «Validity of suretyship. A suretyship is not valid unless the primary obligation is valid, except when the suretyship is undertaken for an obligation contracted by a person lacking capacity» (Art. 1939), and «Limitations of Surety. A suretyship cannot be undertaken for a greater amount than that owed by the primary debtor nor under more burdensome conditions» (Art. 1941, 1st par.). Subsequent Art. 1957, 1st par., adds: «Maturity of primary obligation. The liability of a surety remains in effects even after the primary obligation has matured, provided that the creditor, within six months, has instituted an action against the debtor and has diligently pursued it». It must also be considered that under Italian Law the suretyships is a contract that heavily affects the guarantor, as his payment can be relieved only by action of recourse against the debtor's assets, and is a contract that needs no consideration; being a "typical" promise, it is binding as such and, as was noted by G. Gorla, one of the pioneers in Italian comparative law studies, *«because of the serious consequence of the suretyship, the civil law codes require an*

In recent decisions⁷³, the Italian Supreme Court ruled that such standard terms, being the outcome of an anti-competition cartel (the national banks' association ABI, as so deemed by the Court), are barred by Art. 2 of the Italian Competition Law (Law no. 287/1990) and therefore are null and void.

6.3. The Claims-Made Insurance Policies Cases.

The third group of cases comes from a more global contractual phenomenon, the shifting of civil liability insurance contracts from the *loss occurrence* model to the *claims-made* one.

Art. 1917, 1st par., ICC reads: "*In liability insurance the insurer is bound to indemnify the insured for the damages which the latter must pay to a third person because of events occurring during the insurance period and resulting in the liability referred to in the insured contract. Damages deriving from fraudulent acts are excluded*".

The choice of the Italian Civil Code, in shaping (professional) liability insurance, was in the direction of the loss occurrence model, in which the trigger for coverage is an accident or an unfavorable event causing damage or loss due to malpractice committed during the validity of the policy.

A completely different model of liability policy – the claims-made insurance – appeared on the market mainly in the 1980s and was created in common law systems⁷⁴ to enable the insurance industry to cope with long tails

express manifestation of the intent to guarantee another's debt: see Art. 2015 French Civil Code, 1937 Italian Civil Code, Art. 1766 German Civil Code, ... require the written form ...": such a contract implies for the surety "a risk corresponding to the possibility of the principal debtor becoming insolvent. This risk may represent a detriment more serious than that suffered in making a donation» (G. GORLA, *Suretyship (fideiussio) promises to pay another's debt: promises to give security*, in ID., *The fundamental problems of contracts. Principles, methods, and techniques of the civil law as compared with the common law*, notes by Gino Gorla, course held in 1958-1959 at University of Michigan Law School, now published in ID., *I problemi fondamentali del contratto*, Napoli 2017, 227, footnote 3).

(⁷³) Cass., 12th December 2017, no. 29810; Cass., 22nd May 2019, no. 13846.

(⁷⁴) The claims-made policy can be characterized as an "alien contract" (quoting G. DE NOVA, *The Alien Contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 487 ff.: «A contract governed by Italian law but conceived and drafted on the basis of a common law model and in particular a U.S. and/or a U.K. model can be depicted as an "alien contract"»), having been imported in Italy from a common law tradition. Therefore it could be of some interest to verify whether the domestic debate has taken into due account the suggestion and indications given by the legal system of origin. Common law Courts are fully aware of the consequent risk of *coverage gaps*, the same mentioned by the Italian Supreme Court as a potential hazard for an insured's clients. Sometimes, by means of an appropriate construction of the contract, Courts may avoid the insured being unreasonably denied of policy coverage, as was suggested by the Court of Appeal for Ontario, in *Stuart v. Hutchins*, (1998): «...where circumstances beyond the control of the insured render it physically impossible for the insured to comply with the notice provision, general principles of contract interpretation would come to the insured's aid (...) it would be open to the court to construe the notice provision as containing an

implied term that non-compliance due to physical impossibility would not be fatal to coverage but that the insured be given a reasonable opportunity to comply».

Moreover, it must be pointed out that policies sold in the Italian market usually contain a definition of “claim” – which is necessary, as a statutory provision in ICC describing claims-made insurance is absent – with a very narrow scope, which prevents the insured from reporting circumstances or mere potential claims that may likely result in a future real claim. This situation was addressed in an English leading case, *Kidsons (a Firm) v. Lloyds Underwriters*, brought before the England and Wales High Court Queen's Bench Division - Commercial Court, and decided on 9th August 2007 (read it at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1951.html>), where it was found that: «It is integral to the structure of claims made policies being successively renewed from year to year, that provision is made for claims arising after the expiry of any one policy period out of circumstances of which the assured has first become aware during that period. Unless provision is made to treat such claims as having been made during that policy period, the concept of claims-made policies applying in successive policy years would create an unexpected and inappropriate gap in coverage».

The relevant point, for the Italian domestic market where this common law contractual model has landed, is that the High Court found the inclusion of a deeming clause “integral” to the structure of claims-made policies being successively renewed from year to year.

In other words, a deeming clause is – and must be – part of the *naturalia negotii* of an insurance coverage split, as is usually arranged by insurers, in short periods of one year each, much shorter compared to the years of practice of the professionals and to the longer statute of limitation period for professional liability.

In conclusion, the British common law system gives a clear indication in construing claims-made policies combined with the faculty to gain coverage by reporting, “as soon as practicable”, circumstances of which the insured has become aware during the insurance period, and which may give rise to a loss or a claim against them likely after the completion of the same period.

Such a clear indication is not present in the Canadian common law system.

In the leading case *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Company of Canada and ING Insurance Company of Canada (Jesuit v. Guardian)* decided on 10 January 2006, the Supreme Court of Canada was fully aware of the possible lack of coverage in claims-made policies, but it noted that policies offering more comprehensive protection are available on the Canadian market: among them, on the one side, claims-made policies enlarged with a deeming clause and, on the other side, occurrence based policies.

The Court therefore refused to hold the insurer liable for claims not reported during the coverage period mainly due to the availability on the market of these more comprehensive policies and to the failure of the insured Jesuit Fathers to purchase them. In other words, as the policy did not include a “deeming clause” (also known as “notice of circumstance clause”) in spite of the fact that it was commercially available upon the last renewal, the Canadian Supreme Court inferred that the Jesuits did not want this coverage to be included in the policy: hence, as a consequence, the client’s refusal to purchase the additional coverage offered by the deeming clause was considered an

damages (*i.e.* product liability, asbestos exposure, etc.), that arise a long time after their cause and may even result from an uncertain series of different co-causes.

The claims-made policy has a completely different trigger than an occurrence-based policy: *i.e.*, the filing and initial reporting of a claim during the policy period, so the professional malpractice need not have occurred during the policy period, for coverage.

In short, claims-made means, for the insurance industry, avoidance of “long tail”: which is why in the Italian market it is nowadays quite impossible to find any offer of an occurrence based professional liability policy.

As has been pointed out also by the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*)⁷⁵, there may be relevant negative issues for the insured on a claims-made basis in respect of the loss occurrence model shaped by Art. 1917 ICC: firstly, claims-made policyholders may find it impossible to change insurance company once an actual claim has brought their potential risk to the attention of insurance underwriters; secondly, if the misconduct that originates the professional liability occurs during the policy period but the claim is not raised in the same period, they may find it difficult to obtain a new claims-made policy when they have complied with the duty to disclose circumstances that may result in a prospective (although not yet made) claim; thirdly, professionals need to maintain insurance for new claims from year to year and need to be able to obtain cover for potential claims, not yet made, of which they learn in the current year.

As quoted above, Art. 1917, 1st par., ICC describes liability insurance as a contract on a loss occurrence basis and there is no provision in ICC that refers to the claims-made policy. In any case, Art. 1917, 1st par., is not characterized as mandatory under Art. 1932, 1st par., ICC.

implied rejection of this coverage that prevented the insurance company from being held liable to indemnify the client.

The Italian insurance policy market being so different, where professionals currently cannot find an occurrence-based policy and can hardly find a claims-made with deeming clause policy (and, if any, at a prohibitive price), the reasoning of *Jesuit v. Guardian* is of little help in dealing with the issues raised in Italy.

An important suggestion, on the point, came, instead, from Australia, where in *FAI v. Australian Hospital Care Pty Limited* (FAI v. Australian) - a case decided on 9th July 1999 by the Supreme Court of Queensland and subsequently, on 27th June 2001 by the High Court of Australia – the Courts considered the “deeming” clause a necessary complement to fix the inadequate cover given by the mere “claims made and reported” clause: among the Reasons for Judgment – written by Judge Derrington – it is worth noting that the premium was considered comprehensive for the coverage of a whole, composed by the “simple claims-made clause” *plus* the “deeming clause”, the combined operation of them being necessary to avoid gaps of coverage.

(⁷⁵) The concern for potential “coverage gaps” is also expressed in Cass. (joint divisions), 6th May 2016, no. 9140, quoted below.

We must add that, as stated by Art. 1322 ICC, headed Contractual Autonomy⁷⁶: “1. The parties can freely determine the contents of the contract within the limit imposed by law. 2. The parties can also make contracts that are not of the types that are particularly regulated, provided that they are directed to the realization of interest worthy of protection according to legal order”.

Thus, the main questions are: can the parties modify and reverse the scope of liability insurance set forth by Art. 1917, 1st par. ICC? To what extent can the insurer – especially drafting standard terms - reshape the scope of the professional liability policy? Can the insurer do so also if it leads to gaps in coverage that may affect not only the professional insured, but even his/her clients whom the coverage, in the end, is intended by law to benefit?

These questions have been dealt with by the Italian Supreme Court in the decisions rendered on the topic. In examining them, we must be aware that judgements of the Italian Supreme Court on claims-made policies have been sometimes inaccurately reported to be entirely in favor of the feasibility and unquestionability of the model as per Italian law. On the contrary, on non-biased and closer examination, the decisions appear more dubious.

It is true that Italian Supreme Court judgment no. 5624, of 15th March 2005, stated that claims-made policies may be valid under Art. 1322, second par., ICC, but the reasoning aimed to affirm that these clauses fell under the definition of “unfair terms” of the Art. 1341 of the Civil Code on standard terms and conditions of contracts, and required specific approval in writing by the insured, the clause being void and unenforceable without it.

Again, a subsequent decision, no. 3622, lodged on 17th February 2014, was not a point in favor of the claims made. In that case, it was the insurer that alleged the claims-made clause (by itself crafted and imposed) was void, in order to deny cover for claims made during the policy period but relating to professional mistakes that occurred before the contract was entered into. The decision, therefore, can be regarded mostly as a ban on attempted unfair withdrawal from the contract, more than as an assertion of indisputable validity of the claims-made model.

Then came the Joint Divisions of the Italian Supreme Court, with decision no. 9140 filed on 6th May 2016, in which the Court stated that the so called “mixed” claims-made policies (those providing coverage only if: i) the claim is made during the policy period and ii) also the event – i.e. the misconduct of the professional - occurred within a limited previous period) may be declared void because the underlying interests sought by the contract do not deserve protection under the applicable law, sending them for such case by case assessment, under Art. 1322, second par., to lower courts (Tribunals and Courts of Appeal). The decision did not offer any guideline for such evaluation, except

⁷⁶ On the topic, briefly, G. ALPA, V. ZENO ZENCOVICH, *Italian Private Law*, London 2007, 157 ff.; G. IUDICA, P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova 2005, 115.

for the note that the suitability of the policy is not likely to be found where the claims-made clause, regardless of how it is conceived, exposes the insured to “coverage gaps”. Moreover, the Supreme Court decision stated that if the clause were found null and void, the statutory provision of Art. 1917, first par., ICC would apply to the contract, which therefore would remain valid but would be construed as a *loss occurrence* policy.

Subsequently, the Third Division of the Supreme Court, by decision no. 10506 rendered on 28th April 2017, nominally following the previous decision of the Joint Divisions, stated that a claims-made clause that fails to allow the insured to obtain coverage for malpractice (in that case medical) occurring in the policy period but not resulting in a proper claim being made in the same period is not directed at interests worthy of protection and therefore the policy remains enforceable, except for the claims-made clause, as a loss occurrence insurance pursuant to Art. 1917 first par.

At present, the debate on the claims-made policy is not yet over in Italy.

On 24th September 2018 a second judgement, no. 22437, of the Supreme Court Joint Divisions was lodged, stating the following principle of law: the model of insurance for civil liability with clauses “on claims-made bases” is a sub type of insurance against damages claims, as an exemption permitted in the first par. of Art. 1917 of the Civil Code, and remains a typical contract. It follows that, with respect to the single insurance contract, it is unnecessary to ascertain the worth of the contract itself under the *second* par. of Art. 1322 above quoted, but the lower courts must consider whether it remained “within the limits imposed by law”, as stated by the *first* par. of the same art. 1322: therefore the insured party can seek remedies that range from pre-contractual liability for unfair terms, to nullity, full or partial, of the contract due to lack of specific *cause*, with potential judicial adaptation of the contract according to the principle of adequacy of the insurance for the practical purpose pursued by the contracting parties.

More recently, a decision rendered on 13th May 2020 (no. 8894) by the Third Division of the Supreme Court considered null and void a claims-made clause as it required, for the coverage, the claim made by the damaged party to be filed within 12 months from the expiration of the insurance. The Court held that such a clause departs from the contractual type depicted by art. 1917 ICC and is unlawful as it is contrary to art. 2965 ICC⁽⁷⁷⁾, which forbids stipulations establishing forfeitures that jeopardize the exercise of the counterparty’s rights.

Had the Italian Civil Code had a rule similar to art. 1437 Quebec Civil Code or art. 988 Argentinian Civil and Commercial Code, the decisions in the cases reported above would have benefited of a more direct and clear ground to

(77) Art. 2965 reads: “Forfeiture established by contract. *Stipulations establishing forfeiture upon the expiration of time limits which make the exercise of rights excessively difficult for one of the parties are void*”.

prevent what has been called “denaturalization of the obligations of the predisposing party”.

The reason for such a gap in ICC is likely to be merely historical.

The code was conceived in the early 1940s and had its roots in the previous 19th century Civil Code of 1865: as a result, the matter of adhesion contracts was poorly addressed, if we consider it nowadays.

Such a remark is not only confirmed by the cases of American Codes (of Canadian Quebec and Argentina) referred to above, but also by the recent amendments to the French Civil Code, from which, in origin, practically all civil codes stemmed.

7. The French Civil Code, as amended in 2015.

The French Civil Code was amended by a process started in 2015 (Law 2015-177 of 16 February 2015⁷⁸), passed through Ordinance 2016-131⁷⁹ and concluded in 2018 (Law 2018-287).

What here matters most is the new Art. 1171, included in the subsection headed “The Content of a Contract”, that reads: “Art. 1171. – *Any term of a standard form contract which creates a significant imbalance in the rights and obligations of the parties to the contract is deemed not written*”⁸⁰.

Firstly, it must be pointed out that in the French Civil Code, as in the Italian Consumer Code, the assessment of the potential significant imbalance must not concern either the main subject-matter to be performed under the contract or the adequacy of the price in relation to the act of performance.

Then it is worth noting that the applicability of the rule expressly to “adhesion contracts” was added at the end of the legislative amendment process, to link the scope of the rule only to cases where the “significant imbalance” occurred without the opportunity to negotiate the contract.

Therefore, the new wording of Art. 1171 makes a significant distinction between adhesion and negotiated contracts (as art. 1379 Quebec Civil Code had previously done), giving courts, in the first category of cases, power to adapt the contract itself, removing the unbalancing standard terms from it and maintaining the remainder of the content.

Again, the insertion, in the same section, of Art. 1170 - that states: “*Any contract term which deprives a debtor’s essential obligation of its substance is deemed not*

⁽⁷⁸⁾ “LOI n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures” (art.s 8 et 27).

⁽⁷⁹⁾ “Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”.

⁽⁸⁰⁾ French Civil Code 2016 translated by John Cartwright (University of Oxford), Bénédicte Fauvarque-Cosson (Professeur à l’Université Panthéon-Assas) and Simon Whittaker (University of Oxford) (French original wording: “*Dans un contrat d’adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l’avance par l’une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite*”).

*written*⁸¹ - is of utmost relevance: the scope of the rule, which is not limited to adhesion contracts, avoids the very subject of a contract being shaped in a manner that could render the contract itself useless (as could be, in some cases, claims-made professional insurance policies, as long as they imply coverage gaps to the detriment of both the professional insured and his/her client).

8. Conclusions

At the one hand, looking to the Civil Law Jurisdictions, we can note that codifications of Quebec, Argentina and France, being more recent, could give guidance also with reference to the Italian Civil Code, previously conceived and enacted, and could allow courts of civil law - whenever a contract of a *type particularly regulated* is unilaterally crafted in a fashion that changes the nature of it or “denaturalizes the obligations of the predisposing party” and outside “the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract” (to use the Argentinian and Canadian wording) - to re-establish the *supplementary norms*, which can be overridden only in individual negotiations between the parties.

Indeed, in the unnegotiated contracts of adherence these rules must be considered mandatory and could not be unilaterally overturned: at least when they shape the very scope and the juridical content of the agreement, as they must be considered as the “limits imposed by law” referred to by art. 1322 first paragraph (recently pointed to as a benchmark by the Italian Supreme Court to assess the validity of claims made insurance policies).

Considering, on the other hand, the Common Law jurisdictions, we can acknowledge that the unconscionability doctrine can allow a quite efficient control on the contract power, especially on standard terms, whenever no statute provides express benchmarks for assessing the fairness of the agreement.

However, certain issues remain unsolved: firstly, the range of standard terms or clauses that fall within the doctrine’s scope and, secondly, how to manage the adaptation of the contract, unburdened by the unconscionable clauses.

Canadian legal literature appears fully aware of this.

Concerning the first issue, the Supreme Court of Canada new doctrine⁸² has been tested mainly with regard to limitation or exclusion of liability clauses, but it has been suggested that also “entire agreement” or “arbitration” clauses (inserted in consumer contracts) could be assessed under the doctrine, and the Supreme Court of Canada recently scrutinized the latter in *Uber v. Heller*⁸³, as we

(81) French original wording: “Toute clause qui prive de sa substance l’obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite”.

(82) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 831-832.

(83) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 443-444.

have seen above.

But it is the second issue that raises more concerns. In particular, a material question «relates to the role, if any, of a doctrine of severance in the context of the unconscionable term analysis. (...) in order to determine whether the entire agreement should be struck down or, alternatively, whether the offending clause can be deleted and the remainder of the agreement enforced».⁸⁴

As a civil law scholar, I may concur with the concerns raised above, but I can add that, on this issue, the civil law tradition has a quite better position in dealing with these problems.

When a standard term is excised by civil law courts - using a variety of legal tools (such as the lack of *cause*, or the barring of unfair terms) having the same aim as the Canadian unconscionable terms doctrine - there is less room, in civil law, for concerns about potential unfairness of the remainder of the agreement, absent the unfair term: whenever an unbalance of such kind is ascertained, civil codes provide solid guidance to courts for maintaining the remainder of the agreement with “supplementary” rules, filling the gap by a fair and balanced set of rights and obligations.

Bibliography

ALPA G., ZENO ZENCOVICH V., *Italian Private Law*, London 2007

BEALE H., *Chitty on Contracts*²⁸, London 1999

BENATTI F., *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, in ID. *Studi Urbinati*, 1976

BENSON P., *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*, Cambridge 2019

CALAMARI J. D., PERILLO J. M., *The Law of Contracts*³, St. Paul 1987

CASTRONOVO C., *La responsabilità da cassette di sicurezza*, in AA. VV., *Le operazioni bancarie*, edited by G. B. Portale, Milano 1978

DE NOVA G., *The Alien Contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2011

R. DUGAN *Standardized Forms: Unconscionability and Good Faith*, in *New England Law Review*, 1979

FARNSWORTH E. A., *Contracts*³, New York 1999

GHOZLAN S., *La notion d'obligation essentielle dans le cadre du contrôle des clauses abusives : Étude des systèmes juridiques français et québécois*, in <http://editionthemis.com>, 2015

(⁸⁴) J. D. MCCAMUS, *The Law of Contracts*, cit., 445- 446.

GORLA G., *Suretyship (fideiussio) promises to pay another's debt: promises to give security*, in ID., *The fundamental problems of contracts. Principles, methods, and techniques of the civil law as compared with the common law*, notes by Gino Gorla, course held in 1958-1959 at University of Michigan Law School, now published in ID., *I problemi fondamentali del contratto*, Napoli 2017.

S. GRAMMOND, *La règle sur les clauses abusives sous l'éclairage du droit comparé*, in *Les Cahiers de droit*, 2010

GRAZIADEI M., *Control of price related terms in standard form contracts: the Italian experience*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2018

R. A. HASSON, "Unconscionability in Contract Law and in the New Sales Act - Confessions of a Doubting Thomas " in *Canadian Business Law Journal*, 4.4/1980

HERSBERGEN R. L., *Contracts of Adhesion Under the Louisiana Civil Code*, in *Louisiana law review*, 1982

HERSBERGEN R. L., *Unconscionability: The Approach of the Louisiana Civil Code*, in *Louisiana Law Review*, 1983

IUDICA G., ZATTI P., *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova 2005

JUKIER R., *Good Faith in Contract: A Judicial Dialogue Between Common Law Canada and Québec*, in *Journal of Commonwealth Law*, 2018

MCCAMUS J. D., *The Law of Contracts*², Toronto 2012

M. MCINNES, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, New York 2014

MERRYMAN J. H., *The Italian Civil Code*, Dobbs Ferry 1969

NEBBIA P., *Law as Tradition and the Europeanization of Contract Law: A Case Study*, in *Yearbook of European Law*, 2004

PATTI F. P., *Penalty Clauses in Italian Law*, in *European Review of Private law*, 2015

REITER B. J., *The Control of Contract Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1981

SWAN A., ADAMSKI J., NA A. Y. *Canadian Contract Law*¹, London 2006

SWAN A., ADAMSKI J., NA A. Y. *Canadian Contract Law*⁴, London 2018

TREITEL G., *The Law of Contract*¹⁰, London 1999

WADDAMS S. M., *Unconscionability in Canadian Contract Law*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1992

WADDAMS S. M., *Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations*, in *Journal of Contract Law*, 1995

WADDAMS S. M., *Abusive or Unconscionable Clauses from a Common Law Perspective*, in *Canadian Business Law Journal*, 2010



L'astensione dal voto dell'amministratore di società per azioni in conflitto di interessi da dovere a diritto

GIUSEPPE FERRI JR

Professore ordinario di Diritto commerciale

Università di Roma Tor Vergata

giuseppe.ferri@uniroma2.it

ABSTRACT

L'attuale disciplina del conflitto di interessi degli amministratori di società per azioni solleva una pluralità di problemi derivanti dalla difficile coesistenza tra la scelta di far venire meno l'espressa previsione del dovere di astensione dal voto dell'amministratore titolare dell'interesse e quella di continuare a considerare invalida, purché idonea ad arrecare danno alla società, la deliberazione adottata con il voto rilevante di costui: il lavoro tenta di superare la potenziale contraddizione tra un voto, quello dell'amministratore in conflitto di interessi, apparentemente lecito e, allo stesso tempo, almeno potenzialmente invalido osservando che l'astensione dal voto, originariamente doverosa, è nel tempo divenuta lecita.



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16471>

Parole chiave: società per azioni; conflitto di interessi; dovere di astensione; invalidità della delibera

The current regulation of the conflict of interests in corporations raises a number of issues arising from the difficult coexistence between, on the one hand, the choice of eliminating the express provision of the duty to abstain from voting by the administrator holding the interest, and, on the other hand, that of considering invalid the resolution adopted with his relevant vote, given its potential damage to the company. This paper attempts to overcome the potential contradiction between a vote, that of the administrator in conflict of interest, apparently lawful and, at the same time, at least potentially invalid, by observing that abstention from voting, originally a duty, has over time become lawful.

Keywords: corporations; conflict of interest; duty of abstention; invalid resolution

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

L'astensione dal voto dell'amministratore di società per azioni in conflitto di interessi da dovere a diritto*

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e la sua evoluzione. – 2. Il dovere di astensione. – 3. Potere di voto e invalidità della deliberazione consiliare. – 4. Il diritto di astensione.

1. Il quadro normativo e la sua evoluzione.

Come è noto, mentre l'originario art. 2391 c.c. disciplinava esclusivamente il caso in cui l'amministratore di società per azioni risultasse portatore *"in una determinata operazione"* di un *"interesse in conflitto con quello della società"*, imponendo a costui il dovere di darne notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale e, soprattutto, di *"astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa"*, l'attuale versione della medesima disposizione da un lato presenta, almeno stando alla lettera della legge, un ambito di applicazione più ampio, volgendosi a regolare, in generale, come appare evidente fin dalla rubrica, ogni ipotesi in cui l'amministratore abbia un qualche *"interesse... in una determinata operazione della società"* (co. 1): indipendentemente dal fatto che esso risulti in conflitto con quello della medesima società; dall'altro, oltre a puntualizzare e ad arricchire il contenuto degli obblighi di informazione nei confronti degli altri amministratori e dell'organo di controllo (co. 1, prima parte), introducendo peraltro un inedito onere di motivazione della deliberazione del consiglio (co. 2), più non prevede alcun dovere generalizzato di *"astenersi dal partecipare alle deliberazioni riguardanti l'operazione stessa"*: limitandosi a disporre, ma solo *"se si tratta di amministratore delegato"*, che costui *"deve astenersi dal compiere l'operazione"* ed investire *"della stessa l'organo collegiale"* (co. 1, seconda parte).

A fronte di questo quadro normativo, si tratta allora di ricostruire la complessiva disciplina del voto degli amministratori di società per azioni in relazione alla deliberazione avente ad oggetto un'operazione nella quale risultino portatori di un interesse: ed è appunto a siffatto problema che sono dedicate le seguenti riflessioni.

Al fine di precisare e di circoscrivere i termini della questione, appare opportuno muovere da alcune considerazioni preliminari.

In via del tutto generale, deve in primo luogo registrarsi la tendenza, assai diffusa in dottrina, a circoscrivere l'ambito di applicazione della norma, e ciò sotto due profili: per un verso, infatti, se ne delimita l'operatività alle ipotesi in cui l'interesse di cui è portatore l'amministratore, oltre a superare determinate soglie

* Nel ricordo di Francesco Giorgianni

di rilevanza ⁽¹⁾, quantomeno non risulti del tutto coincidente con quello della società ⁽²⁾, se non anche si giunge ad affermare che, pure a seguito dell'avvenuta riformulazione della norma, l'unica situazione presa in considerazione dalla legge continua ad essere, pur sempre, quella di un vero e proprio conflitto di interessi tra amministratore e società ⁽³⁾; mentre, per altro verso, si puntualizza che la norma in esame risulta applicabile solo in ordine ad operazioni di gestione ⁽⁴⁾: ad esclusione, allora, delle decisioni meramente organizzative ⁽⁵⁾.

Parimenti riduttiva, e sotto un duplice profilo, risulta l'interpretazione dell'espresso dovere di astensione previsto, come ricordato, a carico dell'amministratore delegato (co. 1, seconda parte): per un verso, infatti, si è soliti riferire siffatto dovere non già a tutte le operazioni gestorie, ma solo a quelle che rientrano nella delega ⁽⁶⁾, come dimostra l'ulteriore obbligo di "investire" della questione l'intero consiglio; per altro verso, in ordine a siffatte operazioni, all'amministratore delegato non risulta (più) preclusa, come prevedeva l'originario art. 2391 c.c., la partecipazione "alle deliberazioni riguardanti l'operazione

(1) Sul punto, v. D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1053 ss., spec. 1063 ss.; M. VENTORUZZO, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Artt. 2380-2396 c.c., Milano 2005, sub art. 2391, 423 ss., spec. 440 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 581 ss., spec. 588 ss.; L. SAMBUCCI, *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 755 ss., spec. 757 ss.; L. ENRIQUES, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, artt. 2379-2351, Torino 2015, sub art. 2391, 334 ss., spec. 335.

(2) E v. L. ENRIQUES, sub art. 2391, cit., 335 ss.; M. MOZZARELLI, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, Tomo I, Milano 2016, sub art. 2391, 1340 ss., spec. 1345, e, sostanzialmente, D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1066 ss., testo e nota 41, e 1078.

(3) In questo senso, v. G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 587 ss.; F. GIORGIANNI, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Vol. II, Tomo 2, Padova 2010, sub artt. 2391 e 2391-bis, 116 ss., spec. 122; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a. e dovere di fedeltà: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 149 ss., spec. 164 ss.

(4) Quale, tra l'altro, quella relativa alla fissazione del compenso a titolo di remunerazione per speciali cariche ai sensi dell'art. 2389, co. 3, c.c.: vedi infatti, G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 589 ss.

(5) E v. G. GUIZZI, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. II, Napoli 2008, sub art. 2391, 652 ss., spec. 655: in senso diverso, v. L. ENRIQUES, sub art. 2391, cit., 336.

(6) Lo precisa G. GUIZZI, sub art. 3291, cit., 662, e, più di recente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione di s.p.a.*, Milano 2014, 36: nello stesso senso, v. M. VENTORUZZO, sub art. 2391, cit., 467; L. SAMBUCCI, *Gli interessi*, cit., 777.

stessa", e cioè la legittimazione ad esprimere il diritto di voto nell'ambito dell'organo collegiale, bensì, e soltanto, il "compimento" della medesima: al punto che l'amministratore delegato, il quale, dopo essersi astenuto dal compiere l'operazione nella quale risulta portatore di un interesse, abbia investito l'organo collegiale, risulta comunque legittimato a partecipare, attraverso il voto, alla deliberazione consiliare avente ad oggetto l'operazione in esame ⁽⁷⁾.

Al di là di questi limiti, e comunque in sede di approvazione consiliare, la circostanza che l'amministratore interessato sia quello delegato non sembra assumere, sotto questo profilo, alcuna rilevanza, trovando anche a costui applicazione la disciplina dettata, in generale, dall'art. 2391 c.c. in tema di interessi degli amministratori, alla quale si tratta adesso di rivolgere l'attenzione: al fine di verificare se possa dirsi effettivamente venuto meno, all'esito della riforma organica, il divieto generalizzato di voto di cui all'originaria versione della norma.

2. Il dovere di astensione.

In realtà, se la dottrina pressoché unanime ⁽⁸⁾ fa discendere dall'avvenuta eliminazione dell'originaria disposizione che prevedeva espressamente l'obbligo di astensione la conseguenza che, nel sistema attuale, l'amministratore non sarebbe mai tenuto ad astenersi dal partecipare alla deliberazione del consiglio di amministrazione avente ad oggetto l'operazione nella quale vanta un interesse (se del caso confliggente con quello della società), non mancano, tuttavia, voci autorevoli ⁽⁹⁾ che, pur nel silenzio della legge, ritengono tuttora sussistente un vero e proprio obbligo di astensione dal voto a carico dell'amministratore interessato:

⁽⁷⁾ E v. infatti M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 467; F. GIORGIANNI, *sub artt. 2391 e 2391-bis*, cit., 127; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 168; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

⁽⁸⁾ In questo senso, v., per tutti, N. SALANITRO, *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47 ss., spec. 51; V. MELI, *La disciplina degli interessi di amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, 155 ss.; D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1064 ss., testo e nota 33, e 1069, nota 45; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 425 ss., testo e nota 5, e 484 ss., testo e nota 150, e 487 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 661 ss., spec. 674; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 2, 439 ss., spec. 481 ss., testo e nota 162; R. SANTAGATA, *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 310 ss., spec. 329 ss., nota 38 e testo corrispondente; F. GIORGIANNI, *sub artt. 2391 e 2391-bis*, cit., 123 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 166 ss.; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, cit., 338 ss.; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

⁽⁹⁾ Si allude a G. GUIZZI, *sub art. 2391*, cit., 653, 657 ss., 660 e 662 ss., e, più diffusamente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 36 ss., testo e note 34 (ove riferimenti comparatistici in senso conforme, e v., più in generale, per un quadro delle esperienze di altri ordinamenti, M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 431 ss.), 36 e 39, seguito da L. SAMBUCCI, *Gli interessi*, cit., 669 ss., spec. 773.

una conclusione, questa, che si ricaverebbe, seppur implicitamente, dall'ulteriore regola, contenuta anch'essa nell'art. 2391 c.c., secondo la quale le *"deliberazioni del consiglio... adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato... qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale"* (co. 3), oltre che dal riferimento alla responsabilità dell'amministratore per comportamenti non solo omissivi, ma anche commissivi, allora posti in essere in violazione di un obbligo a contenuto negativo, come appunto sarebbe a dirsi di quello di astensione (co. 4). Più precisamente, secondo l'impostazione in esame, la partecipazione alla deliberazione dell'amministratore interessato sarebbe di per sé, ed in ogni caso, sufficiente a rendere invalida la relativa deliberazione, anche, si noti, nell'ipotesi in cui il suo voto non risulti determinante o essa non sia nemmeno potenzialmente dannosa: circostanze, queste, la mancanza delle quali varrebbe unicamente a far venir meno l'interesse ad agire, e cioè a precludere l'impugnazione di una deliberazione di per sé pur sempre invalida.

Pur avendo tale tesi l'indubbio merito di mettere in luce che, ai fini della ricostruzione della complessiva posizione dell'amministratore interessato, non ci si può limitare a prendere atto dell'avvenuta soppressione di un espresso obbligo di astensione, ma si deve tenere in considerazione anche la citata disciplina dell'invalidità, appare difficile sostenere che, nonostante le profonde modificazioni del dato normativo, sull'amministratore interessato continui a gravare un obbligo generalizzato di astenersi dal partecipare, attraverso l'esercizio del potere di voto, alla deliberazione concernente la relativa operazione.

Di là dalla considerazione che, già da un punto di vista operativo, un esito siffatto appare eccessivo in un sistema, come quello attuale, nel quale ad assumere rilevanza non è più soltanto la presenza di un conflitto di interessi, ma, almeno letteralmente, la sussistenza di un qualsiasi interesse nell'operazione, si consideri che, così facendo, non ci si limiterebbe ad accedere ad una interpretazione sostanzialmente abrogativa dell'avvenuta abrogazione della disposizione che prevedeva un tale obbligo in via espressa; ma si finirebbe per giungere alla conclusione, per certi versi contro-intuitiva, e comunque in contrasto con le (presumibili) intenzioni del legislatore, che, nonostante siffatta abrogazione, nel sistema attuale l'obbligo di astensione non soltanto sarebbe tuttora in vigore, ma presenterebbe una sfera di applicazione addirittura più ampia di quella originaria: tale cioè da operare anche in ordine ai portatori di interessi nell'operazione non confliggenti con quello della società.

D'altra parte, si deve segnalare la sopravvenuta introduzione, all'art. 53, co. 4, t.u.b., e all'art. 6, co. 2 *novies*, t.u.f., della regola ai sensi della quale gli amministratori delle banche e, rispettivamente, degli intermediari finanziari, *"fermi restando gli obblighi previsti dall'articolo 2391, primo comma, del codice civile, si astengono dalle deliberazioni in cui abbiano un interesse in conflitto, per conto proprio o di terzi"*: una regola, questa, ora sostanzialmente riprodotta in materia di operazioni

con parti correlate nell'art. 2391 *bis*, co. 3, lett. c), c.c., che in realtà conferma la mancata operatività, in generale, di un obbligo siffatto.

3. Potere di voto e invalidità della deliberazione consiliare.

Sembra in definitiva doversi comunque riaffermare, con la dottrina dominante, il venir meno di un generalizzato obbligo di astensione in capo all'amministratore interessato, il quale potrà, in ogni caso, esprimere il proprio voto in ordine alla relativa deliberazione consiliare: una conclusione, questa, che, lungi dal chiudere ogni questione, richiede di dar conto della regola, con la prima almeno apparentemente contraddittoria, che, nei termini sopra ricordati, continua a considerare il voto decisivo, e dunque marginale, dell'amministratore interessato come un presupposto necessario, per quanto di per sé non sufficiente (se non accompagnato dalla potenzialità dannosa), ai fini dell'impugnazione della deliberazione del consiglio.

In realtà, così come la tesi dominante ⁽¹⁰⁾ non sembra prendere nella dovuta considerazione che è solo il voto determinante dell'amministratore interessato a rendere impugnabile la deliberazione che risulti potenzialmente dannosa, allo stesso modo, e parallelamente, la tesi minoritaria mostra di sottovalutare la circostanza che la deliberazione adottata con il voto determinante di costui è impugnabile solo qualora essa sia inoltre potenzialmente dannosa: per giungere a quest'ultimo esito, tuttavia, si finisce, come detto, per considerare non soltanto la potenzialità dannosa, ma lo stesso carattere determinante del voto, come elementi richiesti al fine diverso, ed ulteriore, di integrare gli estremi di quell'interesse ad agire in assenza del quale la deliberazione, per quanto invalida, non sarebbe comunque impugnabile ⁽¹¹⁾; un ruolo siffatto, deve notarsi, forse può ancora riconoscersi, seppure con difficoltà, alla potenzialità dannosa, in assenza della quale potrebbe considerarsi assente al più l'interesse ad agire, non anche il carattere determinante del voto, dal momento che appare arduo sostenere che l'interesse ad impugnare una deliberazione pur sempre potenzialmente, se non anche concretamente, dannosa venga meno per il solo fatto che il voto dell'amministratore interessato non sia stato determinante ai fini della sua adozione.

Appare invece preferibile, e nel complesso più lineare, da un lato ritenere la deliberazione non impugnabile per ciò solo, e necessariamente, valida, e dall'altro ricollegare l'impugnabilità, e dunque l'invalidità, della *deliberazione* prevista dall'art. 2391, co. 3, c.c., a quella del *voto* dell'amministratore interessato: a ciò convince la considerazione che, per quanto potenzialmente dannosa, la deliberazione approvata con il voto favorevole dell'amministratore interessato

⁽¹⁰⁾ Ma v., sottolineando opportunamente il punto, P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 482 ss., nota 162.

⁽¹¹⁾ E v. G. GUIZZI, *sub* art. 3291, cit., 658 e 660, e, più di recente, ID., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 41 ss.

risulta impugnabile, e dunque invalida, unicamente nell'eventualità in cui il voto di costui sia inoltre risultato determinante, secondo il principio generale, del quale la regola dettata, in materia di deliberazioni assembleari, dall'art. 2377, co. 5, n. 2, c.c., rappresenta soltanto una specifica espressione, secondo il quale l'invalidità di un (singolo) voto in tanto si risolve in un vizio del procedimento, e dunque della deliberazione alla quale esso mette capo, in quanto abbia alterato la formazione della maggioranza, in quanto si tratti, cioè, di un voto "marginale".

In questa prospettiva, allora, per un verso l'invalidità del voto prescinde del tutto dal suo carattere marginale, collocandosi in una dimensione logica e cronologica diversa ed anteriore: non soltanto, infatti, il voto resta invalido anche se non risulti determinante, ma è unicamente in ordine ai voti invalidi che ha senso chiedersi, ai fini di verificarne l'incidenza sulla validità della deliberazione, se essi siano stati inoltre determinanti per la sua approvazione; per altro verso, di invalidità del voto ha senso parlare solo nell'eventualità in cui esso, sempre che risulti determinante, comporti l'impugnabilità, e dunque l'invalidità, della relativa deliberazione: dal momento che, come detto, nello specifico caso in esame, la legge a tal fine richiede che quest'ultima sia almeno potenzialmente dannosa per la società, può concludersi nel senso che il voto dell'amministratore interessato ad una determinata operazione, marginale o meno che sia, espresso a favore della relativa deliberazione risulta invalido non già in ogni caso, ma solo qualora questa sia in grado, anche se solo potenzialmente, di arrecare un danno alla società.

Oltre che *invalido*, del resto, un voto siffatto deve ritenersi per ciò solo *vietato*: il che val quanto dire che, ferma restando la generale vigenza del divieto, operante nei confronti di tutti gli amministratori, di danneggiare la società, all'amministratore interessato, e, si noti, soltanto a costui, è fatto inoltre divieto di esprimere un voto favorevole a deliberazioni anche solo potenzialmente dannose relative ad operazioni nelle quali risulti portatore di un interesse ⁽¹²⁾, del tutto indipendentemente dal fatto, in vero accertabile solo nel momento, successivo, del conteggio dei voti di tutti i presenti, che esso risulti o meno determinante ⁽¹³⁾.

4. Il diritto di astensione.

Sulla base di queste premesse, i termini del problema in esame si prestano ad essere meglio precisati: si tratta cioè di verificare la ragione per la quale il voto dell'amministratore interessato, pur dovendo, in assenza di un obbligo di astensione, ritenersi in ogni caso *legittimamente espresso*, possa risultare, ciononostante, di per sé *invalido*, e dunque *vietato*, qualora favorevole all'approvazione di una deliberazione potenzialmente pregiudizievole, nonché,

⁽¹²⁾ In questa prospettiva, v. R. SANTAGATA, *Interlocking directorates*, cit., 331.

⁽¹³⁾ Lo precisa G. GUIZZI, *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi*, cit., 39 ss., testo e nota 36, seguito da D. MAFFEIS, *Il "particolare rigore"*, cit., 1071, nota 48; in senso diverso, v. N. SALANITRO, *Gli interessi*, cit., 52 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 485 ss., nota 152; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 481 nota 160.

ma solo in quanto marginale, idoneo a rendere invalida l'intera deliberazione consiliare.

Di là da ogni valutazione in ordine alla coerenza, quantomeno dubbia, dell'intervento del legislatore della riforma organica, e sulla conseguente ambiguità della disciplina in tale occasione introdotta ⁽¹⁴⁾, questa apparente contraddizione sembra potersi superare precisando la funzione e la portata della scelta di abrogare la previsione espressa della regola che imponeva all'amministratore di astenersi dal partecipare all'adozione delle deliberazioni relative ad operazioni in cui risultava portatore di un interesse in conflitto con quello della società: scelta che, se da un lato ha effettivamente comportato, come detto, il venir meno dell'originario obbligo di astensione dal voto, dall'altro non può ritenersi volta a sottrarre definitivamente il voto dell'amministratore interessato da qualunque sindacato in termini di validità (e, deve aggiungersi, di liceità), ma unicamente a precludere una (etero-)valutazione *preventiva* degli eventuali vizi del voto di costui, che potranno bensì essere fatti valere, ma soltanto in sede di impugnazione della deliberazione, e dunque in un momento necessariamente *successivo*, e diverso, da quello in cui il voto è stato espresso.

In altri termini, per un verso, l'amministratore deve ritenersi in ogni caso *legittimato a partecipare all'adozione* della decisione collegiale, e dunque *ad esprimere* il proprio voto, anche ovviamente in senso favorevole, all'adozione di deliberazioni relative ad operazioni nelle quali possa dirsi interessato, del tutto indipendentemente, si noti, da ogni considerazione in ordine alla loro, anche solo potenziale, dannosità: il che conduce allora, sul piano operativo, ad escludere, in via di principio, tanto (i) che il presidente del consiglio di amministrazione possa (legittimamente) impedire all'amministratore interessato di partecipare alla riunione consiliare e all'adozione della relativa deliberazione ⁽¹⁵⁾, quanto (ii) che il voto di costui possa considerarsi in termini di (autonoma) giusta causa di revoca, beninteso prima che la sua illegittimità sia stata accertata giudizialmente in sede di impugnazione della deliberazione consiliare.

Per altro verso, tuttavia, il venir meno dell'obbligo di astensione vale unicamente a rendere senz'altro, e per definizione, legittimo l'esercizio del potere di voto da parte dell'amministratore interessato, ma non implica affatto che il contenuto del voto, pur legittimamente espresso, debba, per ciò solo, ritenersi anch'esso legittimo, ben potendo, al contrario, risultare *viziato*, e cioè non solo *invalido*, ma anche *illecito*: una valutazione, quella del contenuto del diritto di voto,

⁽¹⁴⁾ Sul punto, v. V. MELI, *La disciplina*, cit., 156 ss.; G. GUIZZI, *sub art. 3291*, cit., 657 ss., testo e nota 9; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 587 e 595 ss.; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 482 ss., nota 162 e testo corrispondente.

⁽¹⁵⁾ E v., infatti, V. MELI, *La disciplina*, cit., 157; M. VENTORUZZO, *sub art. 2391*, cit., 487 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; P.M. SANFILIPPO, *Il presidente*, cit., 481 ss., testo e nota 168; L. ENRIQUES, *sub art. 2391*, cit., 339; M. MOZZARELLI, *sub art. 2391*, cit., 1349.

che tuttavia potrà essere effettuata solo nell'ambito dell'eventuale giudizio di impugnazione della deliberazione.

Ne deriva, allora, che, (ma solo) una volta accertata giudizialmente l'invalidità della deliberazione adottata con il voto (determinante) l'amministratore interessato, e dunque la sua potenzialità dannosa, il voto espresso da costui potrà considerarsi invalido e illecito: solo all'esito di siffatto accertamento, allora, l'amministratore interessato potrà essere non soltanto revocato per giusta causa, ma anche chiamato a rispondere dei danni derivanti dalla violazione, la quale si risolve in un comportamento appunto commissivo (come precisato dall'art. 2391, co. 4, c.c.), del divieto, come detto gravante solo su colui che risulti portatore di un interesse in un'operazione, di votare a favore della deliberazione che, oltre ad averla ad oggetto, sia potenzialmente dannosa per la società ⁽¹⁶⁾, anche, si noti, qualora abbia adempiuto i propri obblighi informativi ⁽¹⁷⁾, mentre la responsabilità penale di cui all'art. 2636 c.c., oltre ad essere limitata ai casi di conflitto di interessi, fa riferimento al compimento, da parte dell'amministratore che versa in tale situazione, di atti di disposizione dei beni della società con l'intenzione di cagionare un danno patrimoniale alla società ⁽¹⁸⁾.

A differenza di quella, generale, gravante su tutti gli amministratori, compreso ovviamente quello interessato, che rispondono dei danni concretamente arrecati alla società, la responsabilità "speciale" dell'amministratore interessato, l'unica alla quale in vero l'art. 2391, co. 4, c.c., mostra di fare riferimento ⁽¹⁹⁾, discende dall'avvenuto annullamento di una deliberazione anche solo potenzialmente dannosa: e sono appunto, e soltanto, i pregiudizi derivanti da siffatto annullamento quelli che l'amministratore interessato che abbia votato a favore della deliberazione annullata deve risarcire alla società.

Se, tuttavia, si considera che, al momento di esprimere il proprio voto, l'amministratore non è in grado di stabilire con certezza non solo se la deliberazione verrà annullata, e prima ancora impugnata, ma nemmeno se essa risulterà, o meglio sarà giudicata, potenzialmente dannosa per la società, e tanto meno se il proprio voto risulterà decisivo ai fini della sua approvazione, si deve riconoscere all'amministratore portatore di un interesse in una operazione oggetto

⁽¹⁶⁾ Sulla possibilità di avvalersi, nei confronti dell'amministratore interessato, non solo del rimedio risarcitorio, ma anche della revoca per giusta causa, v., per tutti, G. GUIZZI, *sub art.* 3291, cit., 668 ss.; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 597; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 121 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 169.

⁽¹⁷⁾ E v., infatti, V. MELI, *La disciplina*, cit., 167. In senso diverso, v. M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 484 ss., testo e note 150 e 152; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 595; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 128 ss.; ID., *Responsabilità dei gestori di s.p.a.*, cit., 169; L. ENRIQUES, *sub art.* 2391, cit., 344; M. MOZZARELLI, *sub art.* 2391, cit., 1353.

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. N. SALANITRO, *Gli interessi*, cit., 56 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 425 ss., nota 4 e testo corrispondente; G. MINERVINI, *Gli interessi*, cit., 584 ss.; F. GIORGIANNI, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, cit., 123 ss., nota 48 e testo corrispondente.

⁽¹⁹⁾ Sul punto, v. V. MELI, *La disciplina*, cit., 165 ss.; G. GUIZZI, *sub art.* 3291, cit., 670.

di una deliberazione consigliare la facoltà, o, meglio, il *diritto* di astenersi dal partecipare alla sua adozione ⁽²⁰⁾.

Si osservi, sotto questo profilo, che mentre il socio ha in ogni caso la facoltà di astenersi dall'esercitare il (potere di) voto (in assemblea), trattandosi di una prerogativa che la legge gli riconosce nel suo interesse, e che proprio per ciò si è soliti indicare in termini di diritto, al contrario per l'amministratore il voto (in consiglio) rappresenta piuttosto un potere diretto a realizzare un interesse altrui, ed il cui esercizio deve ritenersi in via di principio doveroso, così come è doverosa l'attività della quale esso rappresenta un momento: il che significa, a ben vedere, che l'amministratore, a differenza del socio, non ha, in via di principio, il diritto di astenersi dall'esercitarlo, a meno che siffatta astensione non risulti giustificata, come appunto è a dirsi, tra l'altro, ove costui risulti interessato nell'operazione ad oggetto della relativa delibera.

Insomma, l'amministratore che risulta portatore di un interesse siffatto, pur essendo in ogni caso legittimato ad esercitare il potere di voto, non può mai dirsi tenuto a farlo: ed è proprio nella configurazione non già di un *dovere*, come quello previsto dal sistema originario, ma, al contrario, di un vero e proprio *diritto generalizzato di astensione*, che si risolve l'apparente contraddizione, più volte segnalata, tra *legittimità dell'esercizio del potere di voto* dell'amministratore interessato e possibile *invalidità ed illiceità* del suo *contenuto*.

Bibliografia

ENRIQUES L., in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Della società. Dell'azienda. Della concorrenza*, a cura di D.U. Santosuosso, artt. 2379-2351, Torino 2015, *sub art.* 2391, 334 ss.

FERRO-LUZZI P., *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori – Profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 661 ss.

GIORGIANNI F., in *Commentario romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. d'Alessandro, Vol. II, Tomo 2, artt. 2380-2451 c.c., Padova 2010, *sub artt.* 2391 e 2391-bis, 116 ss.

GIORGIANNI F., *Responsabilità dei gestori di s.p.a. e dovere di fedeltà: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 149 ss.

⁽²⁰⁾ Sul tema, ma limitandosi a sottolineare che, pur in mancanza di un obbligo di astensione, l'amministratore interessato sarà tenuto a valutare l'opportunità di esprimere il proprio voto "con attenzione, attese le possibili responsabilità", P. FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi*, cit., 674; V. MELL, *La disciplina*, cit., 157 ss.; M. VENTORUZZO, *sub art.* 2391, cit., 426 ss.

GUIZZI G., in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Vol. II, Artt. 2380-2448, Napoli 2008, *sub art.* 2391, 652 ss.

GUIZZI G., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità nell'amministrazione di s.p.a.*, Milano 2014.

MAFFEIS D., *Il "particolare rigore" della disciplina del conflitto di interessi nelle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1053 ss.

MELI V., *La disciplina degli interessi di amministratori di s.p.a. tra nuovo sistema e vecchi problemi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2003, 155 ss.

MINERVINI G., *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 581 ss.

MOZZARELLI M., in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, Tomo I, Milano 2016, *sub art.* 2391, 1340 ss.

SALANITRO N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2003, 47 ss.

SAMBUCCI L., *Gli interessi degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 755 ss.

SANFILIPPO P.M., *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, *Assemblea – Amministrazione*, Napoli 2006, 439 ss.

SANTAGATA R., *Interlocking directorates ed "interessi degli amministratori" di società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2009, 310 ss.

VENTORUZZO M., in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, Artt. 2380-2396 c.c., Milano 2005, *sub art.* 2391, 423 ss.



Tokenization of Assets: Security Tokens in Liechtenstein and Switzerland

ANGELIKA K. LAYR

Research Assistant, PhD Candidate

University of Lucerne / University of Liechtenstein

angelika.layr@unilu.ch / angelika.layr@uni.li

ABSTRACT

Le innovazioni tecnologiche portano inevitabilmente a sollevare questioni legali; l'ambito della digitalizzazione dei documenti fisici e dei titoli attraverso l'uso di blockchain e di altre tecnologie a registro distribuito non costituisce un'eccezione. Mentre le soluzioni per molte questioni possono essere trovate all'interno del quadro giuridico esistente, alcuni cambiamenti richiedono misure legislative. Questo paper esamina gli ostacoli esistenti in relazione all'emissione e al trasferimento di titoli in forza di una semplice transazione digitale e gli approcci del legislatore del Liechtenstein e di quello svizzero per superarli. Entrambi hanno riconosciuto che le caratteristiche dei registri distribuiti possono adempiere alle stesse principali funzioni del possesso di un documento fisico. Mentre in Svizzera si tratta di un adattamento normativo selettivo riferito all'uso della DLT e al diritto dei titoli, il legislatore del Liechtenstein cerca di creare un quadro giuridico e normativo olistico per l'intera economia token attraverso l'introduzione di un nuovo set di regole.



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16466>

Parole chiave: digitalizzazione, diritti reali, STO, token, titoli tokenizzati, TVTG, tecnologie affidabili

Technological innovations invariably lead to legal questions being raised; the sphere of digitalization of physical documents and securities by use of blockchain and other distributed ledger technologies does not constitute an exception. While solutions for many questions can be found within the existing legal framework, some developments call for legislative measures. This paper examines the hurdles in connection with the issuance and transfer of securities by virtue of a mere digital transaction and the approaches of the Liechtenstein and Swiss legislator to overcome them. Both have recognized that entries in distributed ledgers may fulfill the same main functions as the possession of a physical document. While the focus of the selective legal adaptations in Switzerland is on the use of DLT and securities law, the Liechtenstein legislator strives towards a holistic legal and regulatory framework for the entire token economy by introduction of a new set of rules.

Keywords: Digitalization, Sachenrecht, STO, Token, Tokenized Securities, TVTG, Vertrauenswürdige Technologien

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

Tokenization of Assets: Security Tokens in Liechtenstein and Switzerland

Sommario: 1. Introduction. – 2. From ICOs to STOs. – 3. Tokenized securities and security tokens. – 3.1. Definitions and general introduction. – 3.2 Switzerland. – 3.2.1. Dematerialization of securities. – 3.2.2 Token sales under Swiss law. – 3.2.3 Legislation. – 3.2.4 Interim conclusion. – 3.3 Liechtenstein. – 3.3.1 Securities under Liechtenstein law. – 3.3.2 Legislation. – 3.3.2.1 TVTG and technological neutrality. – 3.3.2.2 Token Container Model. – 3.3.2.3 Introduction of uncertificated securities. – 3.3.3 Interim Conclusion. – 4. Alternative approaches. – 5. Conclusion.

1. Introduction

Distributed ledger technology (DLT), blockchain, internet of things (IoT), artificial intelligence (AI); these are some of the most intensely discussed buzzwords of the last few years. The “tokenization of assets” or so-called “token economy” must be added to this list as relatively recent phenomenon that arose with the emergence of DLT. In addition to the advantage provided by the great variety of possible applications, tokens representing rights and assets are regarded as having lasting influence and importance as new forms of corporate financing. In this context, initial coin offerings (ICO) and security token offerings (STO) are currently at the center of the debate. A systematic examination of the legal implications seems necessary in order to ensure that the potential of digitalization can be fully exploited without losing sight of possible risks.

It is only natural that technological developments lead to legal questions being raised; by way of example, see the emergence of e-commerce that came along with the invention of the Internet. It is debatable whether the new phenomena and business models can be governed by existing rules or whether there is a need for new legislation. The legal mapping of digitalization tendencies is a balancing act that is currently being mastered by legislators around the globe in different ways. On the one hand, legislators want to curb the misuse of new technologies as far as possible; on the other, they do not want to unnecessarily slow down innovation. This can be well illustrated by taking as an example the legislative developments in the sphere of DLT and crypto-currencies, or tokens based on this technology. While some jurisdictions have developed specific laws in order to govern the new phenomena, some are taking a wait-and-see approach or trying to create legal certainty by making selective legal adaptations, and others have prohibited individual services or banned crypto-currencies, ICOs, etc. as a whole. The

treatment of so-called security tokens in Liechtenstein and Switzerland with special focus on the issuance and transfer of securities by virtue of a mere digital transaction on a distributed ledger is examined in this paper from a private law perspective. The main hurdles *de lege lata* as well as the approaches of the Liechtenstein and Swiss legislator to overcome them *de lege ferenda* are outlined below. A comparison of the situation in Liechtenstein and Switzerland is particularly exciting, as both jurisdictions aim to play a leading role when it comes to the token economy, and despite the fact that there are many legislative similarities, both pursue different approaches to provide a legal environment for the token economy.

* Mag. iur. Angelika K. Layr, BSc, LL.M., Research Assistant at the Chair of Company, Foundation and Trust Law, Institute for Business Law, University of Liechtenstein and PhD Candidate at the University of Lucerne, Switzerland. This paper was written in context with the research project "Distributed Ledger Technologie im liechtensteinischen Privatrecht" led by Prof. Francesco A. Schurr and financially supported by the Government of the Principality of Liechtenstein. The author would like to thank the Government of Liechtenstein for the continued research support and Prof. Schurr for his constant academic guidance. Special thanks to Prof. Roberto Sacchi, Prof. Marco Cian and Prof. Claudia Sandei for the opportunity to present this paper at the conference "Corporate Strategy and Governance in the Digital Age" at the Università degli Studi di Milano on 8 November 2019. This paper is based on the legal situation as of **November 2019** and was previously published in "Spektrum des Wirtschaftsrechts" (SPWR), 2020, 121-132, available at www.spektrum-des-wirtschaftsrechts.at.

2. From ICOs to STOs

In the early stages of blockchain technology, it was all about initial coin offerings (ICO) as an alternative and innovative form of funding for blockchain-based companies. This means that so-called digital coins or tokens are issued in order to raise capital, instead of offering shares within the framework of an initial public offering (IPO) ⁽¹⁾. There is no uniform definition of what a token is; technically speaking, a token is an entry or information in a distributed ledger. For the purpose of this paper, particular reference should be made to the basic distinction between crypto-currencies and tokens; while crypto-currencies are purely digital values which are primarily assigned to a payment function within a blockchain or network, tokens are linked to rights outside of the blockchain ⁽²⁾. These tokens can fulfill different functions: they can represent membership rights, rights to property or other absolute or relative rights ⁽³⁾. The “European Blockchain Observatory and Forum” ⁽⁴⁾ defines “token” as “type of digital asset that can be tracked or transferred on a blockchain” and often used as a digital representation of assets, such as commodities, stocks or physical goods, or to incentivize market participants in maintaining and securing blockchain networks. ICO initiators usually explain the details and token functions in a document, the so-called white paper, that can be compared to a prospectus. Investors pay either in crypto-currencies or fiat money ⁽⁵⁾ and receive tokens or coins in return in the hope that the value will increase, and/or the token can be used to get access to services or goods if the project succeeds.

(1) For details regarding the different types of token sales, see Shermin Voshmgir, *Token Economy How Blockchain and Smart Contracts Revolutionize the Economy* (BlockchainHub Berlin 2019) 198.

(2) Angelika Layr and Matthias Marxer, 'Rechtsnatur und Übertragung von «Token» aus liechtensteinischer Perspektive' [2019] 11(12) LJZ.

(3) From a financial market regulation standpoint, a distinction can basically be made between investment or security tokens, currency tokens and utility tokens.

(4) Tom Lyons and others, 'Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts' [2019] 1(0) ConsenSys.

AG <<https://www.eublockchainforum.eu/reports>> accessed 4.10.201

(5) Legal tender; fiat is the term often used for terminological differentiation from crypto-currencies.

ICOs are therefore a new form of financing with elements of crowdfunding that offers advantages compared to traditional methods, like IPOs. The simplified process and fully digital approach are appealing, especially when it comes to start-ups that do not have a lot of assets at their disposal and are looking for a quick and uncomplicated form of financing.

ICOs were named the wild west of corporate financing at the height of the ICO boom in 2017 and 2018, legislators have since identified a high risk of fraud and manipulation in relation to token offerings ⁽⁶⁾ and started to discuss and implement regulatory measures ⁽⁷⁾. The debate about ICO regulation raised questions about the nature and legal status of tokens, as well as their possible classification as securities or financial instruments. Tokens often contain elements of shares, currencies, or accounting units, but can basically serve an unlimited amount of functions, which makes it difficult to clearly assign them to one specific category ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Tom Lyons and others, 'Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts' [2019] 1(0) ConsenSys.

AG <<https://www.eublockchainforum.eu/reports>> accessed 4.10.2019

⁽⁷⁾ Early examples are the Malta Virtual Financial Assets Act, the Gibraltar Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2017; France was also one of the early movers; the so-called "PACTE law" – LOI 2019-486 du 22 mai 2019 (Action Plan for Business Growth and Transformation) was adopted in 2019. It enables issuers of ICOs to obtain an optional visa from the financial market regulator (AMF) as well as licenses for digital assets service providers (DASP), <https://www.amf-france.org/en_US/Reglementation/Dossiers-thematiques/Fintech/Vers-un-nouveau-regime-pour-les-crypto-actifs-en-France>, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?sessionId=A2654C05BAC8DEF570802ADC4D8DD865.tplgfr41s_2?cidTexte=JORFTEXT000038496102&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000038496092> accessed 4 October 2019); a further example is Thailand with the Digital Asset Businesses Decree, B.E.2561(C.E.2018), <https://www.sec.or.th/EN/Documents/EnforcementIntroduction/digitalasset_decree_2561_EN.pdf> (4 October 2019) and the Amendment of the Revenue Code Decree (No. 19) B.E. 2561 (C.E. 2018), which came into effect on 14 May 2018, summary available at <https://www.sec.or.th/TH/Documents/DigitalAsset/enactment_digital_2561_summary_en.pdf> accessed at 4 October 2019.

⁽⁸⁾ Carol Goforth, 'How blockchain could increase the need for and availability of contractual ordering for companies and their investors' [2019] 94(1) North Dakota Law Review 1-64.

Regulators and legal scholars have started debating the classification of tokens from both a financial market law and a private law perspective. A distinction is necessary, because the categories proposed in relation to financial market law are not fitting properly for a private law analysis ⁽⁹⁾.

After the ICO boom and some cases of fraud, the need for options to use the advantages of the new technologies within a regulated environment arose ⁽¹⁰⁾. The focus of the debate shifted from ICOs to security token offerings (STOs), a term without a general definition and quite different semantic content, depending on the source or person asked.

3. Tokenized securities and security tokens

3.1 Definitions and general introduction

In order to be able to discuss the admissibility of issuing securities as tokens or security tokens, it is necessary to find a definition of the term “security token” as starting point for this paper. It should be noted that in this paper the term security is used to describe securities as defined in private law, not financial market law. In this context, securities are instruments to which a right attaches in such a manner that it may not be exercised or transferred to another without the instrument ⁽¹¹⁾. The prerequisites are, therefore, a certificate that securitizes a claim and a close link between claim and certificate. The main functions of securities are the transport function, legitimation function and serving the public interest in upholding the validity of transactions (Verkehrsschutzfunktion). It is possible to securitize debts (e.g. bills of exchange, cheques, debentures, warrants), membership and participation rights (e.g. shares, participation certificates) or property rights (e.g. bill of lading, commercial paper) ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Regulators roughly differentiate between crypto-currencies with payment function, utility tokens that render a right to access and/or use DLT platforms, security or equity tokens representing a share or stock in a company, or grant the right to receive dividends. ⁽¹⁰⁾ See for example the case of “E-Coin”; ‘FINMA zieht Coin-Anbieter aus dem Verkehr und warnt vor Scheinkryptowährungen’ (Finma, 19. September 2017) <<https://www.finma.ch/en/news/2017/09/20170919-mm-coinanbieter>> accessed 4 Oktober 2019.

⁽¹¹⁾ See §§ 73ff concluding part (Schlussabteilung) of the Liechtenstein Persons and Company Act of 20 January 1926 (Schlussabteilung des PGR; SchlTPGR) and Art. 965 of the Swiss Code of Obligations of 30 March 1911.

⁽¹²⁾ Robert Furter, Art. 965 OR in Honsell et al (eds), BSK-Wertpapierrecht (2012) N 12ff. The effect of linking a right to a certificate is that it becomes negotiable and tradable on the basis of the rules of property law. Thus, the transfer of ownership of the security certificate – which requires a valid title plus handover of the certificate – also implies the transfer of

According to the prevailing doctrine, the scope of Swiss and Liechtenstein ⁽¹³⁾ property law is limited to the acquisition, holding and transfer of physical objects and some exceptions explicitly mentioned by law ⁽¹⁴⁾. Consequently, a transfer of intangibles is not subject to the transfer rules under property law. In this context, questions arise regarding the link between rights and tokens, the classification, “ownership” and the transfer of tokens and the linked rights. In order to gain a better understanding of the current situation and problems related to STOs, the process of dematerialization of securities will be outlined below.

3.2 Switzerland

3.2.1 Dematerialization of securities

The development of mass trade was accompanied by the industry’s search for solutions for settlement without requiring a physical transfer of documents. The dematerialization of securities was particularly necessary for the rapid settlement of stock exchange trading. In practice, shares and options were securitized in individual certificates and deposited in a collective custody account. The holders rights were directly entitled in rem to all documents in the form of so-called modified and unstable co-ownership (modifiziertes und labiles Miteigentum) ⁽¹⁵⁾. The transfer took place by way of an instruction to hold them on behalf of the transferee; in practice, this was actually purely an accounting transaction. The next step towards dematerialization was that the individual certificates were replaced by a global certificate; i.e. still a physical document. In a further step, the concept of registered shares with deferred or cancelled printing was developed for registered shares. The shares were no longer printed and only recorded in the books, with the transfer taking place by way of assignment. This made a written assignment agreement necessary to ensure that the custodian bank was granted a power of attorney to assign the shares or that a blank declaration of assignment was issued.

the securitized right.

⁽¹³⁾ Liechtenstein property law was basically adopted from the Swiss Civil Code (Zivilgesetzbuch; ZGB); the relevant provisions are Art 641ff ZGB in Switzerland and the Sachenrecht (SR), LGBI 1923/4 in Liechtenstein.

⁽¹⁴⁾ Jörg Schmid and Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht (4edn, Schulthess Verlag 2012); Arnet, ‘Sachenrecht’ in Peter Breitschmid and Alexandra Rumo Jungo (eds), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Schulthess Verlag 2016) Art. 641- 645 ZGB.

⁽¹⁵⁾ Dieter Zobl and Dieter Gericke, N1. in Zobl and others (eds), Kommentar zum Bucheffektengesetz (Schulthess Verlag 2013).

Due to digitalization, physical share certificates became more and more uncommon. For exchange trading of uncertificated rights, the concept of uncertificated securities was introduced under Art 973c of the Swiss Code of Obligations (OR). The provisions lay the foundation for issuing rights with the same function as negotiable securities or replacing fungible negotiable securities or global certificates with uncertificated securities ⁽¹⁶⁾. A book on uncertificated securities with details regarding their number and denomination, as well as information concerning the creditors must be kept by the obligor ⁽¹⁷⁾. Uncertificated securities are created on entry into the book and only exist in accordance with such entry ⁽¹⁸⁾. Although uncertificated securities are basically fully dematerialized, there is the requirement of a written declaration of assignment for their transfer, which is in practice being circumvented by transfer agreements made between the parties ⁽¹⁹⁾. Coupled with the fact that, according to the main doctrine, the assignment right does not permit bona fide acquisition from a non-entitled party, this has increasingly led to a split between the reality of paperless securities trading and statutory law ⁽²⁰⁾.

The Swiss Federal Act on Intermediated Securities (FISA) ⁽²¹⁾ established that a written declaration was no longer required for a transfer of intermediated securities, which is why a mere electronic entry in a securities account is sufficient for the transfer. Recognition of the constitutive effect of entries in the securities account is thus the central point of the FISA. The FISA applies to intermediated securities that are credited to a securities account by a custodian ⁽²²⁾. Securities falling within this scope need to be standardized and suitable for mass trading. In order to be considered standardized and suitable for mass trading, intermediated securities must be offered to the public in the same structure and denomination, or be offered to more than 20 customers, provided that they are not created exclusively for individual counterparties (e.g. OTC derivatives). Intermediated securities do not constitute objects within the meaning of Art 713 ZGB, however they are functionally equivalent to certificated securities.

⁽¹⁶⁾ Art 973c para 1 OR.

⁽¹⁷⁾ Art 973c para 2 OR.

⁽¹⁸⁾ Art 973c para 3 OR.

⁽¹⁹⁾ Art 973c para 4 and 165 para 1 OR.

⁽²⁰⁾ Regarding the situation in Germany, see Frieder Bauer, 'Bestrebungen zur Reform des Wertpapiersachenrechts' in Siegfried Kümpel and others (eds), *Bank- und Kapitalmarktrecht* (Verlag Dr Otto Schmidt 2019) 2362 ff.

⁽²¹⁾ Federal Act on Intermediated Securities of 3 October 2008 (FISA).

⁽²²⁾ Art 2 para 1 FISA.

Intermediated securities come into existence by way of book-entry into the register of intermediated securities, or by book-entries in securities accounts of the investors by an authorized central securities depository. Within the complex capital market, securities are held and transferred through several intermediaries and investors no longer hold physical securities. However where small companies or start-ups are concerned, listing and creation of intermediated securities is too cost-intensive and not a viable way of financing ⁽²³⁾.

3.2.2 Token sales under Swiss law

Switzerland is not only an important financial center; it is also very active in the realm of token sales. To name an example: the Ethereum Foundation was established in Switzerland back in 2014, marking a milestone for the token economy. The Ethereum blockchain can be used to build new applications with numerous functions by programming “smart contracts” in order to create decentralized applications (DApps) ⁽²⁴⁾. The term “smart contract” was introduced by Nick Szabo, ⁽²⁵⁾ who used the example of a digital vending machine to describe how contractual obligations can be put into code; the idea is to embed contractual clauses in hardware and software in order to automatically execute the terms of a contract ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Bruno Pasquier and Jean-Marie Ayer, 'Formungültige Aktienübertragungen auf der Blockchain' [2019] 5(0) *Anwaltsrevue* 196.

⁽²⁴⁾ The term “smart contract” was first introduced by Nick Szabo, who basically used the example of a vending machine to describe how contractual obligations can be put into code Nick Szabo, 'The Idea of Smart Contracts' (1997) <<https://archive.is/wIUOA>> accessed 30 October 2019.

⁽²⁵⁾ Nick Szabo, 'Smart Contracts' (1994), <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT_winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> accessed 30 October 2019.

⁽²⁶⁾ Szabo, 'Smart Contracts' (1994).

While Szabo was ahead of his time in respect of the technological possibilities available, DLT seems to enable the realization of his ideas. However, the terminology is somewhat confusing because there are different definitions and understandings of smart contracts. For instance, on the Ethereum blockchain, tokens are smart contracts, whereas, in a more general context, tokens can be predominantly agree that smart contracts do not constitute contracts for legal purposes ⁽²⁷⁾.

What exactly are tokens under Swiss law? The FINMA ⁽²⁸⁾ issued guidelines for ICOs on 16 February 2018, where they defined three token categories: payment, utility and asset tokens (security tokens) ⁽²⁹⁾. While payment tokens are basically crypto-currencies with a payment function, utility tokens provide access to an application or service and asset tokens represent assets, such as debt, equity or physical assets. FINMA also points out that there are also hybrid tokens that, for example, are classified as payment and utility tokens ⁽³⁰⁾. From a private law perspective, tokens are not considered legal tender for the purposes of the Swiss Federal Act on Currency and Payment Instruments (CPIA) ⁽³¹⁾. Due to the lack of physicality, tokens are *prima facie* not objects under property law. Although electronic storage media can also be regarded as a certificate in certain circumstances and there are undeniable similarities

⁽²⁷⁾ For example Francesco Schurr, 'Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich' [2019] 3(0) Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 260 ff.; Christoph Paulus and Robin Matzke, 'Smart Contracts und Smart Meter – Versorgungssperre per Fernzugriff' in NJW [2015] 150 ff.; Christoph Buchleitner and Thomas Rabl, 'Blockchain und Smart Contracts, Revolution oder alter Wein im digitalen Schlauch' [2017] 1(0) *ecolex* 4; Stephan Meyer and Benedikt Schuppli, '«Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht' [2017] 3(1) *Recht* 2017 208.

⁽²⁸⁾ FINMA, 'Swiss financial market supervisory authority' <<https://www.finma.ch/en>> accessed 8 October 2019.

⁽²⁹⁾ 'Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial offerings (ICO) (FINMA, 17 February 2018) <<https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>> accessed 8 October 2019 and Supplement to the guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICO), (11 September 2019) <<https://finma.ch/en/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>> accessed 8 October 2019.

⁽³⁰⁾ FINMA Guidelines, 3. (FINMA, 17 February 2018) <<https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>> accessed 8 October 2019.

⁽³¹⁾ Federal Act on Currency and Payment Instruments (CPIA; 941.10) of 22 December 1999.

between tokens and objects ⁽³²⁾, the prevailing opinion in legal commentary negates the categorization of tokens as certificated securities ⁽³³⁾. Hence, the question about their categorization as uncertificated securities arises. The problem with this categorization lies in the fact that, pursuant to Art 973c para 4, a written declaration is required for a transfer of uncertificated securities. This is not a straightforward issue where the use of DLT is concerned, as the transfer should be proceeded by entry in the decentralized ledger solely. If there is a central counterparty, there are ways to solve that issue on a contractual basis, but the essence of a decentralized system is the absence of such intermediaries. There is, of course, the option of transferring uncertificated securities as intermediated securities, if they fulfill the requirements (standardization and suitable for mass trade). Security tokens are often standardized and offered to a broad circle of investors, which is why they may fall within the definition of intermediated securities contained in the FISA. The problem in this context is that they need to be lodged in a special custody account established at a custodian as defined in Art 4 para 2 FISA. Distributed ledgers cannot act as custodians under this definition, but at least it seems to be feasible for custodians to use DLT in order to fulfill their duties in their capacity as custodians. This, of course, is not what is intended by most DLT projects and does not serve the purpose as a new and innovative way of funding start-ups.

(32) See for example Lukas Handschin, *Papierlose Wertpapiere* (Helbing und Lichtenhahn 1987) 17; Hans Casper von der Crone and others, 'Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie' [2018] 14(1) SJZ 341; Barbara Graham-Siegenthaler and Andreas Furrer, 'The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law' [2017] Jusletter 16 ff.; Ronald Kogens and Catarina Luchsinger Gähwiler, 'Token als Erklärungsträger für Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte' [2018] Jusletter 1 ff.; Martin Eckert, 'Digitale Sachen als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache' [2016] 11 SJZ 245 ff.; Rolf Weber and Salvatore Iacangelo, 'Rechtsfragen bei der Übertragung von Token' [2018] IT 24 Jusletter 10 ff.

(33) See for example Hans Casper von der Crone and others, *Aktien Token*. in Daniel Daeniker (ed), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* (Dike Verlag 2019) 3 ff.; Mirjam Eggen, 'Was ist ein Token?' [2018] AJP 561 ff.; digital data and property law in general see Florent Thouvenin, 'Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs' [2017] SJZ 21 ff.

3.2.3 Legislation

The Swiss Federal Council recognized a need to adapt legislation and opened the discussion about improvement of the legal framework and regulatory standards for DLT⁽³⁴⁾. Unlike in other jurisdictions, the Federal Council found that it was not necessary to create a whole new set of rules or a “Blockchain Act” to govern the new technology. It concluded that the existing Swiss legal framework is well suited to deal with DLT in general, but recognized the need for selective adjustments in some fields of law in order to evolve as a leading, innovative and sustainable location for fintech and blockchain companies⁽³⁵⁾. The Federal Council instructed the Federal Department of Justice and the Federal Department of Finance and Police to prepare a consultation draft in order to initiate the consultation process by March 2019⁽³⁶⁾.

One major focus is to increase legal certainty concerning the transfer of rights by means of digital registers. According to the consultation report, tokens that represent a legal position (debt or membership) perform functions similar to securities and the entry into a distributed ledger comparable to the possession of a physical share certificate or entry into a central register and should, consequently, trigger similar legal effects⁽³⁷⁾. The consultation report points out that the Swiss Code of Obligations

⁽³⁴⁾ 'Federal Council wants to further improve framework conditions for blockchain/DLT' (*Federal Council*, 14. December 2018) <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-73398.html>> accessed 9 Oktober 2019.

⁽³⁵⁾ 'Federal Council wants to further improve framework conditions for blockchain/DLT' (*Federal Council*, 14. December 2018) <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-73398.html>> accessed 9 Oktober 2019.

⁽³⁶⁾ 'Federal Council wants to further improve framework conditions for blockchain/DLT' (*Federal Council*, 14. December 2018) <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-73398.html>> accessed 9 Oktober 2019.

⁽³⁷⁾ 'Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage (Consultation Report), ' (*Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD)*, 22 March 2019) <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56192.pdf>> accessed 30 October 2019.

needs to be adjusted in such way that the “possibility of an electronic registration of rights that can guarantee the functions of negotiable securities is to be created”⁽³⁸⁾.

The planned revision of the law will provide a legal framework for the issuance of securities based on DLT by introducing a new category of securities: so-called DLT-registered uncertificated securities (DLT securities). DLT securities fulfill the same main functions as traditional securities and are also limited to the representation of rights which can also be certificated in securities⁽³⁹⁾. The transfer of uncertificated securities through book-entry in distributed electronic ledgers will be possible within a secure legal framework⁽⁴⁰⁾. Although it is mentioned in the introduction to the report that Switzerland continues to pursue a principle-based and technology-neutral legislative and regulatory approach⁽⁴¹⁾, advantage has been taken of an opportunity to allow an exception by revising the law specifically in light of the developments in DLT⁽⁴²⁾. The Swiss legislator intends to apply analogously the principles of securities law to entries or bookings in distributed ledgers. This means that a new provision will be introduced in Arts. 973 ff. OR that permits the registration of rights in distributed ledgers with the same functions as securities. It will be possible to legally transfer DLT securities by entry in a distributed ledger, hence fulfilling the transport function. The parties need to agree on exclusive assertion and transfer of uncertificated securities via DLT, which will result in the fact that whoever is identified by the register as authorized will be considered as having legitimacy to dispose. Further, the distributed ledger will assume the function of upholding the validity of transactions, in the same ways that certificated securities do, meaning that whoever acquires a DLT uncertificated security in good faith will be protected by law⁽⁴³⁾.

⁽³⁸⁾ 'Federal Council initiates consultation on improving framework conditions for blockchain/DLT' (*Federal Council*, 22 March 2019) <<https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-74420.html>> accessed 29 October 2019; Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Consultation Report; further, changes to the Federal Law on Debt Collection and Bankruptcy, Financial Market Infrastructure Law, the future Financial Institutions Act and also amendments of the Anti-Money Laundering Ordinance as part of the ongoing revision of the Anti-Money Laundering Act are planned.

⁽³⁹⁾ See EFD, Consultation Report, 8.

⁽⁴⁰⁾ See EFD, Consultation Report, 8.

⁽⁴¹⁾ See EFD, Consultation Report, 6.

⁽⁴²⁾ See EFD, Consultation Report, 8.

⁽⁴³⁾ See EFD, Consultation Report, 12ff.

The corresponding preconditions are:

- registration in a distributed electronic register based on DLT that meets certain requirements and
- consent of all the parties to this kind of registration ⁽⁴⁴⁾.

According to the report, there are no further requirements for the establishment of such DLT-based securities registers, but the Federal Council reserves the right to introduce minimum requirements for the register (draft Art 973d OR) ⁽⁴⁵⁾. In addition to the changes required to general securities law, selective adjustments within two categories of securities – namely shares and commodity securities – will be necessary according to the consultation report. The Federal Council points out that all provisions of company law must be fully complied with where shares are concerned, meaning that especially future legal developments in connection with the recommendations of the Global Forum and the FATF/GAFI must be considered. For this reason, caution is advised when it comes to the tokenization of shares. Further, the introduction of DLT securities will have no effect on the categorization under financial market law ⁽⁴⁶⁾. In future, DLT securities will exist alongside traditional securities, uncertificated securities and intermediated securities, and financial intermediaries will also be allowed to make use of DLT for register keeping. It should also be mentioned that a licensing system for DLT trading facilities will be introduced under the Swiss Financial Market Infrastructure Act (FMIA); however, this cannot be discussed in detail within the scope of this paper.

⁽⁴⁴⁾ See EFD, Consultation Report, 12.

⁽⁴⁵⁾ The lack of further requirements is subject to criticism, especially when it comes to trade between a large number of market participants in the regulated financial market area. See for example Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Distributed Ledger-Technologie' (FINMA, 10 July 2019) <<https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/finma-stellungnahmen/finma-stellungnahme-distributed-ledger-technologie-20190710.pdf?la=de>> accessed 8 October 2019; and Hans Kuhn and others, 'Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft' [2019] IT 23(0) Jusletter 6 ff.

⁽⁴⁶⁾ The Federal Council refers to the FINMA's practice in this regard; EFD, Consultation Report, 15.

3.2.4 Interim conclusion

The Swiss approach to govern the legal issues related to DLT has its starting point in securities law and envisages selective adjustments to existing laws. The legislator bases this on the flexibility of the Swiss legal framework, which seems adequate to deal with the new phenomena and accompanying legal questions. It is interesting to note that the legislator is planning to derogate from the principle of technology-neutrality by introducing a set of rules to exclusively govern DLT. As technology evolves, this inevitably means that legislative adjustments will be necessary, which may, in turn, lead to legal uncertainty and a constant need for amendments. It is also noteworthy that possible alternative approaches have not been considered in the legislative process so far ⁽⁴⁷⁾.

In respect of STOs, it can be concluded that, within the existing legal framework, contractual constructions are necessary in order to issue security tokens with use of DLT. With the introduction of DLT-based uncertificated securities, the issuance of security tokens with the same functions and legal effects as certificated securities is feasible if the new provisions are enacted as foreseen in the draft. While the distributed ledger must be structured in such a form that the functionality and security of the register conform to the legal situation, the details of the technical implementation is left to practice. In this context, it must be assumed that adjustments will be made to the draft, as the duty to ensure the functionality and security of the register should lie with the issuer, leading to liability in case of breach ⁽⁴⁸⁾. Legal certainty will be enhanced by the introduction of rules regarding segregation of digital assets in case of bankruptcy, which will basically be modelled on the rules applicable to physical objects.

⁽⁴⁷⁾ See for example the proposals made in Irene Ng, 'UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records' (MLETR, 2018) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf> accessed 31 October 2019; Andreas Furrer and Luka Müller, 'Funktionale Äquivalenz digitaler Rechtsgeschäfte – Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsungültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht' [2018] Jusletter.

⁽⁴⁸⁾ Hans Kuhn and others, 'Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft' [2019] Jusletter 7 ff.

3.3 Liechtenstein

Nestled between Switzerland and Austria, Liechtenstein has built up a reputation as a hub for blockchain and new technologies. Companies with innovative business ideas in the DLT field have established their businesses in Liechtenstein at an early stage of the technological developments ⁽⁴⁹⁾. This is also due to the fact that Liechtenstein, as a member of the European Economic Area (EEA), offers full access to the European market whilst also maintaining close bonds to Switzerland, which is best illustrated by the customs union and the use of the Swiss franc (CHF) as their common currency. In addition to the geographical and economic situation, however, it should be emphasized that Liechtenstein has been involved with blockchain technology from a very early stage. Particular attention was paid to the Principality when it announced that it was working on a “Blockchain Act” in spring 2018. In August 2018, the NEON Exchange AG (now “Nash”), registered in Liechtenstein, issued their NEX Token, which is said to be the first STO approved by any Financial Market Authority ⁽⁵⁰⁾. On 3 October 2019, the Liechtenstein Law on Tokens and TT ⁽⁵¹⁾ Service Providers (“TVTG”) ⁽⁵²⁾ passed its second reading in Parliament, meaning that it will enter into force in January 2020. In the following section, the legal framework for securities and STO from a private law perspective will be outlined, before delving into an examination of the new draft legislation, its scope and its main implications ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ One of the first examples in this regard is the establishment of AETERNITY ANSTALT in 2016; the aim of the company is to build a new blockchain platform, proposing “decentralized, trustless alternatives to the existing governance, economic and financial intermediaries.” <<https://aeternity.com/en/>> accessed 1 November 2019.

⁽⁵⁰⁾ Shortly after this, in November 2018, the Austrian Financial Market Authority (AT-FMA) approved the prospectus of the H3O-Token issued by the Austrian startup Hydrominer, that has since filed for insolvency.

⁽⁵¹⁾ TT is the abbreviation for Trusted Technologies or “Vertrauenswürdige Technologien (VT)” in the original German version.

⁽⁵²⁾ Report and Motion (Bericht und Antrag; BuA) of the Government to the Parliament of the Principality of Liechtenstein concerning the creation of a Law on Tokens and TT Service Providers (Token and TT Service Provider Act; TVTG) and the amendment of other laws, No. 54/2019.

⁽⁵³⁾ For aspects of supervisory law, see for example Thomas Nägele and Josef Bergt, ‘Kryptowährungen und Blockchain- Technologie im liechtensteinischen Aufsichtsrecht’ [2018] 2(18) LJZ 63 ff.

3.3.1 Securities under Liechtenstein law

The relevant provisions for securities can be found in §§ 73 ff. of the Concluding Section of the Law on Persons and Companies (SchlT PGR) ⁽⁵⁴⁾. Pursuant to § 73, security means any instrument to which a right attaches in such manner that it may not be exercised, enforced or transferred without the instrument ⁽⁵⁵⁾. This definition gives the impression that a physical document is necessary for the legally valid creation of a security. Regarding the form of securities, para 2 refers to the provisions on share certificates. The corresponding Art 267 PGR determines that the necessity for the issuance of a physical share certificate only exists if the articles of incorporation do not provide otherwise. Consequently, under the Liechtenstein PGR, it is permissible to waive the issuance of a physical certificate ⁽⁵⁶⁾. Where shares are concerned, there are nevertheless further formal requirements depending on the type of share involved. It is important to distinguish between registered and bearer shares; while bearer shares must be registered in the companies' share register, bearer shares of non-listed companies must be deposited with a depositary that needs to keep and maintain the share register ⁽⁵⁷⁾.

In this context, the question arises as to whether these registers can be administered or replaced by DLT, which can be affirmed from a purely Liechtenstein national standpoint; limits may be imposed as a result of international requirements (e.g. by the GAFI/FATF).

In practice, physical share certificates are (still) used in many cases; the two main reasons for this are the necessity to deposit bearer shares of unlisted companies and the provisions regarding the transfer of shares. In the case of registered shares, a written declaration of transfer on the share title (endorsement) is required in addition to a handover of the certificate. This means that a physical certificate is necessary when it comes to the transfer of registered shares. In the case of bearer shares, a notification must be made to the custodian, who will enter the new shareholder in the register. The shareholder rights can only be asserted after the information on the bearer shareholder has been registered. Even if physical share certificates exist, ownership of bearer shares of unlisted companies are not transferred until they have been entered in the register ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ LGBI 1926/4, 20 January 1926.

⁽⁵⁵⁾ This provision essentially corresponds to Art 965 of the Swiss Code of Obligations (Obligationenrecht; OR).

⁽⁵⁶⁾ Angelika Layr and Matthias Marxer, 'Rechtsnatur und Übertragung von "Token" aus liechtensteinischer Perspektive' [2019] 1(1) LJZ 16.

⁽⁵⁷⁾ Art 328 and 326a PGR; see Angelika Layr and Matthias Marxer, 'Rechtsnatur und Übertragung von "Token" aus liechtensteinischer Perspektive' [2019] 1(1) LJZ 16.

⁽⁵⁸⁾ This is explicitly stated in the BuA 2012/69, 28.

It can, therefore, be concluded that the function of the share certificate is reduced to a document of evidence. Unlike in Swiss law, there are no provisions regarding uncertificated securities in Liechtenstein law yet. The lack of actual practical demand and the absence of a stock exchange may be possible reasons. Nevertheless, there will be a change on January 1, 2020, when the TVTG ⁽⁵⁹⁾ enters into force. The TVTG aims to regulate activities and providers in relation to the token economy and, at the same time, uncertificated securities will be introduced into Liechtenstein law.

3.3.2 Legislation

In order to support a positive development of token economy in Liechtenstein, the TVTG aims to increase legal certainty for users and service providers ⁽⁶⁰⁾. The Liechtenstein government recognized the potential of blockchain and similar technologies for various industries and branches. Therefore, it started to work on creating a holistic legal framework that considers all aspects of the token economy, in order to address the risks without hampering technological innovation. The government points out that distributed ledgers can provide for “digital originals” or “digital certificates”, which is a fundamental requirement for both virtual currencies and digital securities ⁽⁶¹⁾. Although securities trading on the financial market has already largely been digitalized, only large companies can currently benefit from these opportunities ⁽⁶²⁾. This means that distributed ledgers offer new financing opportunities and easier access to the capital market for small and medium-sized companies (“SMEs”) that make up a large percentage of corporations in general, and specifically in Liechtenstein ⁽⁶³⁾. Furthermore, DLT creates new opportunities for small-scale investors to invest in corporations, which naturally raises questions related to investor protection that cannot be addressed within the scope of this paper, but requires further examination by legal scholars in the future.

⁽⁵⁹⁾ See BuA 54/2019.

⁽⁶⁰⁾ BuA 54/2019, 7.

⁽⁶¹⁾ BuA 54/2019, 18; DLT seems to have the solution to the so-called “double-spending problem” – see Satoshi Nakamoto (Pseudonym), ‘Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System’ (*White Paper*, November 2008) 1ff. <https://bitcoin.org/bitcoin> accessed 22 October 2019.

⁽⁶²⁾ BuA 54/2019, 23ff.

⁽⁶³⁾ According to Eurostat in 2015, enterprises employing fewer than 250 persons represented 99% of all enterprises in the EU <https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Statistics_on_small_and_medium-sized_enterprises#General_overview> accessed 22 October 2019.

3.3.2.1 TVTG and technological neutrality

The TVTG follows a holistic approach based on the principle of technology-neutrality, meaning that the scope of application goes beyond DLT or the tokenization of securities. For this reason, the law does not use the terms DLT or blockchain, instead referring to “transaction systems on the basis of trustworthy technologies”. Moreover, the scope is not strictly limited to decentralized ledgers. In order to be regarded as trustworthy, the technology needs to ensure the integrity of tokens and the secure transfer thereof ⁽⁶⁴⁾. The government report points out that trustworthy technologies are replacing trusted intermediaries; hence, the trust traditionally placed in intermediaries – like banks – is replaced by trust in trustworthy technologies. According to the report, banking software is not considered trustworthy within the meaning of the TVTG, because the data in these systems can be changed or deleted. This allows the conclusion that the immutability and indelibility – offered by blockchain technology – are prerequisites for classification as trustworthy. Whether a blockchain really offers immutability and indelibility is not a legal question; it can however be noted that blockchain is, in principle, regarded as trusted technology in the report ⁽⁶⁵⁾.

3.3.2.2 Token Container Model

From a technical standpoint, a token is simply a piece of information within a distributed database. The lack of physicality leads to the fact that, as in Switzerland, property law is not applicable, a fact which prompted the legislator to introduce a new concept and terminology. The act defines tokens as legal objects that do not create new rights, but can – like a “container” – represent various kinds of rights, such as membership rights, ownership, intellectual property rights, vouchers, usage rights or rights of lien ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ BuA 54/2019, 55ff.

⁽⁶⁵⁾ In practice there are different types of blockchains. Hence, blanket statements to the effect that all systems based on blockchain are trustworthy within the meaning of the TVTG should be treated with caution.

⁽⁶⁶⁾ BuA 54/2019, 58ff.; Art 2 TVTG defines token as a piece of information on a TT System which can represent claims or rights of memberships against a person, rights to property, or other absolute or relative rights; for a general overview, see Thomas Nägele and Patrick Bont, 'Tokenized structures and assets in Liechtenstein law' [2019] 25(6) Trust & Trustees 663-638.

The report holds that a representation of all kinds of rights is possible, but also the lawful creation of “empty” containers, e.g. crypto-currencies, is feasible ⁽⁶⁷⁾. The legislator has introduced autonomous rules for the “ownership” and transfer of tokens. The person entitled to dispose of a token is regarded as equivalent to the owner within the meaning of property law, whilst the holder of the power of disposal over a token will be regarded as possessor. The power of disposal is linked to the so-called “private key” or “TT key”, which is necessary in order to transfer tokens ⁽⁶⁸⁾.

In order to link the offline with the online world, it is necessary to ensure that the rights and assets exist in the physical world before tokenizing them. Consequently, different roles and service providers – like a “physical validator” – are introduced into Liechtenstein law to ensure that this is the case ⁽⁶⁹⁾. The person with this function is responsible for ensuring that there is a link between the objects and the respective tokens representing them. The introduction of new roles or intermediaries is the result of a compromise made between full decentralization and centralization; a person in the real world has to ensure that only existing things and rights are transferred into the digital world. Take for example the tokenization of existing shares where a physical validator must make sure that the shares exist. In order to prevent the digital and analogue assets from being disposed of separately, he will have to take the physical certificates into custody.

3.3.2.3 Introduction of uncertificated securities

At the same time as the TVTG enters into force, uncertificated securities will be introduced into Liechtenstein law. The government defines these as dematerialized securities where the certificate and its functions can be replaced by entry into a register ⁽⁷⁰⁾. The legislator points out that, under Liechtenstein law, uncertificated securities contain all functions of a security of public faith ⁽⁷¹⁾. In essence, this means that there is a (rebuttable) presumption of accuracy of register entries. Until there is proof to the contrary, the registered person is considered to be entitled to the registered right and the bona fide purchaser will be protected. The entries are considered to be in accordance with the true legal situation, even if the true, unregistered entitled party may suffer legal disadvantages.

⁽⁶⁷⁾ BuA 54/2019, 58ff.

⁽⁶⁸⁾ BuA 54/2019, 63ff.

⁽⁶⁹⁾ Art 2(p) TVTG.

⁽⁷⁰⁾ BuA 54/2019, 7; Art 81a SchlTPGR.

⁽⁷¹⁾ BuA 54/2019, 108.

Uncertificated securities can be issued for the same purpose as certificated securities, or can replace certificated securities, as long as the conditions of issue and the articles of association allow for this. Uncertificated securities are created, transferred or pledged through entry into a register. The person entered into the register is regarded as holder of the power of disposal, which means that bona fide acquisition of uncertificated securities is possible. The Liechtenstein legislator refers to the functional equivalence of the register entry and a certificate, which is the justification for de jure equal treatment ⁽⁷²⁾. In contrast to Swiss law, a written declaration of assignment has never been required for the transfer of uncertificated securities in Liechtenstein; the mere register entry is sufficient ⁽⁷³⁾. The register shall be kept by the obliger. The core novelty is that the register may also be kept and managed by the use of trustworthy technology.

3.3.3 Interim Conclusion

Under Liechtenstein law, there is no need for the issuance of a physical share certificate in order to issue digital securities and there is no requirement for a written declaration of assignment for a transfer thereof. Therefore, it can be concluded that there are no major legal hurdles for the issuance of tokenized securities de lege lata. De lege ferenda the TVTG will provide a holistic legal framework for the token economy and a higher degree of legal certainty for market participants and practitioners. The introduction of uncertificated securities of public faith, which can be issued and managed with trusted technologies – e.g. blockchain – allows for the tokenization of assets, e.g. securities. In view of the rapid technological changes and innovations, it is deemed positive that the approach is not limited to a specific technology, like DLT. Nevertheless, the issuers of tokens representing securities or financial instruments need to be clear about the fact that these tokens will be subject to existing financial market regulation, if the requirements are fulfilled ⁽⁷⁴⁾. However, there is uncertainty regarding situations where there is interaction with other jurisdictions ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ BuA 54/2019, 110 ff.

⁽⁷³⁾ The situation will be similar in Switzerland after the enactment of the proposed amendments as described above.

⁽⁷⁴⁾ See BuA 54/2019, 44.

⁽⁷⁵⁾ Francesco Schurr, 'Liechtenstein's New Blockchain Act from a Comparative Perspective' [2021] CFRED's 8th LegalTech Seminar, The Chinese University of Hong Kong.

4. Alternative approaches

Digital processing is often not only more efficient than physical processing, but the legal protection objective behind the formal requirements can also be fulfilled better or at least equally well. The major challenge is to build a bridge between the “analogue and the digital world”, so that digital transactions can have the desired legal effect without jeopardizing the legal protection objectives. According to the view expressed here, this cannot be ensured with the necessary speed and efficiency simply by making selective legal amendments, as this would entail a need for ongoing adaptations. It must be questioned whether the corresponding individual legislative acts ultimately lead to appropriate solutions or require even further adaptation as technology continues to evolve ⁽⁷⁶⁾.

For these reasons, the development of new approaches for dealing with digitally processed transactions is virtually an imperative. The question arises as to whether the issues associated with digitalization can be solved using general legal principles. An approach derived from transport law seems particularly promising in this context. In the case of transport across several jurisdictions and national borders, different documents and certificates are required to fulfill important functions and trigger legal consequences. Digitalization of these documents was and is a promising goal with numerous legal hurdles, which have been overcome by introducing the principle of functional equivalence, which can now be described as an established principle in transport law ⁽⁷⁷⁾. Furrer & Müller ⁽⁷⁸⁾ proposed the introduction of this principle into Swiss law to solve problems concerning the digitalization and tokenization of assets.

⁽⁷⁶⁾ For thoughts on the principle of technology-neutrality in general and from an Estonian perspective, Anne Veerpalu, 'Shareholder Ledger Using Distributed Ledger Technology: The Estonian Perspective' [2019] 13(2) Masaryk University Journal of Law and Technology 277-310

⁽⁷⁷⁾ Andreas Furrer and Luka Müller, 'Funktionale Äquivalenz» digitaler Rechtsgeschäfte Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht' [2018] Jusletter 5; English version available at https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/MME_Compact/2018/180619_Funktionale_AEquivaleenz.pdf accessed 24 October 2019.

⁽⁷⁸⁾ Andreas Furrer and Luka Müller, 'Funktionale Äquivalenz» digitaler Rechtsgeschäfte Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht' [2018] Jusletter 16.

The principle is not alien to Swiss law and holds that “insofar as Swiss law attaches the validity of legal transactions or the existence of a legal institution to substantive or formal requirements, these requirements shall be deemed to be fulfilled if a digital system can functionally replace the legal protection concerns behind these requirements on an equivalent basis” ⁽⁷⁹⁾. By introducing this principle legislatively or recognizing it as general principle, legally valid transactions can be processed by use of e.g. DLT, if the substantive and formal requirements are fulfilled in a functionally equivalent manner. The same approach is followed by the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Andreas Furrer and Luka Müller, 'Funktionale Äquivalenz» digitaler Rechtsgeschäfte Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht' [2018] Jusletter 16.

⁽⁸⁰⁾ UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records' (*MLETR*, 2018) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf> accessed 24 October 2019.

5. Conclusion

Digitalization does not (yet) create a parallel world to the "analogue world" in most known cases, but often means that existing processes and transactions are represented and managed digitally. Consequently, many of the legal questions raised are familiar ones with solutions within the existing legal framework. Furthermore, private law is basically technology-neutral and flexible in order to govern new technological developments. However, formal legal requirements, in particular, can hamper innovations or at least require a high degree of creativity on the part of practitioners in order to abide by the law. The hurdles are particularly striking when it comes to the digitalization of documents and securities, where the transfer of ownership of the respective paper is regularly linked to legal consequences. New technologies enable establishment of tamper-proof registers whose entries may indeed create similar legal effects and fulfill the same main functions that the possession of a certificated security does. Both the Liechtenstein and the Swiss legislator have recognized that such register entries are suitable to replace (the hand-over of) certificates or intermediaries and should, consequently, trigger the same legal consequences. However, the legislators pursue different approaches, in order to create a legal framework for tokenized securities. While the Swiss legislator takes securities law as its starting point and mainly focuses on DLT in its proposed selective amendments of the law, Liechtenstein strives towards creating a holistic legal and regulatory framework for the entire token economy, covering token creation, custody, exchange, public token sales and general services. Both approaches have advantages and disadvantages, but it can be held that both jurisdictions will provide a solid legal framework *de lege ferenda* in connection with STOs. In the long term, only a global approach will suffice to create the necessary legal certainty for the token economy.

Bibliography

ARNET R., 'Sachenrecht' in Peter Breitschmid and Alexandra Rumo-
jungo (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (Schulthess Verlag 2016)

'AETERNITY', <<https://aeternity.com/en/>> accessed 1 November 2019

BAUER F., 'Bestrebungen zur Reform des Wertpapiersachenrechts' in Siegfried
Kümpel and others (eds), *Bank- und Kapitalmarktrecht* (Verlag Dr Otto
Schmidt 2019)

BUCHLEITNER C., AND RABL T., 'Blockchain und Smart Contracts, Revolution
oder alter Wein im digitalen Schlauch' [2017] *ecolex* 4

EFD, 'Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der
Technik verteilter elektronischer Register, Erläuternder Bericht zur
Vernehmlassungsvorlage (Consultation Report), ' (*Eidgenössisches
Finanzdepartement* (EFD), 22 March
2019) <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56192.pdf>> ac-
cessed 30 October 2019

ECKERT M., 'Digitale Sachen als Wirtschaftsgut: digitale Daten als
Sache' [2016] *SJZ*

EGGEN M., 'Was ist ein Token?' [2018] *AJP*

EUROSTAT, 'Statistics on small and medium-sized enterprises' (*Eurostat*, 2015)
<[https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Statistics_on_small_
and_medium-sized_enterprises#General_overview](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Statistics_on_small_and_medium-sized_enterprises#General_overview)> accessed 22 October 2019

FEDERAL COUNCIL, 'Federal Council wants to further improve framework
conditions for blockchain/DLT' (*Federal Council*, 14. December
2018) <[https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-
id-73398.html](https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-73398.html)> accessed 9 Oktober 2019

FINMA, 'Swiss financial market supervisory
authority' <<https://www.finma.ch/en>> accessed 8 October 2019

FINMA, 'Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial
offerings (ICO)' (*FINMA*, 17 February 2018)
<<https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>> accessed
8 Oktober 2019

FINMA 'Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz zur Anpassung des
Bundesrechts an Entwicklungen der Distributed Ledger-Technologie' (*FINMA*, 10
July
2019) <[https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/f
inma-stellungnahmen/finma-stellungnahme-distributed-ledger-technologie-
20190710.pdf?la=de](https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/finma-stellungnahmen/finma-stellungnahme-distributed-ledger-technologie-20190710.pdf?la=de)> accessed 8 October 2019

FINMA, 'FINMA zieht Coin-Anbieter aus dem Verkehr und warnt vor Scheinkryptowährungen' (*FINMA*, 19 September 2017) <<https://www.finma.ch/en/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter>> accessed 4 Oktober 2019

FURTER R., Art. 965 OR in Honsell et al (eds), *BSK-Wertpapierrecht* (2012) N 12ff.

FINMA Guidelines, 3. (FINMA, 17 February 2018) <<https://www.finma.ch/en/news/2018/02/20180216-mm-ico-wegleitung>> accessed 8 Oktober 2019

FURRER A., AND MÜLLER L., 'Funktionale Äquivalenz» digitaler Rechtsgeschäfte Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht' [2018] *Jusletter*

GOFORTH C., 'How blockchain could increase the need for and availability of contractual ordering for companies and their investors' [2019] *North Dakota Law Review*

GRAHAM-SIEGENTHALER B., and FURRER A., 'The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law' [2017] *Jusletter*

HANDSCHIN L., *Papierlose Wertpapiere* (Helbing und Lichtenhahn 1987)

KOGENS R., AND LUCHSINGER-GÄHWILER C., 'Token als Erklärungsträger für Forderungs- und Mitgliedschaftsrechte' [2018] *Jusletter*

KUHN H., AND OTHERS, 'Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft' [2019] *Jusletter*

LAYR A., AND MARXER M., 'Rechtsnatur und Übertragung von «Token» aus liechtensteinischer Perspektive' [2019] *LJZ*

LYONS T., and others, 'Legal and regulatory framework of blockchains and smart contracts' [2019] 1(0) *ConsenSys AG* <<https://www.eublockchainforum.eu/reports>> accessed 4.10.2019

MEYER S., AND SCHUPPLI B., «Smart Contracts» und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht' [2017] *Recht 2017*

NAKAMOTO S., (PSEUDONYM), 'Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (*White Paper* November 2008), <https://bitcoin.org/bitcoin> accessed 22 October 2019

NÄGELE T., AND BERGT J., 'Kryptowährungen und Blockchain- Technologie im liechtensteinischen Aufsichtsrecht' [2018] *LJZ*

NÄGELE T., AND BONT P., 'Tokenized structures and assets in Liechtenstein law' [2019] *Trust & Trustees*

- NG I., UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records' (*MLETR*, 2018) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf> accessed 31 October 2019
- PASQUIER B., AND AYER J., 'Formungültige Aktienübertragungen auf der Blockchain' [2019] *Anwaltsrevue*
- PAULUS C., AND MATZKE R., 'Smart Contracts und Smart Meter – Versorgungssperre per Fernzugriff' in *NJW* [2015]
- SCHMID J., AND HÜRLIMANN-KAUP B., '*Sachenrecht*' (4 edn, Schulthess Verlag 2012)
- SCHURR F., 'Anbahnung, Abschluss und Durchführung von Smart Contracts im Rechtsvergleich' in *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* [2019]
- SCHURR F., 'Liechtenstein's New Blockchain Act from a Comparative Perspective' [2021] CFRED's 8th LegalTech Seminar
- SZABO N., 'The Idea of Smart Contracts' (1997) <<https://archive.is/wIUOA>> accessed 30 October 2019
- SZABO N., 'Smart Contracts' (1994),
<<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>> accessed 30 October 2019
- THOUVENIN F., 'Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs' [2017] *SJZ*
- UNCITRAL' Model Law on Electronic Transferable Records' (*MLETR*, 2018) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/MLETR_ebook.pdf> accessed 24 October 2019
- VEERPALU A., 'Shareholder Ledger Using Distributed Ledger Technology: The Estonian Perspective' [2019] *Masaryk University Journal of Law and Technology*
- VON DER CRONE H., and others, 'Aktien-Token'. in Daniel Daeniker (ed), *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* (Dike Verlag 2019)
- VON DER CRONE H., and others, 'Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie' [2018] *SJZ*
- VOSHMGIR S., *Token Economy How Blockchain and Smart Contracts Revolutionize the Economy* (BlockchainHub Berlin 2019)
- WEBER R., AND IACANGELO S., 'Rechtsfragen bei der Übertragung von Token' [2018] *IT 24 Jusletter*
- ZOBL D., AND GERICKE D., in Zobl and others (eds), *Kommentar zum Bucheffektengesetz* (Schulthess Verlag 2013)



***Donner et retenir ne vaut:* un antico principio rivisitato**

NUCCIA PARODI

Ricercatore confermato

Università degli Studi di Milano

nuccia.parodi@unimi.it

ABSTRACT

L'art. 790 del Codice Civile sulla donazione con riserva del donante di disporre è stato oggetto nel nostro Paese di un dibattito molto ampio in dottrina. Il presente contributo sostiene che la donazione debba avere ad oggetto beni chiaramente determinati, attribuiti in modo sostanzialmente definitivo indicando, quindi, più chiaramente, l'oggetto della riserva del donante. Si sottolinea l'origine antica di questa interpretazione più rigorosa della norma, con riferimento al principio "*donner et retenir ne vaut*" e si dà conto dell'interpretazione di questa antica regola nel sistema francese. Si indicano anche altre soluzioni rispetto ad un semplice atto di donazione con riserva di disporre (art. 790 c.c.) come la realizzazione degli obbiettivi che le parti intendono conseguire con un affidamento fiduciario, un'operazione di fiducia "riservata" o costituendo un *trust* interno (indicando limiti e problemi). Il contributo tende ad orientare in modo più appropriato la prassi italiana sull'interpretazione dell'art. 790 c.c., esaminando il tema in prospettiva comparata.

Parole chiave: donazione con riserva di disporre



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16466>

Art. 790 of the Civil Code on donation with reservation of the donor's right to dispose has been the subject of much debate in Italy. This contribution argues that the donation must have as its object clearly determined goods, attributed in a substantially definitive manner, thus indicating more clearly the object of the donor's reservation. The ancient origin of this stricter interpretation of the rule is highlighted with reference to the principle "*donner et retenir ne vaut*" and the interpretation of this ancient rule in the French system is examined. Other solutions are also indicated with respect to a simple act of donation with reservation of disposition (art. 790 c.c.) such as the realization of the objectives that the parties intend to achieve with a trust, a trust operation "reserved" or constituting an internal trust (indicating limits and problems). The contribution tends to orient in a more appropriate way the Italian practice on the interpretation of art. 790 c.c., examining the subject in comparative perspective.

Keywords: donation with reservation of title

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

***Donner et retenir ne vaut:* un antico principio rivisitato**

SOMMARIO: 1. Interpretazione dell'art. 790 c.c.: un problema ancora aperto. – 2. La costituzione di un *trust* per realizzare una donazione con riserva di disporre. – 3. Affidamento fiduciario. – 4. Negozio fiduciario. – 5. Conclusioni.

1. Interpretazione dell'art. 790 c.c.: un problema ancora aperto

i) L'art. 790 c.c., che ammette la facoltà del donante di disporre di “qualche oggetto” compreso nella donazione o di una “determinata somma” sui beni donati, non aveva avuto, fino a qualche anno fa, se non applicazioni molto rare e di modesti contenuti. Negli ultimi anni, invece, vi è stato un rinnovato ed imprevisto interesse.

Questa norma, come è noto, deriva dall'art. 1069 del Codice Civile del 1865 che, a sua volta, era l'esatta traduzione dell'art. 946 del *Code Civil* francese tuttora vigente ⁽¹⁾.

Si noti che l'art. 946 *Code Civil* molto raramente ha trovato applicazione nella prassi e non si ha notizia di alcun precedente pubblicato ⁽²⁾.

D'altra parte, le evidenti limitazioni alla riserva del diritto di disporre, contenute nell'art. 946 *Code Civil* ⁽³⁾, erano legate al principio generale di *irrevocabilità* delle donazioni indicato con chiarezza dall'art. 894 *Code Civil* (la donazione tra vivi è un atto in forza del quale il donante si spoglia *attualmente e irrevocabilmente* dei beni

⁽¹⁾ Con l'art. 790 c.c. si era, tuttavia, parzialmente modificata la vecchia norma del Codice Civile del 1865 (art. 1069), eliminando la facoltà di subentro da parte degli eredi, se il donante non avesse esercitato in vita la facoltà di disporre. L'art. 946 *Code Civil* non è stato, invece, modificato e stabilisce ancora che, se il donante muore senza avere disposto dei diritti che si era riservato, queste “facoltà” “appartengono agli eredi del donante, nonostante ogni clausola o stipulazione contraria.

⁽²⁾ Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., Paris 2016, 269 ss. Nessuna sentenza è indicata nel *Code Civil Annoté*, fino all'ultima edizione (119^e éd., Dalloz 2020).

⁽³⁾ La riserva di un *effet* compreso nella donazione si riferisce evidentemente ad una donazione con più beni. Inoltre, *effet* è traducibile più correttamente con “bene mobile”, anche se si è poi diffusa la tesi che potesse riferirsi anche ad un immobile. Comunque la “somma fissa” sui beni donati presuppone necessariamente una proporzione non elevata tra il valore dei beni donati e l'ammontare della somma riservata. Non vi sono precedenti, ma il contesto di questa disposizione è chiaro: la parte più rilevante dei beni deve essere *definitivamente* attribuita al donatario. La “riserva di disporre” deve necessariamente rifarsi (dato il contesto storico in cui la norma è stata approvata e gli stessi termini impiegati) a beni di valore *limitato*, rispetto al valore dei beni donati. D'altra parte, come si vedrà meglio in seguito, il riferimento al principio generale “*donner et retenir ne vaut*” di cui la norma è considerata espressione, conduce chiaramente a questo risultato.

donati in favore del donatario che accetta), con la sola eccezione indicata dall'art. 953 *Code Civil* (la donazione tra vivi non potrà essere revocata che per inadempimento delle condizioni sulle quali è stata fatta, per causa di ingratitudine o per sopravvenienza di figli). Si tratta quindi di una norma di stretta interpretazione.

I giuristi francesi ricordano spesso che l'irrevocabilità delle donazioni si lega al principio "*donner et retenir ne vaut*", che in Francia si ritiene tuttora valido. Si deve tenere presente che questa regola viene dall'*Ancien droit*, ⁽⁴⁾ ed è ancora oggi considerata legata a principi di *ordine pubblico*, e comporta, di conseguenza, la nullità delle clausole che possono permettere al donante di riappropriarsi, *in tutto o in parte*, dei beni donati ⁽⁵⁾.

Le giustificazioni che, in linea generale, erano poste a suo fondamento erano quelle di evitare una dipendenza troppo forte del donatario dalla sua famiglia, che avrebbe potuto tenerlo "*à sa merci*". L'irrevocabilità della donazione contrastava definitivamente questa tendenza.

L'art. 946 *Code Civil* doveva quindi ritenersi una norma eccezionale e di stretta interpretazione.

Anche se si era ammesso che il termine *effet* potesse riferirsi a più beni mobili e anche a beni immobili, era comunque fermo il principio che i beni riservati dovessero essere di valore limitato (così come l'ammontare della *somme fixe*) rispetto al complessivo valore dei beni donati.

Si deve anche considerare che il diritto consuetudinario francese annetteva, comunque, molta importanza al principio della conservazione dei beni nelle famiglie, "principio cui la donazione attenta. Molti preferivano, di conseguenza, non spogliarsi affatto, che spogliarsi irrevocabilmente dei propri beni" ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ COUTUME DE PARIS, art. 274 (*Donner et retenir ne vaut*) e art. 278 ("*C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par luy donnée, ou qu'il demeure en possession, jusques au jour de son décès*").

⁽⁵⁾ Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 268 ss. Si sottolinea anche il carattere *potestativo* della riserva di disporre, ricordando che le condizioni potestative sono tuttora proibite con rigore in materia di donazioni: art. 943 *Code Civil* (Nullità delle donazioni che comprendono beni futuri); art. 944 *Code Civil* (Nullità delle donazioni la cui esecuzione dipende dalla *sola volontà* del donante). La nullità delle condizioni potestative in materia successoria è molto più ampia di quella prevista in materia di contratti, sia dal vecchio art. 1170 *Code Civil* che dalla nuova versione di questa norma in vigore dal 2016. "Ogni clausola che priva della sua sostanza l'obbligazione essenziale del debitore è ritenuta *come non scritta*". Le vecchie regole degli artt. 943 e 944 *Code Civil* tuttora in vigore sono comunque ritenute più coerenti ancora oggi al principio della normale irrevocabilità delle donazioni. Si noti comunque che in materia di donazioni la clausola di irrevocabilità non si considera semplicemente come "non scritta" perché invece comporta la nullità della donazione. Questa è la differenza sostanziale.

⁽⁶⁾ Così MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 266.

Alcuni giuristi francesi ritengono ancora oggi essenziali i principi ora indicati (7). altri ne rimproverano l'anacronismo e ritengono che debbano essere interpretati con minor rigore (8).

Tuttavia, in generale, si ritiene che questa regola abbia, ancora oggi, una funzione di rilievo e non manchino le ragioni che ne costituiscono il fondamento. Il carattere non definitivo delle donazioni e l'eventuale riserva di disporre protegge, infatti, il donante da donazioni disposte, *nella sostanza*, ancora senza una definitiva determinazione, che tuttavia il donatario può essere indotto ad accettare nella certezza di conservare, alla fine, almeno la maggior parte dei beni donati (9).

Considerando la recente tendenza in Francia verso il maggior riconoscimento della *réversibilité* delle donazioni (10), sarebbe forse stata necessaria una riflessione su una possibile conversione della regola verso una irrevocabilità che non dovrebbe essere più necessariamente garantita in natura, ma eventualmente soltanto in valore. Si ritiene *curieux* che il legislatore del 2006 non abbia considerato il dibattito in corso su questo punto (11).

D'altra parte, le ragioni che giustificavano nell'*Ancien droit* un'ampia facoltà di revoca da parte del donante si fondavano più sull'idea che il capofamiglia dovesse poter valutare, *fino all'ultimo*, l'opportunità di mantenere le donazioni già effettuate in vita, potendo contare su principi che ne ammettevano la revocabilità, nel quadro di un sistema dove il patrimonio *tramandato* era la regola nelle famiglie importanti e ne identificava lo *status* sociale. Il principio della irrevocabilità delle donazioni affermate in modo molto chiaro dal *Code Civil* (12) era ritenuto, invece, più coerente al nuovo quadro economico e sociale fondato sulla libertà di disporre, da un lato, e sulla inammissibilità di revoca totale o parziale delle donazioni ormai decise, dall'altro. L'art. 946 *Code Civil* era, comunque, visto come un'eccezione a questi principi e, di conseguenza, ne appariva giustificata una rigida interpretazione.

(7) Cfr. H. LÉCUYER, *L'irrévocabilité spéciale des donations*, Mélanges P. Catala 2001, 405.

(8) Cfr. W. DROSS, *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 25.

(9) Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 268 ss. Si noti che queste considerazioni si trovavano già espresse chiaramente in R.J. POTHIER, *Des donations entre vifs*, in *Traité des obligations*, Orléans, Vol. 2, 1768. Già molto prima della codificazione del 1804, Pothier sottolineava che non si può impedire al donante di conservare i beni alla famiglia e di spogliarsi di alcuni beni solo quando lo ritenga necessario, ma a patto di esprimere, *una volta deciso*, le sue volontà in *modo definitivo*.

(10) Cfr. C. SALINIÈRE, *La réversibilité des donations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 21. Si fa riferimento anche alla riserva di usufrutto del donante non considerata legittima un tempo e alla legittimità del quasi usufrutto, ex art. 587 *Code Civil*, per cui il donante può utilizzare i beni donati e restituirne il *valore* al termine dell'usufrutto.

(11) Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 269 ss. che cita C. BRENNER, *La succession, in 1804-2004, le Code Civil*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n. 27, 427.

(12) Art. 894 *Code Civil*: "La donazione tra vivi è un atto con il quale il donante si spoglia attualmente e irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta."

La scarsa consistenza dei beni, che il donante poteva riservarsi, giustificava anche l'assenza di tutela nei confronti di eventuali abusi o dei rischi connessi alla gestione dei beni donati (debiti importanti o richiesta di fallimento del donatario, azioni di creditori del donatario sui beni donati). Nessuno pensava che la riserva di disporre potesse essere resa pubblica verso i terzi (ad esempio, nella nota di trascrizione quando si trattasse di immobili). Se il donante avesse voluto maggiori garanzie avrebbe potuto cercare altre soluzioni, come la disposizione di *charges* (oneri) a carico del donatario: il mancato adempimento di *charges*, infatti, è considerato espressamente come eccezione alla regola della irrevocabilità delle donazioni (insieme all'ingratitude e alla sopravvenienza di figli) ⁽¹³⁾.

In definitiva, nel sistema che abbiamo brevemente delineato, quando si parlava di *effet compris dans la donation* si riteneva che potesse trattarsi anche di beni immobili e non solo, come si riteneva un tempo, di beni mobili determinati (arredi e corredi necessari per la dote di una figlia; quadri o mobili che il donante aveva interesse a conservare; etc.). Tuttavia, era chiaro che il valore di questi immobili doveva essere limitato, così come la *somme fixe sur les biens donnés*. La riserva di disporre serviva, nella sostanza, a garantire il donante in ordine alle necessità legate all'avanzare dell'età o anche a far fronte agli eventuali sopravvenuti problemi dei suoi figli. Per questo motivo la norma non era considerata una *sostanziale* eccezione al principio della irrevocabilità delle donazioni.

Inoltre, la riserva di disporre non era opponibile ai terzi (e non vi era, quindi, in nessun caso la possibilità di renderla nota come fosse una condizione della donazione nelle note di trascrizione). Nei confronti dei terzi i beni erano attribuiti in proprietà al donatario. Di conseguenza, il donante non disponeva di garanzie nell'ipotesi in cui il donatario non amministrasse in modo corretto i beni donati e vi fossero pretese da parte di terzi creditori sugli stessi.

La scarsa rilevanza degli interessi in gioco, così come probabilmente le rare applicazioni nella prassi, giustificava la totale mancanza di giurisprudenza su questo tema.

Anche il passaggio agli eredi dei diritti riservati poteva apparire non molto giustificato ma, in ogni caso, dato lo scarso rilievo dei beni oggetto della riserva non potevano sorgere particolari problemi verso gli altri membri della famiglia del disponente.

⁽¹³⁾ Cfr. P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 279 ss. con riferimento all'art. 954 *Code Civil*. Si noti che l'inadempimento di un onere (*charge*) può portare il donatario a restituire integralmente la cosa donata: cfr. Cass. 19 dicembre 1984, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, 762, *Obs.* Patarin. D'altra parte, la possibilità di revisione dei *charges* è piuttosto limitata (legge 4 luglio 1984, art. 900/2 *Code Civil*) deve trattarsi di cambiamenti delle circostanze che rendono estremamente difficile l'adempimento degli obblighi (cfr. ancora P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 235 ss.). Anche la possibilità di ricevere una donazione indiretta è ammessa in Francia in modo abbastanza ampio specialmente se si prevede un pagamento dilazionato in una vendita (e una successiva rinuncia totale o parziale del corrispettivo) o una vendita a prezzo di favore, (cfr. ancora, P. MALAURIE, L. AYNÉS, *Droit des successions*, cit., 261).

Contenuta in questi limiti, la riserva non era considerata una clausola che avrebbe potuto comportare controversie tra il donatario e i successori del donante.

In definitiva, nel sistema francese la riserva di disporre a favore del donante era considerata legittima nella misura in cui i beni, che ne costituivano l'oggetto, fossero determinati in modo *specifico* e non fossero di rilevante *entità* rispetto al valore dei beni definitivamente donati. Anche "*la somme fixe sur les biens donnés*" non poteva essere di particolare importanza (salvo che fosse oggetto anch'essa di donazione con l'obbligo del donatario di custodirla in modo "conservativo").

In sostanza, se la "riserva di disporre" fosse stata disposta in modo ampio (col rischio, al limite, di costringere il donatario a vendere o a ipotecare in tutto o in parte i beni donati per poter adempiere) il dubbio di una violazione delle regole di fondo, e segnatamente del principio ritenuto di ordine pubblico: *donner et retenir ne vaut*, avrebbe potuto essere certamente sollevato.

La riserva di disporre doveva, in definitiva, avere uno *scarso* rilievo sul complesso dei beni donati per evitare il rischio di poter legittimare una *sostanziale* revoca della donazione.

Questo è un punto importante, a mio avviso. Certo non è facile indicare un *limite chiaro* tra donazioni con riserva di disporre di beni determinati (valide, anche se, teoricamente, in contrasto con un importante principio di ordine pubblico del sistema come la irrevocabilità delle donazioni) e donazioni che, *nella sostanza*, potevano giungere a risultati non diversi dalle ordinarie clausole a favore della famiglia diffuse nell'*Ancien droit*.

E' però chiaro che una riserva di disporre che comprendesse la maggioranza degli immobili donati (o somme di denaro pari a oltre della metà del complessivo valore dei beni donati) non potevano *in ogni caso* essere considerate legittime, perché equivalevano ad una revoca *sostanziale*, anche se non formale, della donazione, continuando, quindi, a lasciare il donatario *à la merci de la famille* (cioè proprio il risultato che le nuove norme volevano impedire).

Anche sotto il profilo *formale*, legittimare donazioni con clausole di riserva importanti, tanto da ridurre a valori inadeguati i beni definitivamente donati, era chiaramente una soluzione indifendibile a fronte di una riserva di disporre che, con riferimento all'art. 749 *Code Civil*, avrebbe dovuto limitarsi, lo ripetiamo, a "*un effet compris dans la donation*" o "*une somme fixe sur les biens donnés*".

Il carattere *limitato* di queste attribuzioni, rispetto al valore *complessivo* dei beni donati era, quindi, evidente. Attribuzioni più importanti potevano, in effetti, contrastare con un principio di ordine pubblico (*donner et retenir ne vaut*) che era stato ormai *definitivamente* consolidato dal nuovo *Code Civil*.

Una concessione limitata al *vieux régime*? Perché no? Una tutela degli interessi della famiglia del donante tali da poter giustificare cambiamenti che era coerente prendere in considerazione? Certo. Tuttavia, in nessun caso si poteva legittimare (utilizzando una clausola di contenuti limitati) una *sostanziale* revoca della donazione.

Questi principi sono sempre stati chiari nel sistema francese già nell'Ottocento e ancora oggi.

Fino a che punto, dunque, la *réserve* prevista dall'art. 946 *Code Civil* poteva essere considerata legittima in questo contesto? A tutto concedere, sottolineando che si rinunciava a valutare in modo rigoroso il significato riduttivo di termini come quelli impiegati dall'art. 946 *Code Civil*, e volendo sottolineare la definitiva certezza di attribuzione al donatario della parte più rilevante dei beni donati, si poteva forse giungere a valori anche vicini alla metà del valore complessivo dei beni donati, sottolineando che si trattava già di una interpretazione sostanzialmente a favore del donante ⁽¹⁴⁾.

Si trattava, alla fine, di un limite che non poteva (non doveva) compromettere la *stabilità* della donazione, almeno per una parte *di rilievo*. Era anche diffusa l'idea che il termine *fixe* comportasse la necessità di attribuire la somma al donatario ⁽¹⁵⁾, piuttosto che prevedere un suo obbligo futuro di pagamento. In ogni caso la riserva poteva riguardare un *effet* o una *somme fixe*; postulava, quindi, una scelta tra l'una o l'altra soluzione e non un cumulo di entrambe.

Non vi è dubbio, quindi, che la *réserve de disposer* poteva essere utile in casi limitati e questo giustifica lo scarso interesse nella prassi e la totale assenza di giurisprudenza. comunque si riteneva che il donante dovesse poter disporre della maggioranza (in valore) dei beni donati con la ragionevole certezza di poter far fronte, senza particolari problemi, ad un eventuale esercizio della riserva di disporre da parte del donante ⁽¹⁶⁾.

ii) Nel sistema italiano, durante la vigenza del vecchio codice, non risulta vi siano stati particolari approfondimenti tali da comportare un sostanziale mutamento delle regole e dei principi ormai consolidati in Francia ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Una divertente conversazione tra padre e figlio svoltasi nella seconda metà dell'Ottocento: "Ti sposi? Auguri, la ragazza mi piace molto. Alla tua età però io non ho avuto regali. Capisco, non sono più i tempi. Prenditi pure la ragazza che ti piace, dato che ci tieni tanto, ma dovrai dare qualcosa indietro perché tua sorella è ancora piccola, ma deve contare pure su qualcosa se dovesse sposarsi. Ti spiace? Ma, guarda, una somma fissa, non di rilievo, va bene? Guarda che la casa che ti regalo vale almeno il doppio, come sai bene! Guadagnerai alla fine, mi auguro, e alla peggio, potrai chiedere un finanziamento senza grossi problemi, suppongo. Potrei avere bisogno anch'io di qualcosa alla mia età, che Dio mi conservi la salute.", tratto liberamente da C. DEMOLOMBE, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 4^e éd., Vol II, Paris 1872/1873, 173 ss.

⁽¹⁵⁾ Eventualmente accantonandola in modo da garantire adeguatamente il donante.

⁽¹⁶⁾ Impostazione che favoriva anche il donante, specialmente quando la *somme fixe sur les biens donnés* fosse stata convenientemente accantonata, evitando le criticità che una condotta non corretta del donatario avrebbe potuto comportare.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ad esempio, tra i molti trattatisti che si occupavano, sia pur brevemente, di questi argomenti, G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico pratico di diritto civile, delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, Trad. it., Milano 1898, par. 26, 9 ss. Maggiori approfondimenti in A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Milano 1935, 141 ss., che, legando correttamente l'art. 1069 c.c. del 1865 al principio della irrevocabilità delle donazioni, riteneva nulle le donazioni disposte fuori dai ristretti limiti di questa norma. Riteneva inoltre possibile (ed anche utile) specificare le finalità della riserva (ad esempio, costituzione di una rendita; istituzione di una borsa di studio o una

Dopo l'approvazione del Codice Civile del 1942 (nonostante la soppressione della successione degli eredi nei diritti che il donante si sia riservato) non risulta vi siano stati cambiamenti di rilievo sulla *sostanziale assenza* di applicazioni nella prassi e sulla totale mancanza di giurisprudenza ⁽¹⁸⁾.

Nel quadro fin qui considerato, l'art. 790 c.c. sembrava destinato ad essere, in pratica, non applicato *anche* nella nuova versione accolta dal Codice del 1942. Invece, almeno a partire dagli anni Sessanta, l'interesse della dottrina sull'interpretazione di questa norma e sulle sue possibili applicazioni è stato inaspettatamente molto ampio e vi sono stati diversi interventi nel quadro di una casistica certamente più complessa di quella che era stata discussa in precedenza ⁽¹⁹⁾.

dote per la figlia ancora da maritare) suggerendo anche di ricorrere ad un terzo indipendente per determinare la *somme fixe* sui beni donati (con riferimento alle finalità del disponente). Questa impostazione era chiaramente in linea con la *non rilevante* entità della somma fissa rispetto al valore dei beni donati. Neanche Ascoli, però, accenna alla possibilità di ricorrere (se il donante pensava a somme di maggiore entità) ad un onere che, anche nel sistema del vecchio Codice, sarebbe stato possibile disporre senza particolari problemi.

Si noti che sotto il Codice del 1865 vi furono alcune decisioni in giurisprudenza (come ricorda M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano 2014, 298-299, che approfondisce aspetti molto importanti in relazione a questa norma, anche con riferimento al principio *donner et retenir ne vaut*). Si trattava comunque di problemi non particolarmente interessanti per le finalità qui considerate sottolineando, tuttavia, che la riserva di disporre si riferiva quasi sempre a modiche somme (Cass. Palermo 25 gennaio 1879; Cass. Napoli 31 dicembre 1896; App. Macerata, 22 agosto 1879, puntualmente ricordate da M. LUPOI *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 297 ss., alle note 50, 53 e 54). Diverso e interessante il caso deciso dall'App. Catania, 4 maggio 1917, in *Giur. cat.*, 1917, 119 che si riferiva ad una riserva di disporre dove era previsto il mutamento dell'oggetto su iniziativa del donante (cfr. ancora M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 298).

⁽¹⁸⁾ La mancanza di rilievo operativo è ancora evidente, tuttavia il problema è stato trattato ampiamente da tutti i più importanti civilisti italiani che hanno approfondito il tema delle donazioni. Cfr., *ex pluribus*, B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1961, 865 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1979, 823 ss.; A. NATALE, *La donazione con riserva di disporre, una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2012, 125 ss.; ID. *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, Vol. VI, Milano 2009, 909 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Trattato Diritto Civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano 1964, 56 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. VI, 2°, Torino 1997, 535 ss.

⁽¹⁹⁾ Per un'analisi attenta e completa dei problemi che sono stati sollevati in relazione ad una interpretazione più ampia dell'art. 790 c.c., si rinvia all'intervento molto chiaro di E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Vol. 21, 6, 2020, 609 ss. e ID., *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss. Di seguito si indicano solamente i contributi di alcuni dei numerosi ed importanti autori che hanno studiato il tema, che abbiamo tenuto presente, in quanto si riferiscono in modo più specifico ai problemi che stiamo trattando. Rinviamo, in particolare, a A. NATALE, *La donazione con riserva di disporre*, cit., 125 ss., e ID., *La*

Il quadro di riferimento è divenuto, quindi, così ampio che un'analisi approfondita di tutte le criticità che sono emerse nell'interpretazione dell'art. 790 c.c., penso esuli dai limiti che deve necessariamente avere questo contributo.

Sono state proposte diverse soluzioni applicative con un ampliamento molto importante dei limiti che questa disposizione aveva sempre avuto sia in Francia che nel nostro Paese per moltissimi anni ⁽²⁰⁾.

Occorre peraltro sottolineare che, nonostante gli interventi, anche recenti, da parte di numerosi giuristi italiani, sono rimaste aperte alcune importanti questioni.

Si ragionerà brevemente *solo* sui punti che riteniamo essenziali, rilevando ancora che le applicazioni nella *prassi* restano piuttosto limitate, benché vi sia stata una certa apertura favorita dall'approvazione delle nuove disposizioni sull'imposta di donazione che, come è noto, ha notevolmente alleggerito il carico fiscale delle liberalità, soprattutto a favore di figli o nipoti del donante.

D'altra parte, i limiti alla circolazione dei beni provenienti da donazioni in relazione agli artt. 561 e 563 c.c. sono stati ritenuti superabili (seppure con qualche criticità anche per i costi necessari di eventuali coperture assicurative).

Un primo punto che deve essere verificato con attenzione e che non è sempre indicato in modo sufficientemente chiaro dalla dottrina (anche la più recente) resta la necessità di contenere entro determinati *limiti* la facoltà di disporre del donante, perché la donazione possa essere considerata legittima.

Su questo aspetto non sembrano esservi particolari ragioni per discostarsi dai principi che abbiamo cercato di chiarire con riferimento al sistema francese ⁽²¹⁾.

Di conseguenza, la riserva di disporre può ancora oggi considerarsi pienamente legittima solo se si assicura il *definitivo* trasferimento al donatario della maggioranza in valore dei beni donati (mobili o immobili). Il donatario deve, infatti, poter contare, *in ogni caso*, sulla attribuzione a suo favore di una parte identificabile, in modo chiaro, dei beni donati, senza il rischio di dover affrontare problemi difficilmente superabili a fronte delle "riserve di disporre" a favore del donante.

riserva di disporre di cose determinate, cit., 929. E' stato attentamente considerato anche l'intervento di A. ZOPPINI, *La donazione «ha forza di legge tra le parti»* (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato), in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 223 ss.; M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 285 ss.; ID., *Donazione con riserva di disporre. Modello di contratto di affidamento fiduciario*, in *Vita not.*, 2016, 1171 ss. Proposte interessanti anche in I. LONGOBUCCO, *Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto*, in *Foro nap.*, 2017, 407 ss. e in R. FRANCO, *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 595 ss. Sempre attuali da considerare con attenzione le osservazioni di U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 535 ss.

⁽²⁰⁾ Un'analisi molto chiara e documentata delle diverse soluzioni proposte in A. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 609 ss. Per un approfondimento interessante, anche con riferimento all'art. 849 *Code Civil*, cfr. U. MORELLO, *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, 4, 376 ss.

⁽²¹⁾ Che resta, a nostro avviso, un importante punto di riferimento per le ragioni che abbiamo esposte in precedenza.

Si è, in effetti, osservato, correttamente, che se la riserva si riferisce a qualche “oggetto compreso nella donazione” occorrerà che si tratti di una donazione con più oggetti determinati o con unico oggetto divisibile: la riserva potrà limitarsi ad uno o più di tali oggetti o ad una parte materiale dell’oggetto divisibile ⁽²²⁾.

Occorre sottolineare, comunque, che anche nell’attuale sistema è necessaria, in ogni caso, da un lato la determinazione dei beni oggetto della riserva e dall’altro lato, come conseguenza, la chiara identificazione dei beni (di maggior valore) che il donatario può agevolmente ritenere ormai a lui *definitivamente* attribuiti.

Qualche esempio. Se i beni immobili sono più di uno, la riserva che riguardi uno dei beni, di valore non superiore al valore della maggioranza del complesso dei beni donati, è certamente legittima. Il donatario può disporre, infatti, in modo *certo* e definitivo degli altri beni rimasti.

Se la riserva riguarda una determinata “*somma sui beni donati*” è necessario che la somma sia trasferita al donatario (che potrà accantonarla, meglio se con opportune garanzie) o sia di un importo tale da poter comunque assicurare il pagamento dovuto al donante con il reddito degli altri beni o con finanziamenti bancari ottenibili dal donatario senza particolari criticità, anche garantendoli sui beni a lui definitivamente attribuiti.

In altri termini, al donatario dovrebbe essere *assicurata comunque* la possibilità di corrispondere al donante la “*somma riservata sui beni donati*”, senza il rischio oggettivo di dover smobilizzare i beni che restano di sua proprietà.

Nel quadro considerato, il donatario ha il diritto di poter contare in modo *definitivo* su beni determinati che, in forza della donazione, possano ritenersi ormai acquisiti al suo patrimonio. Ove vi sia il rischio concreto, per l’ampiezza della riserva di disporre, di non poter contare sulla *definitiva* attribuzione di determinati beni in capo al donatario (e in modo certo e non discutibile), la donazione non può, a nostro avviso, considerarsi legittima con il rischio, quindi, di nullità della riserva.

La riserva è, infatti, ammissibile se vi è una attribuzione diretta che può ritenersi *in ogni caso* garantita al donatario.

Qualche esempio può aiutare a chiarire meglio questi aspetti. Se la donazione ha ad oggetto un appartamento del valore di 500.000 euro (che il donatario può destinare a residenza della sua famiglia) e la “*determinata somma sui beni donati*” non eccede, ad esempio il 20% del valore del bene, la possibilità di farsi finanziare sul bene donato, con costi non più alti di un normale affitto, consente al donatario di poter contare ragionevolmente sull’attribuzione “*sostanzialmente definitiva*” dell’immobile ⁽²³⁾. Se invece la somma riservata è di rilievo (supponiamo 400.000 euro), considerati gli interessi in gioco, il rischio di dover vendere l’immobile per poter pagare la somma è molto alto: in queste condizioni (dove il superamento delle soglie di validità della riserva di disporre, secondo le linee guida che abbiamo indicato, è certa) il donatario

⁽²²⁾ Si rinvia, su questi punti, alle puntuali osservazioni di F. TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell’attività notarile*, in *Atti del Convegno Insignum*, Bologna 2016, 8 ss.

⁽²³⁾ Cfr. l’antico esempio di cui alla nota 15.

resta, in effetti, à la merci del donante ed è proprio questo che si dovrebbe, a ben vedere, evitare.

In sostanza, la riserva di disporre non può comprendere una parte così rilevante dei beni donati da determinare il *rischio oggettivo* per il donatario di dover vendere i beni a lui attribuiti per far fronte alla restituzione delle somme “riservate” dal donante. In questo modo si dà spazio ad una *sostanziale* (ma molto chiara) possibilità di revoca della donazione.

L’attribuzione dei beni al donatario deve, in ogni caso, potersi considerare *definitiva in modo obbiettivo*, date le circostanze, e deve quindi essere di valore importante rispetto al valore complessivo dei beni donati consentendo, quindi, di poter affermare che il donatario ha oggettivamente ricevuto in modo certo e definitivo la maggior parte (in valore) dei beni donati.

Seguendo questi criteri, la donazione con riserva di disporre è certamente da considerarsi adeguata al principio generale: *donner et retenir ne vaut* ⁽²⁴⁾.

Tuttavia, questa interpretazione più rigorosa dell’art. 790 c.c. non sembra quella che si è consolidata nella più recente dottrina italiana, dove si possono riscontrare addirittura discussioni in ordine alla possibilità di trasferire beni che costituiscano l’assoluta maggioranza dei beni donati, ponendosi addirittura il problema di una “frode alla legge”, quando l’espressione “qualche oggetto” si riferisca alla quasi totalità dei beni donati ⁽²⁵⁾.

Qualche esempio, invece, di donazioni con riserva di disporre che riteniamo pienamente valide.

Se sono assegnati più beni immobili, almeno uno, di valore maggiore rispetto agli altri beni donati, deve restare attribuito *definitivamente* al donatario; se si tratta di un terreno, che è frazionabile, ne deve restare, in capo al donatario, la parte maggiore che possa comunque essere amministrata e sfruttata in modo autonomo dallo stesso e tale da poter assicurare la continuazione delle attività in atto, sia pure in termini più ridotti (anche in questo caso il valore dei beni definitivamente attribuiti deve essere

⁽²⁴⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *La donazione “ha forza di legge tra le parti”*, cit., 223 ss. che propone una tesi diversa, dando molto più spazio all’autonomia privata del donante, ritenendo che vi sia la possibilità di affermare la legittimità di una riserva di disporre che possa avere ad oggetto, al limite, l’*integralità* dei beni donati e non solo una parte di essi. Si tratta di una tesi sostenuta da un autorevole giurista, che considera anche donazioni di azioni o quote di S.r.l., con un’analisi del sistema tedesco, sottolineando che in Germania (benché il principio della *revocabilità della donazione* non sia espressamente codificato nel BGB) si ritiene valida anche una riserva di disporre che possa riguardare la totalità dei beni donati. In realtà, in molti casi si tratterebbe più che di *revocabilità della donazione* di un problema relativo all’*indeterminabilità* dell’oggetto, punto questo che pone problemi complessi anche in Germania. Cfr. *infra* nota 35.

⁽²⁵⁾ I diversi orientamenti di molti civilisti italiani che hanno interpretato in modo molto ampio i diritti che il donante si può riservare, ex art. 790 c.c., fino a ritenere ammissibile una riserva di disporre che possa riguardare la maggioranza dei beni donati (al limite salvo modesti importi per evitare il rischio di nullità per frode alla legge) sono riportati con esemplare chiarezza da E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 609 ss.

sostanzialmente maggiore rispetto agli altri beni oggetto di riserva). Quando si tratti di somme di denaro sarebbe preferibile un'attribuzione *specificata* che possa consentire al donatario di investire le somme senza assunzione di rischi (polizze assicurative? valori mobiliari garantiti?) in modo da poter restituire *senza problemi* le somme donate, quando il donante eserciti i diritti che si è riservato ⁽²⁶⁾.

Al donatario, comunque, deve essere sempre assicurata una *parte certa* dei beni donati e questo obbiettivo può essere assicurato solo quando la riserva di disporre riguardi beni o somme il cui valore sia *contenuto*. Abbiamo indicato, come regola per assicurare la piena legittimità della riserva di disporre, l'attribuzione di beni al donatario di valore *superiore* alla maggioranza del valore totale del complesso dei beni donati.

La riserva di una "determinata somma" deve comportare la possibilità di pagamento, in definitiva, senza che il donatario debba doversi assumere rischi tali da poter perdere la maggioranza dei beni donati (se non tutti) dando luogo, *nella sostanza*, ad una donazione "revocabile".

Questi principi sono conformi ad una tradizione consolidata. L'art. 790 c.c. proviene da una norma antica e deve, quindi, essere interpretata in modo più rigoroso per i motivi sopra esposti, anche con riferimento alla tradizione che abbiamo cercato di esporre in precedenza: non sembra *appropriato* utilizzarla per le finalità più diverse col rischio, in effetti, di lasciare il donatario *à la merci* del donante.

Resta quindi fermo il principio che il donatario deve poter *contare* su una *parte definita e certa* dei beni donati, di valore *superiore* al valore dei beni riservati, per poter evitare, comunque, criticità non facilmente controllabili tali da poter comportare, alla fine, una *sostanziale revoca* della donazione.

iii) Per converso, non sembra si possano porre limiti all'esercizio dei poteri che il donante si è riservato ⁽²⁷⁾.

La motivazione delle "esigenze sopravvenute" non è richiesta e non deve essere quindi specificata nell'atto di donazione (si è fatto riferimento a volte ad esigenze dovute al termine delle attività del donante; al suo pensionamento; a malattie proprie o dei suoi parenti stretti; a sopravvenute esigenze per avviare alla professione un figlio che non abbia ricevuto in precedenza donazioni di sorta; a criticità varie).

Il donante esercita un diritto, non deve dare spiegazioni, proprio perché una *parte certa* dei beni è stata ormai attribuita al donatario ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Si noti che questi aspetti non sono stati quasi mai affrontati in modo specifico dalla dottrina, che pure è intervenuta ampiamente su questi problemi.

⁽²⁷⁾ D'altra parte, se fosse interesse del donante dare maggior peso al pagamento di somme *determinate* anche di rilievo, potrebbe essere facilmente disposta una donazione modale (art. 793 c.c.) o, addirittura, una condizione. Cfr., su questi aspetti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 553 ss.

⁽²⁸⁾ Di conseguenza, il donante può esercitare la riserva anche quando i motivi non siano "propriamente" nobili.

Se, come detto, è vero che la riserva deve fare riferimento a *criteri oggettivi*, che assicurino una parte certa dei beni donati al beneficiario, secondo le linee guida fin qui indicate, è pur vero che il donante deve poter esercitare i suoi diritti, senza bisogno di particolari giustificazioni ⁽²⁹⁾.

Non possiamo dimenticare che l'art. 790 c.c. dispone un'eccezione alla irrevocabilità della donazione e deve essere interpretato, non dico restrittivamente, ma in modo certamente attento e specifico, con riferimento agli interessi in gioco. In definitiva, il punto essenziale è la difficile ricerca dell'assicurazione di un equilibrio ragionevole tra il principio di irrevocabilità della donazione e le *raisons de famille*, che possono essere state considerate dal donante o che possano sopravvenire.

D'altro canto, sembra anche ragionevole ritenere che il donante avrà certamente considerato le problematiche legate al suo contesto personale e familiare. Le ipotesi potrebbero essere molteplici: un possibile stato di bisogno in futuro; difficoltà finanziarie allo stato non esistenti e forse neppure prevedibili; necessità di far fronte ad esigenze degli altri figli o del coniuge che si potrebbero prospettare in futuro; criticità a seguito di malattie; diminuzione di reddito per difficoltà legate alla gestione della sua impresa. Si noti tuttavia che, qualche volta, il donante non ha in mente specifici problemi futuri: la clausola è solo una cautela e non si riferisce, quindi, a particolari situazioni critiche, anche se è difficile ritenere che il disponente non abbia un programma di utilizzo dei beni che si è riservato di riottenere dal donatario. Tuttavia, la riserva è certamente un diritto potestativo, uno *ius disponendi* che non ha bisogno di particolari spiegazioni ⁽³⁰⁾.

Certo, le esigenze del donante possono essere anche specificate e questo può rendere più facile la valutazione degli effetti di un eventuale esercizio dei poteri che derivano dalla riserva ⁽³¹⁾. In ogni caso, si deve ritenere, pur sempre, che il donatario debba poter ragionevolmente contare sulla definitiva attribuzione di *beni determinati* in misura adeguata ⁽³²⁾.

Escludiamo, comunque, che a tutela del donante possa considerarsi la riserva di disporre come una condizione, che quando riguardi immobili e sia trascritta, possa essere opposta ai terzi, attribuendo efficacia reale alla riserva di disporre. Sia nella

⁽²⁹⁾ Si noti che questo aspetto non è stato sufficientemente sottolineato nella dottrina che abbiamo citato in precedenza, eppure è un punto di rilievo per l'inquadramento preciso della norma che stiamo considerando.

⁽³⁰⁾ Cfr. A. NATALE, *La riserva di disporre*, cit., 948 ss.

⁽³¹⁾ Se le preoccupazioni del donante sono specifiche e chiaramente determinabili, naturalmente la possibilità di indicare con precisione gli obblighi del donatario è sicuramente maggiore.

⁽³²⁾ Si noti che nella dottrina italiana (e in molti casi) si afferma che il donante abbia comunque la possibilità di riconsiderare i propri interessi, in base ad *esigenze sopravvenute*, anche se non vi sia una programmazione chiara dei limiti dell'atto di donazione. (Cfr. gli autori citati in modo chiaro ed esaustivo da E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 616 ss.). Questo, però, può avvenire, a nostro avviso, solo se è stabilito un *tetto massimo* alle richieste del donante che consenta, comunque, l'attribuzione di beni determinati in modo certo e definitivo al donatario, secondo i criteri che abbiamo fin qui indicato.

tradizione francese, che nella nostra, la revoca *non può* avere efficacia reale. Si tratta di una tendenza consolidata da tempo ⁽³³⁾.

iv) Alcune brevi considerazioni conclusive. Come si è detto, il sistema francese (abbiamo considerato alcuni problemi e i relativi dibattiti al par. 1. i) indica limiti di applicazione dell'art. 946 *Code Civil* molto rigorosi.

Non è tanto una questione di valori, quanto di *certezza* di un'attribuzione definitiva al donatario, specifica e chiaramente individuabile.

Il donatario deve necessariamente avere un *core* di beni su cui poter contare senza problemi, qualunque siano le sopravvenute esigenze del donante o della famiglia ⁽³⁴⁾.

Questo sembra essere il punto essenziale (molto chiaramente espresso in Francia).

In definitiva, non sembrano esservi problemi ad imporre al donatario il ritrasferimento di beni al donante, né la messa a disposizione di somme, nelle circostanze che abbiamo indicato.

Riteniamo, quindi, in conformità all'indirizzo da tempo consolidato in Francia, sia necessario assicurare al donatario, in modo definitivo, almeno la *maggioranza in valore* dei beni complessivamente donati e pensiamo anche che ciò debba necessariamente essere oggetto in concreto di obbiettiva verifica.

Una riserva di disporre *eccessiva*, come si è già detto, può portare ad una *sostanziale revoca* della donazione e non può, quindi, considerarsi legittima. L'antica regola *donner et retenir ne vaut* esprime ancora oggi un principio valido anche nel nostro sistema.

D'altra parte, come si è già evidenziato, lo stesso tenore riduttivo della norma ("*qualche oggetto*", "*una determinata somma*"), porta a queste conclusioni.

Il donatario non deve restare *à la merci* del donante e deve ricevere in modo definitivo una parte adeguata dei beni donati ⁽³⁵⁾: una riserva di disporre *eccessiva* non garantisce queste condizioni e non può quindi considerarsi legittima.

Questi principi debbono indurre i professionisti, incaricati di mettere a punto una donazione con riserva di disporre, ad indicare con chiarezza i beni che si intendono assegnare in modo definitivo e il loro valore, e i beni che sono oggetto della

⁽³³⁾ Per un'opinione favorevole cfr. invece, F. TASSINARI, *La donazione con riserva di disporre di cose determinate*, cit. par. 7. Cfr. anche F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1991, 113 ss.

⁽³⁴⁾ D'altra parte, se è vero che vi sono spesso figli ingrati, è altrettanto vero che vi sono padri con "sopravvenute esigenze" non sempre commendevoli.

⁽³⁵⁾ Un'opinione decisamente contraria a questa impostazione, come si è detto, è sostenuta da A. ZOPPINI, cfr. *retro* nota 24. Tuttavia, in linea di massima anche nel sistema tedesco, la donazione (*Schenkung*) è di fatto ritenuta irrevocabile, ed anzi, vi sono maggiori garanzie a favore del donatario, che sia obbligato ad adempiere ad un onere (*Auflage*) (par. 526 BGB). La revoca è ammessa solo in casi eccezionali come, ad esempio, la restituzione dei beni donati in caso di "impoverimento" del donante (*Verarmung*) (par. 528 BGB).

riserva di disporre ed il loro valore. Certo, non mancano le possibilità di chiarire con precisione questi punti ⁽³⁶⁾.

Non pensiamo tuttavia si possa affermare, in ogni caso, la nullità della donazione se la riserva di disporre è *manifestamente eccessiva*, perché questa soluzione comporterebbe il rischio che il donatario si convinca ad accettare, comunque, la parte che gli è stata donata, anche se obbiettivamente di minor valore rispetto ai valori oggetto della riserva di disporre, favorendo quindi l'affermarsi di una prassi scorretta, che nella sostanza, elude i principi indicati dall'art. 790 c.c.

Riteniamo che vi possa essere una proposta di riconduzione ad equità dei beni riservati ⁽³⁷⁾.

Una proposta di riduzione tale da limitare la riserva ad importi che possono considerarsi legittimi, in base alle linee guida fin qui indicate, non penso possa essere legittimamente rifiutata dal donatario ⁽³⁸⁾.

Tuttavia, se la proposta di riduzione della riserva di disporre non è accettata e la stessa può essere considerata eccessiva, in sostanziale violazione del principio (di ordine pubblico) *donnet et retenir ne vaut*, dovrà affermarsene la nullità con la conseguenza che il donatario acquisirà la proprietà di tutti i beni oggetto della donazione ⁽³⁹⁾.

Osserviamo poi che se si segue l'interpretazione qui proposta e, quindi, si ritiene che una parte *chiaramente* definita dei beni e di valore adeguato, in base ai criteri che abbiamo cercato fin qui di mettere a punto, deve essere necessariamente *garantita* al donatario (nonostante la riserva di disporre a favore del donante) è più facile ricorrere a soluzioni che, partendo da questo presupposto, consentono una definizione degli interessi in gioco in modo sicuramente più efficiente per assicurare gli interessi sia della parte donante, che della parte donataria.

⁽³⁶⁾ Può essere utile, ad esempio, approvare una perizia sul valore dei beni donati e sul valore dei beni o delle somme oggetto della riserva di disporre; può anche essere utile consigliare il donatario di versare la "determinata somma" da accantonare affidandola a banche o a società di gestione di valori mobiliari, in modo da conservarla adeguatamente senza rischi e trasferirla al donante quando ne faccia richiesta.

⁽³⁷⁾ Sull'interpretazione integrativa del contratto, giustificata da un principio generale di equità, cfr. G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969, 208 ss.; cfr. anche M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Vol. II, 93 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese*, Padova Venezia Treviso 14-15-16 giugno 2001, Vol. I, 2003, 225-256; F. GALGANO, G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro quarto: Obbligazioni art. 1372-1405, Bologna 1993, 66 ss., e 93 ss. Come è noto la regola che consente di ricorrere all'equità è considerata *inderogabile*, come rimedio essenziale per integrare un contratto lacunoso o con oggetto non chiaramente determinato.

⁽³⁸⁾ Specie se l'eccesso di riserva non abbia comportato problemi o danni per il bene donato.

⁽³⁹⁾ Questo rischio giustifica la messa a punto di una stima condivisa dalle parti al momento in cui la donazione è perfezionata od anche il ricorso ad una clausola di arbitraggio che consenta la valutazione dei beni da parte di un terzo secondo un equo apprezzamento *ex art. 1349 c.c.*

Mi riferisco alla possibilità di costituire un *trust* interno per realizzare una donazione con riserva di disporre⁽⁴⁰⁾; di attuare il programma negoziale del donante mettendo a punto un contratto di affidamento fiduciario⁽⁴¹⁾; o, più semplicemente, stipulare in *modo adeguato* un *negozio fiduciario "riservato"* tra le parti⁽⁴²⁾.

2. La costituzione di un *trust* interno per realizzare una donazione con riserva di disporre

Se partiamo dal principio che la riserva di disporre deve *necessariamente* essere consegnata in modo da assicurare al donatario una parte *certa* e di *valore adeguato* dei beni donati⁽⁴³⁾, allora la costituzione di un *trust* interno può essere una soluzione molto interessante. Non riteniamo sia questa la sede per un approfondimento attento dei problemi che la costituzione di un *trust* volto a realizzare un'attribuzione liberale con riserva di disporre può comportare. Indichiamo, tuttavia, qui di seguito alcuni punti di maggior rilievo.

Innanzitutto, si potrà prevedere l'attribuzione al *trustee* di tutti i beni donati (immobili, valori mobiliari, somme determinate) prevedendo, quindi, una prima attribuzione di determinati beni ai *beneficiaries* (la maggioranza in valore dei beni complessivamente trasferiti al *trustee*?) e una seconda attribuzione al *settlor* (che abbia esercitato la riserva di disporre) o ai *beneficiaries* (se la riserva non è stata esercitata o è venuta definitivamente meno)⁽⁴⁴⁾.

Il *trust* può contare sulla professionalità del *trustee* per una corretta verifica delle condizioni necessarie per la prima e la seconda attribuzione, insieme al sostanziale annullamento del rischio dell'esercizio di eventuali azioni da parte dei creditori del donatario, mantenendo il controllo dei beni indirettamente donati, fino all'attribuzione definitiva.

Se sono versate somme da attribuire al *settlor*, in caso di esercizio della facoltà di disporre, le somme verranno gestite dal *trustee*, che le attribuirà al *settlor* quando quest'ultimo intenda esercitare la riserva di disporre, o ai *beneficiaries*, in caso di rinuncia del *settlor*, o nel caso in cui lo stesso muoia senza aver utilizzato la riserva.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 2.

⁽⁴¹⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 3.

⁽⁴²⁾ Cfr. *infra* il successivo par. 4.

⁽⁴³⁾ Consideriamo, in relazione alle conclusioni indicate ai punti ii), iii) e iv) del precedente paragrafo, come punto di riferimento sicuro il *maggior valore* dei beni *definitivamente* attribuiti rispetto al valore dei beni che possono essere oggetto di una riserva di disporre.

⁽⁴⁴⁾ Come è noto, il *trustee* è tenuto a mettere in atto tutte le cautele necessarie per tenere separati i beni a lui attribuiti, come *trustee*, dai suoi beni personali (artt. 2, 11 e 12 della Convenzione dell'Aja, 1° luglio 1985). Vi sono anche ampi riferimenti in dottrina e in giurisprudenza, che non sembra qui opportuno approfondire. Il consenso sulla compatibilità di questi limiti, con riferimento ai principi che si desumono dall'art. 2740 c.c., (norma considerata di ordine pubblico) è ormai definitivo. Cfr., per tutti, A. GAMBARO, *Trust*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Vol. XIX, Torino 1999, 465 ss.; A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, Padova 2020, 123 ss.

I problemi di tassazione delle donazioni (indirette) dal *trustee* ai *beneficiaries* possono essere facilmente risolti, in base alle disposizioni esistenti, col vantaggio, verosimilmente, di una tassazione *immediata* della prima attribuzione e una tassazione *rimandata nel tempo*, al momento della seconda attribuzione ⁽⁴⁵⁾.

Sottolineiamo che il nostro ordinamento tributario considera le attribuzioni al *trustee* come donazioni indirette dal *settlor* ai *beneficiaries*, quando questi ultimi siano definitivamente individuati ⁽⁴⁶⁾.

i) Strutturando così le operazioni, non pare si pongano particolari criticità con riferimento ai principi inderogabili del nostro ordinamento giuridico, anche in ordine alle imposte dovute sulla prima e sulla seconda donazione (eventuale) dal *trustee* ai *beneficiaries*. La nomina di un *protector* potrà inoltre essere prevista per controllare che le attribuzioni siano effettuate secondo le linee guida che il *settlor* abbia indicato in modo specifico.

Sulla legittimità di un *trust*, con le caratteristiche indicate, peraltro non riteniamo vi possano essere sostanziali problemi ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Come è noto, la tassazione di questa operazione, considerata nel nostro sistema tributario come una donazione indiretta dal donante (*settlor*) ai donatari (*beneficiaries*) attraverso un atto dispositivo che dovrà comunque essere stipulato dal *trustee*, verrà effettuata secondo principi da tempo consolidati. Tuttavia, è opportuno ricordare che è ancora aperto il problema relativo alla tassazione *immediata* su tutti i beni oggetto dell'attribuzione liberale, al momento della costituzione del *trust* (tesi sostenuta da tempo dell'A.F.) o la tassazione al momento della *formale attribuzione* da parte del *trustee* ai *beneficiaries*. (Cfr. su questi problemi T. TASSANI, *Consolidamento giurisprudenziale e nuove prospettive interpretative per trust e vincoli di destinazione*, in *Corriere tributario*, 2019, 865 ss.). Nel caso che consideriamo è però evidente che la tassazione immediata anche sui beni che sono oggetto della riserva di disporre, e potrebbero essere quindi non assegnati ai *beneficiaries* non penso possa considerarsi legittima.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. la precedente nota 45. Si noti anche che, se l'attribuzione è considerata una donazione indiretta dal *settlor* ai *beneficiaries*, può essere critica la tassazione corretta se si tratta di attribuire somme in contanti. D'altra parte, le donazioni *indirette* non dovrebbero essere tassate nel nostro sistema tributario. Cfr. T. TASSANI, *Consolidamento giurisprudenziale*, cit., 867 ss., e comunque, in linea generale, su questi problemi è utile il confronto con le opinioni espresse da T. TASSANI, *Le diverse tipologie di imposizione del trust in "entrata" e in "uscita"*, in *Trusts*, 2020, 361 ss. Cfr. anche M. LUPOI, T. TASSANI, *Il cd. "scioglimento consensuale" del trust: diritto civile e diritto tributario*, in *Trusts*, 2020, 5 ss. Tenuto conto delle caratteristiche fin qui definite della donazione con riserva di disporre sembra corretto ritenere che il *trustee* abbia l'obbligo di sottoporre a tassazione (come donazione ormai definita) l'attribuzione al donatario nel momento in cui abbia esercitato la riserva di disporre. Se il donante muore senza aver esercitato la riserva, l'attribuzione liberale ai donatari per i beni riservati verrà effettuata all'apertura della successione del donante.

⁽⁴⁷⁾ E' difficile, infatti, sostenere che l'art. 790 c.c. stabilisca principi di ordine pubblico interno che non consentano di effettuare indirettamente sostanziali riserve di disporre in modo non del tutto conforme ai criteri indicati dalla norma, effettuando una prima attribuzione per i beni che si ritiene possibile attribuire con certezza ai *beneficiaries* e una seconda attribuzione per i beni che eventualmente il donatario non richieda, esercitando la riserva di disporre. Costituendo un

La costituzione di un *trust* interno, nel contesto rappresentato, deve necessariamente prevedere l'indicazione di *beneficiaries* (di un beneficiario o più beneficiari) con regole specifiche per l'attribuzione dei beni a loro destinati. Non vi è dubbio che il grado di flessibilità di questo tipo di operazioni è molto maggiore degli stretti limiti stabiliti dall'art. 790 c.c. (anche se, dato il costo del *trust* interno, si dovrà trattare di beni di un certo rilievo economico). Al *trustee* potranno essere indicate linee guida, anche molto specifiche, sia con riferimento ai beni da trasferire subito ai *beneficiaries*, sia con riferimento ai tempi ed alle modalità degli eventuali ulteriori trasferimenti ⁽⁴⁸⁾.

La soluzione che stiamo esaminando comporta, in buona sostanza, un normale trasferimento diretto dei beni dal *trustee* ai *beneficiaries* (che realizza una donazione indiretta dal *settlor* ai *beneficiaries* ed è tassata di conseguenza) ⁽⁴⁹⁾ e una successiva donazione indiretta eventuale, quando il *settlor* decida di rinunciare ai *powers of appointment*, che si era riservato dando via libera al *trustee*, perché non ritiene di avere più necessità di disporre delle somme accantonate.

ii) Possibili criticità. Se con il *trust* interno il disponente si sia riservato formalmente poteri *eccessivi* (*powers of appointment*) in ordine al trasferimento dei beni da attribuire al *trustee*, perché questi, a sua volta, li possa attribuire ai *beneficiaries*, secondo le linee guida stabilite, vi potrebbe essere la possibilità di ritenere il *trust* nullo per eccesso di poteri riservati, con riferimento all'art. 790 c.c.

Inoltre, si potrebbe escludere, di fatto, il *trustee* da una amministrazione effettiva dei beni del *trust* e sottrargli le decisioni finali sugli atti che si dovrebbero compiere in relazione al suo ufficio, anche senza specifici accordi scritti ⁽⁵⁰⁾. Infatti, se il potere *effettivo* di amministrazione dovesse ritenersi attribuito in sostanza al *settlor* e non al *trustee*, in base ai *powers of appointment* che il *settlor* si sia riservato o se, di fatto, il

trust vi sarebbe un trasferimento immediato ai *beneficiaries* dei beni che il *settlor* ha intenzione di trasferire *definitivamente*, trattenendo la parte di beni che il donante potrà richiedere, esercitando la riserva di disporre.

⁽⁴⁸⁾ I beni che non sono trasferiti saranno trattenuti dal *trustee* come garanzia per l'eventuale esercizio del diritto di disporre, che il *settlor* si sia riservato. Questa soluzione favorisce chiaramente la migliore attuazione dei principi che abbiamo cercato di mettere a punto con riferimento all'interpretazione dell'art. 790 c.c., affidando definitivamente ai *beneficiaries* i beni solo quando non vi possano essere più criticità e lasciando al *trustee* il compito di controllare la congruità della riserva in base ai principi che abbiamo indicato nel testo. Ovviamente, se il *settlor* muore senza aver esercitato la riserva di disporre, o vi rinuncia, i beni che il *trustee* abbia trattenuto verranno trasferiti definitivamente ai donatari.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. *retro* le note 45 e 46.

⁽⁵⁰⁾ Sull'ampiezza dei poteri del disponente cfr. A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 261 ss.; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova 2019, 97 ss. Se il *settlor* si riserva la decisione di disporre, la violazione dei principi che si desumono dall'art. 2740 c.c. appare obiettivamente fondata. Cfr. A. GAMBARO, *Trust*, cit., 465 ss.

settlor gestisce il *trust* e il *trustee* non si oppone, il *trust* potrebbe essere considerato, in relazione alla giurisprudenza che si è ormai consolidata in Inghilterra a Jersey e in altre importanti *trust countries* (Australia, Canada, New Zealand, etc.) come privo di effetto, perché qualificabile come *sham*. Questo problema non può essere certamente affrontato in questa sede, ci limitiamo quindi ad alcune brevi considerazioni.

In linea di massima, un *trust* può considerarsi *sham* (fittizio, apparente, non adeguato) quando il disponente mantiene il controllo effettivo dei beni in *trust* e ne dispone come cosa propria, riservandosi troppi poteri nell'atto istitutivo o contando sulla disponibilità del *trustee* a seguire le sue indicazioni, in base ad accordi riservati o anche soltanto in linea di fatto ⁽⁵¹⁾.

Ricordiamo, ad esempio, che nell'ordinamento di Jersey, in un caso più volte citato e ormai molto noto ⁽⁵²⁾, si conferma che se il *settlor* si riserva una *mole eccessiva* di "poteri" si viola una regola di fondo del *trust* di antica origine che addirittura i redattori della sentenza considerano di "ascendenza normanna", richiamando, in effetti, proprio il principio da cui hanno tratto origine i nostri approfondimenti: *donner et retenir ne vaut* ⁽⁵³⁾.

Il "*trust sham*" non può essere semplicisticamente qualificato come un "*trust simulato*" ⁽⁵⁴⁾. Ora, in certi casi gli accordi tra le parti sembrano al centro degli interessi dei giudici e questo può avvicinare la nozione di *sham trust*, sia pure in modo non del

⁽⁵¹⁾ Il *trustee* può assumere questo tipo di comportamento sia in base ad accordi non scritti, sia per l'inerzia nel compiere le attività di sua competenza. Queste negligenze (*laches*) consentono al *settlor* di amministrare, di fatto, i beni nella titolarità del *trust*. Anche la *doctrine of laches* non è facile da riassumere o razionalizzare per un *civil lawyer*: si tratta di un *remedy* dell'*equity* e, come tutti i rimedi dell'*equity*, è concesso discrezionalmente dal giudice. La *doctrine of laches* è comunque particolarmente complessa anche nel sistema inglese. Cfr. su questi problemi, in linea generale, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust*, cit., 32 ss. e par. 88 ss. Cfr. anche A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 265 ss.

⁽⁵²⁾ Rahman vs. Chase Bank Co. Ltd. (1981, JLR, 103).

⁽⁵³⁾ Si noti anche che la legge di Jersey è tra quelle più portate a ritenere legittime riserve di poteri in modo ampio da parte del *settlor* (art. 9 a), *Trust Jersey Law*, 1984, comma 2) ma certamente non in un caso come quello sopra considerato. Cfr. per un primo orientamento, di recente, A. BUSANI, *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, cit., 262 ss. Vd. anche sul punto, la pronuncia del Tribunale di Milano 16 giugno 2017 n. 6776, citata in *Trusts*, 2018, 2, 183 ss. secondo cui la presunta *eccessiva ingerenza* mantenuta da un disponente nella vita di un *trust*, regolata dalla legge di Jersey, non determina la nullità del *trust* in quanto tale legge non prevede l'eccesso di ingerenza del disponente, in linea generale, come motivo di validità del *trust*. Riteniamo, comunque, che per "mole eccessiva di poteri" si intenda far riferimento più al diritto del disponente di non assegnare beni al *trustee* riducendo quindi in larga misura le assegnazioni ai *beneficiaries* piuttosto che riservarsi i diversi *powers of appointment* previsti dall'art. 9 a) del *Trust Jersey Law* del 1984. Cfr. in linea generale, M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trusts*, cit., 98 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. le interessanti osservazioni di A. GAMBARO, *Il trust simulato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n. 5, 485 ss. e in particolare 491; vd. anche M. PATRONE, *Il trust "sham" e il diritto civile*, in *Trusts*, 2019, 1, 34 ss.

tutto evidente, alla nozione di simulazione propria del nostro sistema (in sostanza anche di quello francese e tedesco); in altri casi, tuttavia, i giudici tengono in considerazione, prevalentemente, il comportamento successivo alla istituzione del *trust*, sottolineando oggettivamente, la mancanza dei requisiti ritenuti essenziali per la legittimità di un *trust* (requisiti riassunti, sia pure in linea generale, dagli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja) e questa impostazione non è sostanzialmente coerente con i nostri principi sulla simulazione ⁽⁵⁵⁾.

iii) Nel caso che stiamo esaminando l'attribuzione di poteri da parte del *settlor* nel determinare la parte dei beni vincolati in *trust* da attribuire ai beneficiari, secondo le modalità fin qui indicate (potere di attribuzione) può rientrare certamente nei *powers of appointment* del disponente ⁽⁵⁶⁾. Il *trust* costituito per raggiungere la finalità che stiamo esaminando sarebbe legittimo anche quando sia lasciata ancora al *settlor* la facoltà di non determinare subito la parte dei beni che dovrà essere trasferita definitivamente ai *beneficiaries*, comunicando al *trustee* le sue decisioni (eventualmente dopo aver sentito anche le opinioni del *protector*, se nominato). In questo caso, il *settlor* non trasferisce questi beni al *trustee*, ma si può riservare di trasferirli in futuro, fino a che non abbia deciso se esercitare o meno la riserva di disporre.

Una breve conclusione. Riteniamo che nel quadro di altre possibili soluzioni un *trust*, che sia organizzato secondo le linee guida fin qui indicate, possa realizzare in modo efficiente un'attribuzione liberale tale da essere ritenuta coerente ai principi sviluppati in questo studio sull'interpretazione dell'art. 790 c.c., attribuendo già una parte determinata *in modo definitivo* dei beni ai *beneficiaries* e una parte di minor valore (che resta affidata al *trustee*, con poteri finali peraltro già definiti) in un quadro complessivo di regolamento degli interessi in gioco, certamente conforme all'interpretazione che abbiamo ritenuto più corretta di quel principio (*donner et retenir ne vaut*) che pensiamo debba considerarsi ancora oggi una regola sostanzialmente

⁽⁵⁵⁾ Mi sembra corretta l'impostazione data da A. BRAUN, *Su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts*, 2006, 346 ss. che, in base ad un'analisi attenta della giurisprudenza, dal caso *Snooky London and West Riding Investments Ltd.*, con l'ormai celebre *dictum* di Lord Diplock (pubblicata anche in *Trusts*, 2006, 236 ss.), ritiene che il cuore dello *sham* sia rappresentato dal fatto che il *trust document* non corrisponde alle vere intenzioni del disponente in quanto "*made to appear what it was not*"; situazione diversa da quella in cui il disponente si riserva troppi poteri nell'atto istitutivo. I giudici (e ciò vale sia per l'Inghilterra che per l'isola di Jersey) danno effettivamente rilievo al processo volitivo (vicinanza con la nozione di simulazione nei sistemi di *civil law*) oppure è il comportamento durante la vita del *trust* a costituire l'elemento realmente rilevante? In questo ultimo caso la vicinanza al nostro concetto di simulazione è più problematica. (Cfr. A. BRAUN, op. ult. cit., par. 6, *Riflessioni conclusive*.) Cfr. anche I. VALAS, "*Sham trust*": richiesta di istruzioni alla Corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che il *trust* è "*sham*", in *Trusts*, 2006, 239 ss. Molto chiare le osservazioni di M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts*, 2011, 5, 469 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. A. BUSANI, *Il trust*, cit., 415 ss.

operativa, anche per determinare i confini tra operazioni di donazione con riserva di disporre valide ed operazioni non valide.

3. Affidamento fiduciario

Seguendo l'impostazione che abbiamo cercato di mettere a punto al precedente par. 1, ai punti i) e ii), l'attuazione del programma negoziale del donante può essere effettuata anche con un contratto di affidamento fiduciario, seguendo le linee guida di fondo che si sono ormai consolidate nella dottrina e nella prassi italiana ⁽⁵⁷⁾.

i) Con un contratto di affidamento fiduciario i beni non sono aggredibili dai creditori del donatario (come accade invece nella donazione con riserva di disporre) e, al tempo stesso, non sono aggredibili neanche da parte dei creditori del terzo affidatario, trattandosi di beni vincolati ad uno scopo con una destinazione trascritta, quando si tratti di beni immobili ⁽⁵⁸⁾. Di conseguenza, con un contratto di affidamento fiduciario i beni verrebbero attribuiti all'affidatario, e quindi segregati ⁽⁵⁹⁾.

L'affidatario potrà trasferire ai beneficiari (come nel caso indicato in precedenza del *trust* interno) quei beni che ritiene di poter definitivamente attribuire agli stessi, senza alcuna criticità, disponendo in seguito a loro favore degli ulteriori beni, solo quando il disponente abbia rinunciato ad esercitare la riserva di disporre. Se invece la riserva è esercitata, i beni accantonati verranno trasferiti al disponente.

Anche in questo caso, come nel *trust* interno, partiamo dall'idea che un trasferimento *immediato*, con una formale riserva di disporre, farebbe venire meno le ragioni che consigliano la messa a punto dell'affidamento fiduciario stesso.

Riteniamo, invece, che sia più adeguato agli interessi in gioco trasferire *subito* i beni sui quali non si ritenga vi siano particolari criticità, anche in caso di esercizio della riserva di disporre, trattenendo gli altri che restano attribuiti all'affidatario.

⁽⁵⁷⁾ Come è noto, la definizione delle principali linee guida di questa nuova tipologia fiduciaria è stata messa a punto, in modo completo e raffinato, da M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 285 ss. e ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 734 ss. Vd. anche ID., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss. Sono pienamente in linea con le soluzioni di seguito indicate, E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 621 ss.; e ID., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss. Per interessanti spunti su questo tema, cfr. anche P. PARDOLESI, *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, 5, 503 ss.; A. VICARI, *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, 2018, 3, 357 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. in questo senso E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre*, cit., 621 ss. L'applicazione dell'art. 2645-ter c.c. alle fattispecie sopradescritte, tuttavia, può destare perplessità per le considerazioni già svolte nel mio lavoro, *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018, al quale mi permetto di rinviare.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., specialmente 311 ss.

La definizione dei beni, che ragionevolmente, dati gli interessi in gioco, non possono essere oggetto di trasferimento immediato, può essere rimessa alla valutazione dell'affidatario, che potrà sentire le parti interessate o i loro legali (per verificare i problemi in ordine alla congruità o meno della riserva di disporre).

Questa soluzione, come anche nel caso di un *trust* interno, può essere accolta senza problemi, qualora si ritenga che una parte importante dei beni, oggetto della donazione con riserva di disporre, debba essere attribuita in modo certo e definitivo al donatario, secondo i principi che fin qui abbiamo definito.

Se *dopo* l'esercizio della riserva di disporre (secondo le linee guida che dovranno essere indicate dal donante all'affidatario) residueranno altri beni, perché l'accantonamento è stato ritenuto troppo prudentiale, l'affidatario potrà provvedere con un ulteriore trasferimento ai donatari.

In questo quadro, il contratto di affidamento fiduciario, seguendo i principi che abbiamo fin qui cercato di definire, potrebbe attuare le stesse finalità che si possono conseguire con una riserva di disporre, ma in modo più articolato e più in linea con la volontà delle parti, evitando future possibili controversie ⁽⁶⁰⁾.

Si noti ancora che il trasferimento dei beni, che debbono essere attribuiti al donante, qualora intenda esercitare la riserva di disporre, tutela, in effetti, in modo efficiente il donante da eventuali problemi che potrebbero determinarsi per rischi o criticità anche a causa di iniziative dei creditori del donatario sui beni donati ⁽⁶¹⁾.

ii) Indichiamo di seguito, in breve, alcune possibili criticità.

In primo luogo, sotto il profilo fiscale, gli atti di trasferimento, dall'affidante all'affidatario, si ritengono tassabili, nella sostanza, secondo i principi ormai consolidati con riferimento alla tassazione delle attribuzioni di beni in capo ai *beneficiaries* nel *trust* interno. Questo principio, tuttavia, non si è ancora affermato in modo definitivo, anche se più volte giustificato dalla prassi amministrativa (segnatamente con risposte ad interpelli forniti da diverse direzioni regionali dell'Agenzia delle Entrate) ⁽⁶²⁾.

Occorre anche sottolineare che la stessa ammissibilità di contratti di affidamento fiduciario, nei modi sopra indicati, pur autorevolmente sostenuta con argomentazioni, a nostro avviso ineccepibili ⁽⁶³⁾, non è ancora definitivamente consolidata.

Tuttavia, è anche vero che nell'ipotesi in cui si decidesse di organizzare un affidamento fiduciario, secondo le modalità sopra indicate, gli interessi di tutte le parti

⁽⁶⁰⁾ Cfr. *retro*, par. 1 e specialmente ii).

⁽⁶¹⁾ Cfr. E. MOSCATI, *Dalla donazione con riserva di disporre all'affidamento fiduciario*, cit., 626 ss. Situazione simile a quella che si determina costituendo un *trust* ma certamente con minori costi e problemi.

⁽⁶²⁾ Sul punto si rinvia allo Studio n. 38-2020/T del Consiglio Nazionale del Notariato redatto da A. PISCHETOLA, *Il contratto di affidamento fiduciario e fiscalità indiretta: dalla traslatività alla funzionalità*.

⁽⁶³⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 311 ss.

coinvolte nell'operazione sarebbero ampiamente tutelati con soluzioni efficienti e con costi sostanzialmente limitati rispetto agli interessi in gioco. Si tratterebbe, nel complesso, di una soluzione più efficiente e meno costosa della costituzione di un *trust* interno.

Si noti che, anche nell'ipotesi di affidamento fiduciario, un limite di fondo potrebbe essere di nuovo correlato alla violazione del principio *donner et retenir ne vaut*, quando si dovessero stipulare accordi tra affidante e affidatario, tali da poter consentire all'affidante riserve di disporre *talmente ampie* da non potersi considerare legittime, secondo quanto abbiamo indicato al precedente par. 1.

Sottolineiamo tuttavia che, ove i dubbi di carattere fiscale possano essere risolti, l'affidamento fiduciario rispetterebbe i principi che si è cercato di mettere in evidenza con riferimento all'interpretazione dell'art. 790 c.c. in modo certamente corretto e con una semplicità e flessibilità più adeguata rispetto alla costituzione di un *trust* interno, con i caratteri precedentemente indicati.

Come per il *trust* interno, se i beni che dovranno essere oggetto dell'attribuzione sono trasferiti all'affidatario, il principio della segregazione dei beni affidati ⁽⁶⁴⁾ consentirà di affermare che i beni non appartengono ancora al beneficiario finale dell'attribuzione, cioè al donatario, con la conseguenza che gli stessi non sono aggredibili dai creditori di quest'ultimo, come invece può accadere nella donazione con riserva di disporre. D'altra parte, è principio ormai consolidato, che gli stessi beni non possono essere aggrediti dai creditori dell'affidatario, trattandosi di beni ormai vincolati ad uno scopo ⁽⁶⁵⁾.

4. Negozio fiduciario

i) Non è escluso, infine, che lo stesso programma di attribuzione liberale, che è regolato dall'art. 790 c.c., possa essere attuato con un tradizionale contratto fiduciario.

La legittimità dei contratti fiduciari, definiti come "riservati" (perché destinati a non essere dichiarati ai terzi) può essere affermata senza problemi nel sistema italiano, sia con riferimento ad una giurisprudenza consolidata da oltre ottant'anni, sia con riferimento ad una importante parte della dottrina civilistica ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 303 ss.; ID., *Donazioni con riserva di disporre*, cit., 1171 ss.; ID., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, cit., 734 ss.

⁽⁶⁵⁾ Se si tratta di beni immobili, il trasferimento all'affidatario potrà essere trascritto applicando, per analogia, l'art. 2645-ter c.c., considerando i beni affidati come costitutivi di un vincolo di destinazione. Cfr. su questo punto ancora M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, cit., 329-332.

⁽⁶⁶⁾ Con "contratto fiduciario riservato" mi riferisco a tutte le operazioni fiduciarie che comportino l'attribuzione di beni a seguito di un incarico dato ad un fiduciario, che resta *riservato* tra le parti e non opponibile ai terzi. Questa impostazione segue la tradizione classica del negozio fiduciario ove permane, come tratto caratteristico, una possibilità di "abuso" da parte del fiduciario e l'esistenza di accordi fiduciari è mantenuta comunque riservata nei

D'altra parte, si può anche constatare che vi sia ormai una *tipizzazione* di diversi *accordi fiduciari riservati*, con particolare riferimento ad attribuzioni liberali attraverso accordi fiduciari ⁽⁶⁷⁾.

ii) Per attuare, attraverso un'operazione fiduciaria, una donazione con riserva di disporre, ex art. 790 c.c., si potranno trasferire ad un fiduciario i beni oggetto dell'incarico. Il fiduciario si obbligherà a trasferire *subito* i beni che potranno essere definitivamente attribuiti al beneficiario, secondo i criteri messi a punto fin qui. I beni che resteranno nella disponibilità del fiduciario, per far fronte a ulteriori richieste del donante, quando questi dovesse decidere di chiederne il trasferimento in base alla riserva di disporre, verranno definitivamente attribuiti al donante che dovesse esercitare la riserva o ai donatari, quando la riserva di disporre non fosse più operativa, perché il donante vi ha rinunciato o perché è mancato prima dell'esercizio dei poteri a lui riservati. Anche in questa ipotesi, la suddivisione dei beni in due lotti, uno da attribuire *subito* ai donatari, l'altro da *riservare* al fiduciario, affinché possa essere garantito l'esercizio della riserva di disporre in capo al fiduciante e possano attuarsi le decisioni di quest'ultimo, ove intenda esercitare i diritti che si è riservato, è certamente più in linea rispetto ai principi esposti ampiamente in precedenza.

D'altra parte, un'operazione così congegnata appare maggiormente conforme al principio *donner et retenir ne vaut*, perché consente di assicurare al donatario una *parte certa* dei beni (oggetto della riserva di disporre) e adeguata ai valori che abbiamo cercato di definire in precedenza, consentendo al donante l'esercizio delle sue facoltà in modo adeguato sui beni che restano ancora nella titolarità del fiduciario ⁽⁶⁸⁾.

confronti dei terzi. (Su questo tema mi sia consentito rinviare al mio contributo, *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018).

⁽⁶⁷⁾ Per un'analisi dei problemi e delle criticità che si possono determinare in questi casi, sottolineando che vi sono ormai accordi tra fiduciante e fiduciario, sulla cui legittimità non vi possono essere dubbi, perché si tratta di accordi consolidati da tempo nella prassi, in linea con la giurisprudenza che, nelle sue linee fondamentali, non è sostanzialmente mutata da decenni, cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit., cap. II, par. 2.2 ss.

⁽⁶⁸⁾ E' noto che di recente la stessa legittimità dei contratti fiduciari riservati, è stata posta in dubbio. Cfr. soprattutto M. LUPOI, *Affidamento fiduciario*, cit., 139 ss. Vd. anche P. PARDOLESI, *Trust, fiducia e contratto di affidamento*, cit., 512 ss.

La maggioranza dei giuristi, peraltro, ne ammette tuttora la validità, sia pure con limiti che non possiamo indicare e approfondire in questa sede. La giurisprudenza della Cassazione è ormai definitivamente orientata in senso positivo anche in questi ultimi anni. Cfr., ad esempio, Cass. SS.UU. 6 marzo 2020, con nota di U. MORELLO, *La ricognizione degli accordi fiduciari in Notariato*, 2020, 290 ss.

Certamente esistono alcuni problemi in ordine alla validità di accordi fiduciari che necessitano di una verifica attenta. Mi sia consentito rinviare ancora al mio lavoro, *Le operazioni fiduciarie*, cit., par. 2.1 ss. In particolare, sottolineo la perdurante illegittimità di operazioni fiduciarie con caratteristiche tali da dare luogo, nella sostanza, ad una *interposizione fittizia*; segnatamente quando il fiduciante si riserva *sostanziali* poteri di amministrazione dei beni affidati al fiduciario, che appare quindi come un mero *interposto fittizio*. Posizioni analoghe su questo punto sia in

I costi delle operazioni coneggiate nei modi sopra indicati normalmente sono inferiori a quelli che di solito occorre prevedere per mettere a punto, in modo efficiente, un *trust* interno od anche un affidamento fiduciario, secondo le linee guida indicate in precedenza. Come si è già detto, resta ovviamente, il problema delle criticità che un'operazione fiduciaria necessariamente comporta, con riferimento alla cosiddetta "possibilità di abuso del fiduciario", che può non adempiere correttamente alle obbligazioni assunte ⁽⁶⁹⁾.

Non vediamo, invece, particolari criticità con riferimento alla normativa antiriciclaggio perché il fiduciario (come l'affidatario o il *trustee*) hanno precisi obblighi di effettuare le segnalazioni dovute nel complesso sistema della normativa definita dalle direttive GATI e delle regole messe a punto dalla Banca d'Italia ⁽⁷⁰⁾.

5. Conclusioni

E' evidente che in tutti i casi che abbiamo da ultimo considerato (*trust* interno, affidamento fiduciario, negozio fiduciario riservato) la possibilità di individuare i beni che possono essere *subito* trasferibili al donatario e i beni che invece è opportuno che *restino* nella titolarità del *trustee*, dell'affidatario o del fiduciario, a garanzia dell'eventuale esercizio relativo alla riserva di disporre del donante, è un punto cruciale, che merita un'attenta valutazione e che comporta, comunque, una organizzazione degli interessi in gioco certamente più efficiente di quella che si può conseguire mediante un normale contratto di donazione con riserva di disporre, ex art. 790 c.c.

La realizzazione di una donazione con riserva di disporre (secondo le linee guida di cui sopra) può considerarsi legittima solo laddove consenta una netta separazione tra i beni *definitivamente* donati e quelli che restano ancora nella disponibilità del donante, fino a che lo stesso non decida di esercitare la riserva di disporre o di rinunziarvi (o, infine, quando si apra la sua successione, senza che la riserva sia stata esercitata). Il trasferimento di beni "riservati" al *trustee*, all'affidatario o al fiduciario attribuisce certamente maggiori garanzie sia al donante che al donatario. Al donante, perché evita le criticità che un'amministrazione inefficiente del donatario possa compromettere i beni oggetto della riserva di disporre, al donatario, perché gli assicura l'attribuzione di beni in modo definitivo, quando decida di chiederne l'attribuzione.

Francia che in Germania. (Cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit., cap. IV, par 4.2 ss. per l'esperienza tedesca e par. 4.6 ss. per l'esperienza francese).

⁽⁶⁹⁾ Questo problema, tuttavia, può essere risolto in modo soddisfacente con la messa a punto di garanzie che il fiduciante può ricevere dal fiduciario. Cfr. N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, cit. cap. II, par. 2.1 e 2.2.

⁽⁷⁰⁾ Come è noto, il d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231, interpretato con successive disposizioni e linee guida messe a punto dall'UIF (Unità di Informazione Finanziaria) e dal provvedimento n. 616 del 24 agosto 2010 della Banca d'Italia indica 21 punti molto chiari applicabili certamente anche alle operazioni fiduciarie riservate oltretutto, ovviamente, ai *trust* interni ed agli affidamenti fiduciari.

In sintesi e per concludere.

Abbiamo contestato la prassi che si sta consolidando nel nostro Paese, segnatamente negli ultimi decenni, di considerare legittima la riserva di disporre, ex art. 790 c.c., anche quando abbia oggetto beni di rilevante valore sul complesso dei valori donati. Riteniamo invece che la riserva di disporre debba riguardare beni di valore limitato.

Abbiamo proposto un limite empirico, indicando meno della metà del valore dei beni donati. Abbiamo sottolineato che valori più alti non possono essere ammessi senza far ritenere la riserva di disporre come una revoca *sostanziale* della donazione, superando i limiti che, eccezionalmente, l'art. 790 c.c., riprendendo un'antica tradizione, consente.

La stessa lettera della legge; la *ratio* della norma che trae le sue origini dal sistema francese di prima dell'Ottocento; l'assenza di giurisprudenza che possa dar spazio a tesi più liberali; le ragioni sostanziali che abbiamo svolto con riferimento al principio ancora attuale *donner et retenir ne vaut*; la perdurante rigidità del principio della irrevocabilità delle donazioni, ci portano a queste conclusioni.

Si è preso atto che nel nostro Paese si sta consolidando una tesi più liberale, che porta a ritenere legittime donazioni con riserva di disporre anche di rilevante entità, ma non riteniamo che questa tendenza vada incoraggiata. Ci rammarichiamo di non poter dare soluzioni *certe*, lasciando all'interprete la valutazione della sottile *linea rossa* che può far ritenere una riserva di disporre valida (perché i beni definitivamente attribuiti al donante superano almeno la metà del valore dei beni complessivi donati) e una riserva di disporre non valida (perché questo limite è obbiettivamente superato).

Abbiamo indicato in precedenza (par. 1., iv) le linee guida che possono essere applicate per recuperare la validità delle donazioni con una riserva di disporre giudicata eccessiva.

Pensiamo, tuttavia, che nella prassi non sia difficile mettere a punto soluzioni che possano dare più spazio all'autonomia privata ⁽⁷¹⁾, conseguendo finalità simili a quelle che non possono essere raggiunte, applicando in modo corretto l'art. 790 c.c. ⁽⁷²⁾.

Consideriamo la possibilità, come accade anche in Francia ⁽⁷³⁾, di ricorrere ad una donazione modale (art. 790 c.c.) con obbligazioni specifiche a carico del donatario e a favore del donante. Non vi è dubbio, crediamo, che il *modus possa essere stabilito* in termini tali da comportare sia obbligazioni in senso tecnico (artt. 1218 ss. c.c.) sia condizioni risolutive che riguardino somme o una parte dei beni donati.

⁽⁷¹⁾ Cfr. per il sistema francese la nota 10.

⁽⁷²⁾ Si pensi alla gestione di valori mobiliari affidati a società fiduciarie o a imprese di investimento mobiliare, o a polizze assicurative, all'impiego delle regole applicabili al contratto a favore di terzi, con particolare riferimento alle possibilità di revoca anche dopo la morte dello stipulante con adeguate disposizioni testamentarie.

⁽⁷³⁾ Sia pure in un contesto non del tutto simile al nostro, cfr. nota 13.

Se i beni donati sono trasferiti nel quadro di una donazione indiretta, le possibilità del donante sono di nuovo molto ampie ⁽⁷⁴⁾.

L'approfondimento di questi punti comporterebbe analisi complesse, ben oltre i limiti che ci siamo dati con questo breve contributo. Si tratta, peraltro, certamente di tematiche che meriterebbero una compiuta indagine.

Bibliografia

ASCOLI A., *Trattato delle donazioni*, Milano 1935.

AZZARITI F.S., MARTINEZ G., *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova 1979.

BALBI G., *La donazione*, in *Trattato Diritto Civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano 1964, 56 ss.

BAUDRY-LACANTINERIE G., *Trattato teorico pratico di diritto civile, delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, Trad. it., Milano 1898.

BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Civile* diretto da F. Vassalli, Torino 1961, 865 ss.

BRAUN A., *Su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts*, 2006, 346 ss.

BRENNER C., *La succession, in 1804-2004, le Code Civil*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n. 27, 427.

BUSANI A., *Il trust, istituzione, gestione, cessazione*, Padova 2020.

BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Convegno internazionale di Studi in onore di Alberto Burdese*, Padova Venezia Treviso 14-15-16 giugno 2001, Vol. I, 2003, 225-256.

CARNEVALI U., *Le donazioni*, in *Trattato Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, Vol. VI, 2°, Torino 1997, 535 ss.

CIAN G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova 1969.

COUTUME DE PARIS, art. 274, (*Donner et retenir ne vaut*) e art. 278 (*"C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la jouissance de disposer librement de la chose par luy donnée, ou qu'il demeure en possession, jusques au jour de son décès"*).

⁽⁷⁴⁾ Si pensi ai seguenti casi: Tizio vende, con prezzo dilazionato, a Caio l'immobile A (valore 1000) e l'immobile B (valore 1500), quindi rinuncia al pagamento per il bene A (perfezionando una donazione indiretta) e si riserva di chiedere il pagamento per il bene B a sua discrezione dichiarando che in caso di morte il debito è comunque rimesso.

DEMOLOMBE C., *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 4^e éd., Vol II, Paris 1872/1873, p. 173 ss.

DROSS W., *L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2011, 25.

FRANCO R., *La donazione con riserva di disporre: ripensamento dei dogmi e concretezza degli interessi*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 595 ss.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Vol. II, 93 ss.

GALGANO F., VISINTINI G., *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, Libro quarto: Obbligazioni art.1372-1405, Bologna 1993, 66 ss., e 93 ss.

GAMBARO A., *Trust (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Vol. XIX, Torino 1999, 465 ss.

GAMBARO A., *Il trust simulato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, n. 5, 485 ss.

GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Pietro Schlesinger, Milano 1991, 113 ss.

LÉCUYER H., *L'irrévocabilité spéciale des donations*, Mél P. Catala, 2001.

LONGOBUCCO I., *Donazione con riserva di disporre e sopravvenienze meritevoli nel rapporto*, in *Foro nap.*, 2017, 407 ss.

LUPOI M., *Donazione con riserva di disporre. Modello di contratto di affidamento fiduciario*, in *Vita not.*, 2016, 1171 ss.

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano 2014.

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. not.*, 2012, 513 ss.

LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova 2019.

LUPOI M., *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts*, 2011, 5, 469 ss.

LUPOI M., *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 734 ss.

LUPOI M., TASSANI T., *Il cd. "scioglimento consensuale" del trust: diritto civile e diritto tributario*, in *Trusts*, 2020, 5 ss.

MALAUURIE P., AYNÉS L., *Droit des successions et des libéralités*, 7^e éd., Paris 2016.

MORELLO U., *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, 4, 376 ss.

MORELLO U., *La ricognizione degli accordi fiduciari in Notariato*, 2020, 290 ss.

MOSCATI E., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, Vol. 21, 6, 2020, 609 ss.

- MOSCATI E., *Dalla donazione con riserva di disporre, all'affidamento fiduciario (ovvero come si recupera una norma del Codice Civile)*, in *Riv. not.*, 2020, 249 ss.
- NATALE A., *La donazione con riserva di disporre, una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Famiglia, pers. e succ.*, 2012, 125 ss.
- NATALE A., *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, Vol. VI, Milano 2009, 929 ss.
- PARDOLESI P., *Trust, fiducie e contratto di affidamento fiduciario: omologazione contrattuale?*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2020, 5, 503 ss.
- PARODI N., *Le operazioni fiduciarie*, Torino 2018.
- PATRONE M., *Il trust "sham" e il diritto civile*, in *Trusts*, 2019, 1, 34 ss.
- POTHIER R.J., *Des donations entre vifs*, in *Traité des obligations*, Orléans, Vol. 2, 1768.
- SALINIÈRE C., *La réversibilité des donations*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, 21.
- STUDIO n. 38-2020/T del Consiglio Nazionale del Notariato redatto da A. Pischetola, *Il contratto di affidamento fiduciario e fiscalità indiretta: dalla traslatività alla funzionalità*.
- TASSANI T., *Consolidamento giurisprudenziale e nuove prospettive interpretative per trust e vincoli di destinazione*, in *Corriere tributario*, 2019, 865 ss.
- TASSANI T., *Le diverse tipologie di imposizione del trust in "entrata" e in "uscita"*, in *Trusts*, 2020, 361 ss.
- TASSINARI F., *La donazione con riserva di disporre di cose determinate nell'attività notarile*, in *Atti del Convegno Insignum*, 2016.
- VALAS I., *"Sham trust": richiesta di istruzioni alla Corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che il trust è "sham"*, in *Trusts*, 2006, 239 ss.
- VICARI A., *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: un'analisi realistica*, in *I Contratti*, 2018, 3, 357 ss.
- ZOPPINI A., *La donazione «ha forza di legge tra le parti» (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1, 223 ss.



Il consumatore responsabile: un caso di virtù

ADRIANO ZAMBON

Dottore di ricerca in Scienze giuridiche

Università degli Studi di Milano

adriano.zambon@unimi.it

ABSTRACT

Lo scopo di questo articolo è analizzare la nozione di consumatore responsabile. Si sosterrà che, in generale, quando si parla di consumatore responsabile, la responsabilità a cui ci si riferisce rappresenta un caso di virtù, consistente nel prendere seriamente, nel corso della condotta descrivibile come consumo, un dovere morale, e sarà esaminata la connessione di questa responsabilità con l'informazione e l'educazione del consumatore.

Parole chiave: Consumatore – Diritto dei consumatori – Responsabilità – Virtù.



DOI: <https://doi.org/10.13130/milanlawreview/16466>

The aim of this paper is to analyze the notion of responsible consumer. It will be claimed that, generally, when speaking of responsible consumers, the responsibility one refers to represents a case of virtue, which consists in taking a moral duty seriously, and the connection of this responsibility with consumer information and education will be examined.

Keywords: Consumer – Consumer law – Responsibility – Virtue.

*Il presente contributo è stato sottoposto a referaggio anonimo
Peer reviewed article (double-blind)*

Il consumatore responsabile: un caso di virtù

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un punto di partenza: diversi sensi di “responsabilità”. – 3. La nozione di consumatore responsabile. – 4. Elementi morali. – 5. Il legame con informazione ed educazione.

1. Introduzione

La nozione di consumatore responsabile è attualmente di grande rilevanza in ambito economico ⁽¹⁾. Se a questa considerazione si aggiunge che la figura del consumatore assume oggi un ruolo non marginale anche nel diritto, l’attenzione al tema del consumatore responsabile da parte dei giuristi può risultare giustificata. Comprendere quali tratti caratterizzino questa figura, infatti, permette di capire quali rapporti esistano fra essa e la figura del consumatore nel diritto.

È alla luce di questo scopo che il presente scritto propone un’analisi dell’idea di consumatore responsabile. L’articolazione di questa analisi è la seguente. In primo luogo, verranno descritti diversi sensi attribuibili al termine “responsabilità” e ai termini connessi, come “responsabile”. In secondo luogo, si dirà quale di questi sensi e quale senso di “consumatore” siano coinvolti nel normale uso dell’espressione “consumatore responsabile”, di cui verrà proposta una definizione mirante a descrivere tale uso ⁽²⁾. Si passerà quindi a precisare il contenuto della definizione proposta, concentrando l’attenzione sui giudizi di valore e sul dovere legati a essa, nonché sulle nozioni di informazione ed educazione del consumatore, di cui verrà esaminata la connessione con la responsabilità qui in discussione.

⁽¹⁾ «[I]l mondo del consumo responsabile appartiene ormai al sistema economico, facendone parte ed orientandone l’evoluzione» (D. CASATI, G. SALI, *Introduzione*, in AA.VV., *Il contenuto sociale dei prodotti. Indagine sul consumo responsabile*, a cura di D. Casati, G. Sali, Milano 2005, 7 s., qui 7). Esiste oggi un «modo nuovo di concettualizzare il ben noto principio della sovranità del consumatore. Una novità emergente dell’attuale passaggio d’epoca è costituita dal fatto che la figura del consumatore come ricettore passivo delle proposte che gli vengono dal lato della produzione va cedendo il passo alla figura di un soggetto che vuole sì consumare, ma in modo critico, responsabile» (S. ZAMAGNI, *Il consumatore socialmente responsabile: note sulla Caritas in veritate*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 111 ss., qui 115).

⁽²⁾ La definizione in questione aspira dunque a essere una definizione lessicale, cioè una definizione «formulata per riprodurre un uso linguistico diffuso presso una data comunità di parlanti» (M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 2014, 20). Sul tema delle definizioni (nel e al di fuori del diritto), ci limitiamo qui a rinviare, *ex multis*, ad A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano 1979.

2. Un punto di partenza: diversi sensi di “responsabilità”

Per occuparsi della nozione di consumatore responsabile, è prima di tutto opportuno riportare sinteticamente il contenuto di alcune delle molteplici riflessioni sul concetto di responsabilità provenienti dalla filosofia del diritto ⁽³⁾.

Un’analisi particolarmente rilevante è quella di Herbert L. A. Hart, che ha identificato sensi differenti del termine “responsabilità” e delle parole connesse (come “responsabile”) ricorrendo alle seguenti categorie classificatorie ⁽⁴⁾:

- in primo luogo, la responsabilità per ruolo, coinvolta nei discorsi con cui si parla dei doveri assunti da un soggetto in ragione della sua posizione nella società;
- in secondo luogo, la responsabilità causale: qualificare qualcuno o qualcosa come responsabile, in questo caso, vuol dire affermare che quel qualcuno o quel qualcosa ha causato un certo effetto;
- in terzo luogo, la responsabilità-soggezione, che, per esempio, viene impiegata per indicare che a un soggetto devono applicarsi determinate sanzioni collegate da una norma giuridica a una condotta che quel soggetto ha tenuto;
- in quarto luogo, la responsabilità-capacità: in questo caso, si indicano, in linea generale, le capacità «della comprensione, ragionamento e controllo della condotta» ⁽⁵⁾, ossia «certe caratteristiche psicologiche complesse delle persone» ⁽⁶⁾, che costituiscono certe loro «capacità normali» ⁽⁷⁾.

In determinati casi, il termine “responsabilità” è impiegato in un quinto senso, al fine di indicare una virtù. Il punto è messo bene in luce da Filippo Santoni de Sio:

Nel linguaggio comune il termine responsabilità è usato anche in un quinto senso, per indicare una virtù, ossia il tratto di carattere di chi accetta e porta a termine diligentemente i propri compiti e doveri (come nelle espressioni “essere una persona responsabile” o “comportarsi responsabilmente”) ⁽⁸⁾.

Questo senso di “responsabilità” emerge, nella riflessione di Hart, in un passaggio che è utile riportare e che mette in luce il legame fra la responsabilità come virtù e la responsabilità per ruolo:

⁽³⁾ Cfr. F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma 2015, 117 ss.

⁽⁴⁾ H. L. A. HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* (1968), Milano 1981, 240 ss.

⁽⁵⁾ H. L. A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., 256.

⁽⁶⁾ H. L. A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., 256.

⁽⁷⁾ H. L. A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., 256.

⁽⁸⁾ F. SANTONI DE SIO, *Responsabilità*, cit., 118.

Le espressioni ‘persona responsabile’, ‘che si comporti responsabilmente’ (non ‘irresponsabilmente’) per esser spiegate richiedono un riferimento alla responsabilità per ruolo. Una persona responsabile è chi è disposto a prendere seriamente i propri doveri, a pensare ad essi e a fare seri sforzi per adempiervi. Comportarsi responsabilmente vuol dire comportarsi come farebbe una persona che prendesse i propri doveri seriamente in questo modo ⁽⁹⁾.

A partire da questo passo, si può sostenere che, in effetti, la responsabilità come virtù non comporta necessariamente l’adempimento dei propri doveri, ma, piuttosto, come scrive Hart, il prendere seriamente i propri doveri.

Credo che sottolineare quest’ultimo senso del termine “responsabilità” sia importante per comprendere appieno il modo in cui si usa generalmente l’espressione “consumatore responsabile”. La tesi che voglio sostenere, infatti, è che quello del consumatore responsabile sia, nella maggior parte dei casi, un caso di virtù. Ciò significa che la responsabilità di cui si parla quando, nella maggior parte dei casi, si parla del consumatore responsabile è la responsabilità intesa come virtù (ossia, più in dettaglio, come la virtù consistente nel prendere seriamente i propri doveri) ⁽¹⁰⁾. Per sostenere questa tesi, esaminerò il significato usualmente attribuito all’espressione “consumatore responsabile”, ricorrendo soprattutto alla letteratura che ne fa impiego, per poi mostrare come questo significato implichi che la responsabilità a cui ci si riferisce in questo caso consista in quello che, come si è detto, costituisce un quinto senso del termine “responsabilità”.

3. La nozione di consumatore responsabile

Se si vuole fornire una definizione di “consumatore responsabile”, bisogna ovviamente scindere le due componenti di questa espressione e dunque chiedersi sia chi è il consumatore sia cosa significa “responsabile” quando quest’ultima parola viene usata per caratterizzarlo.

In merito al primo quesito, bisogna chiedersi se la nozione di consumatore coinvolta nei più diffusi discorsi sul consumatore responsabile abbia qualcosa a che fare con le nozioni di consumatore ricavabili dal diritto. La risposta è negativa: normalmente i discorsi sui consumatori responsabili non si concentrano sulla nozione di consumatore ricavabile attraverso l’interpretazione delle definizioni legislative del termine “consumatore”. La nozione di consumatore coinvolta in questi casi consiste dunque nella nozione di consumatore che tutti noi, più o meno, condividiamo. È bene assumere, di conseguenza, che il consumatore sia in tali casi quel soggetto identificato *in primis* attraverso il significato che il termine ha nel linguaggio ordinario. E, se si vuole descrivere quest’ultimo significato, si può

⁽⁹⁾ H. L. A. HART, *Responsabilità e pena*, cit., 242.

⁽¹⁰⁾ Nulla esclude, quindi, che sia possibile usare anche gli altri sensi di “responsabilità” quando si parla del consumatore responsabile.

ricorrere alla seguente definizione: persona che acquista e/o utilizza beni o servizi per soddisfare esigenze della vita privata ⁽¹¹⁾.

Per quanto riguarda la parola “responsabile” all’interno dell’espressione qui in esame, se si guarda ad alcuni degli studi che si sono occupati del tema del consumatore responsabile, è possibile individuare una serie di indicazioni convergenti in merito a essa. Tali indicazioni inducono a pensare che essere responsabile, per un consumatore, significhi agire, in quanto consumatore, alla luce di considerazioni relative agli effetti di questo agire sulla società e sull’ambiente.

Una prima riflessione che può essere citata è di Ewa Jastrzębska, che descrive il consumatore responsabile mettendo in evidenza la sua attenzione verso le conseguenze che le sue azioni producono:

The responsible consumer understands that his choices bring about not only individual short-term consequences (satisfaction derived from consumption), but also long term individual and social results [...]. He therefore, buys consciously, taking into account the consequences of his consumer choices, both on the environmental and on the social level (their effect on the surroundings, and also on the market itself) ⁽¹²⁾.

Quelle descritte dal passo appena citato sono le considerazioni attribuite al consumatore responsabile, mentre i comportamenti tipicamente ricondotti a questa figura, motivati da tali considerazioni, sono indicati nel seguente elenco:

Typical attitudes of a responsible consumer should be: no wastage, not seeking to satisfy artificial needs, green, ethical and political consumerism, whilst also being an innovative consumer – engaging in initiatives in the collaborative economy, including the sharing economy [...] ⁽¹³⁾.

Nella medesima direzione si muove la riflessione di Pietro Lanzini, alla luce della quale il consumatore responsabile può essere visto come una sottoclasse del cittadino responsabile, definito come

an individual who is guided in her daily behaviors *both* by social and environmental drivers. [...] [I]t is important to clarify that consumer

⁽¹¹⁾ Sul punto, mi permetto di rinviare ad A. ZAMBON, *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, Pisa 2020.

⁽¹²⁾ E. JASTRZĘBSKA, *The responsible consumer as an answer to new sustainable development challenges*, in *Ekonomia i Środowisko*, 2017, n. 1, 198 ss., qui 201.

⁽¹³⁾ E. JASTRZĘBSKA, *The responsible consumer as an answer to new sustainable development challenges*, cit., 201.

behavior represents a subset (though a relevant one) of broader behavioral patterns performed by individuals ⁽¹⁴⁾.

A partire da queste indicazioni, si può affermare che il consumatore responsabile è generalmente inteso come una persona che acquista e/o utilizza beni o servizi per soddisfare esigenze della vita privata (cioè agisce come consumatore) prendendo seriamente un proprio dovere di natura morale: il dovere di far sì che gli effetti ambientali e sociali che il consumo determina siano positivi e/o non siano negativi. Questo dovere viene fatto ricadere su chi assume la qualifica di consumatore poiché gli effetti a cui esso rinvia sono effetti di atti di consumo, cioè di atti di un consumatore.

È importante sottolineare che, come mostra la definizione appena proposta, il consumatore responsabile è un soggetto che agisce al fine di soddisfare esigenze della propria vita privata (cioè, in altri termini, agisce per scopi privati), e il fatto che prenda seriamente il dovere appena descritto non cambia quella caratteristica, perché, in caso contrario, non sarebbe possibile impiegare il termine “consumatore” per indicare questo soggetto: un comportamento di acquisto e/o di utilizzo di beni o servizi per scopi privati resta compatibile con il prendere seriamente il dovere in questione, e proprio questo permette di caratterizzare il soggetto che lo prende seriamente non solo come consumatore, ma anche come responsabile.

4. Elementi morali

Come si è già detto, il consumatore responsabile è un individuo che (come consumatore) prende seriamente il dovere di far sì che gli effetti ambientali e sociali che il consumo produce siano positivi e/o non siano negativi.

È ovvio che la qualificazione di effetti del consumo come positivi o come non negativi (così come la qualificazione di effetti del consumo come non positivi o come negativi) è dovuta a giudizi di valore: gli effetti ambientali e sociali del consumo possono essere qualificati nei modi appena indicati in ragione di questi giudizi di valore. La definizione di consumatore responsabile riportata in precedenza segnala dunque che questa nozione è connessa sia a un dovere di natura morale che a giudizi di valore ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ P. LANZINI, *Responsible Citizens and Sustainable Consumer Behavior. New Interpretive Frameworks*, Abingdon-New York 2018, 16. Da qui si ricava che, nel caso dei consumatori, «behaving responsibly would imply being guided not only by traditional dimensions such as quality of products or convenience (both financial and not), but also by an evaluation of the impacts that the product itself (and its production process) has on the environment and on society at large» (P. LANZINI, *Responsible Citizens and Sustainable Consumer Behavior*, cit., 16).

⁽¹⁵⁾ Questo dovere e questi giudizi possono dunque essere connessi a un “clima morale” socialmente determinato: «The experience of consumption is often social rather than individual. The socially determined moral climate directs consumer choices between right

Da queste considerazioni si comprende perché, quando si parla di consumo responsabile, sia frequente l'impiego di espressioni come "consumo critico", "consumo etico" e "consumerismo politico". Concentrarsi su queste espressioni permette di capire con maggiore precisione quali sono i comportamenti richiesti dal dovere a cui si è fatto cenno, nonché i giudizi di valore connessi al consumo responsabile.

Il consumo critico, per esempio, è stato descritto come consistente, paradigmaticamente,

nel fare la spesa scegliendo i prodotti non solo in base alla qualità e al prezzo, ma anche in base alla loro storia e alle scelte effettuate dalle imprese produttrici ⁽¹⁶⁾.

I consumatori etici vengono descritti come soggetti che

[p]ropensi al consumo responsabile acquistano i prodotti del commercio equo e solidale, hanno comportamenti ispirati al principio di sobrietà e boicottano in maniera significativa. Sono poi consumatori informati, in grado di reperire le informazioni tramite fonti attendibili, ed alla ricerca di un'autonomia decisionale che consenta loro di scardinare i tentativi di manipolazione in atto da parte delle imprese attraverso gli strumenti del marketing e della pubblicità ⁽¹⁷⁾.

Infine, per quanto riguarda il consumerismo politico, a esso sono riconducibili diverse azioni dei consumatori, accomunate da un tratto comune: «ciò che le caratterizza è la dimensione *altruistica* che sembra esservi alla base ed un rinvio all'interesse pubblico che conferisce al consumo un carattere "politico"» ⁽¹⁸⁾. Azioni quali il boicottaggio e l'acquisto di prodotti del commercio equo e

and wrong, good and bad» (A. O. SALONEN, *Responsible Consumption*, in AA.VV., *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, a cura di S. O. Idowu, N. Capaldi, L. Zu, A. Das Gupta, Berlin-Heidelberg 2013, 2048 ss., qui 2048).

⁽¹⁶⁾ F. GESUALDI, *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale* (1999), Milano 2002, 67-68. Si tratta dunque, per esempio, di acquistare «beni e servizi da imprese che rispettano il divieto di sfruttare il lavoro minorile, non inquinano l'ambiente o che devolvono una parte dei loro ricavi a fini di beneficenza, ecc.» (M. LORI, F. VOLPI, *Scegliere il "bene". Indagine sul consumo responsabile*, Milano 2007, 15). Sul consumo critico, si veda anche S. TOSI, *Il consumo critico*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 102 ss.

⁽¹⁷⁾ R. PALTRINIERI, *Riflessioni sul consumatore responsabile*, in *Sociologia del lavoro*, 2008, n. 4, 69 ss., qui 71. Il passo mette già in luce l'esistenza di uno stretto legame che, con la responsabilità del consumatore, intrattengono l'informazione e l'educazione di quest'ultimo. Sul punto si tornerà più in dettaglio in seguito.

⁽¹⁸⁾ R. PALTRINIERI, *Felicità responsabile. Il consumo oltre la società dei consumi*, Milano 2012, 126.

solidale, di conseguenza, rientrano nel consumerismo politico. Si può quindi affermare che, in questo caso, il consumo viene scelto come «leva per perseguire finalità di tipo politico» ⁽¹⁹⁾ e che ciò porta a un «processo di politicizzazione del mercato» ⁽²⁰⁾.

Queste considerazioni contribuiscono a dare un'idea più precisa del consumo responsabile, ma bisogna aggiungere che la determinazione dei comportamenti richiesti al consumatore responsabile dal dovere prima descritto e l'elaborazione dei giudizi di valore richiamati in precedenza non è sempre facile: non è sempre agevole prevedere le conseguenze di una scelta di consumo ⁽²¹⁾ e, in ogni caso, la possibilità di dilemmi etici non può essere esclusa ⁽²²⁾.

5. Il legame con informazione ed educazione

Esaminata la natura della responsabilità di cui si parla quando si tratta della figura del consumatore responsabile, è possibile parlare del legame che essa intrattiene con l'informazione e l'educazione dello stesso.

⁽¹⁹⁾ R. PALTRINIERI, *Felicità responsabile*, cit., 127.

⁽²⁰⁾ R. PALTRINIERI, *Felicità responsabile*, cit., 127. Sul consumerismo politico, si vedano anche: AA.VV., *Consumi e partecipazione politica. Tra azione individuale e mobilitazione collettiva*, a cura di S. Tosi, Milano 2006; D. STOLLE, M. MICHELETTI, *Political Consumerism. Global Responsibility in Action*, Cambridge 2013; M. MICHELETTI, *Political Virtue and Shopping. Individuals, Consumerism, and Collective Action*, New York 2003, in particolare 2-3: «The term *political consumerism* [...] represents actions by people who make choices among producers and products with the goal of changing objectionable institutional or market practices. Their choices are based on attitudes and values regarding issues of justice, fairness, or noneconomic issues that concern personal and family well-being and ethical or political assessment of favorable and unfavorable business and government practice. Political consumers are the people who engage in such choice situations. They may act individually or collectively. Their market choices reflect an understanding of material products as embedded in a complex social and normative context».

⁽²¹⁾ Per esempio, a partire dalla considerazione che le condotte del consumatore etico, «in particolare quelle di astensione generalizzata dai consumi o il boicottaggio, sembrano prescindere da una puntuale razionalizzazione degli effetti che potrebbero sortire» (M. LORI, F. VOLPI, *Scegliere il "bene"*, cit., 80), è stato messo in rilievo che «sul piano cognitivo quest'operazione in molti casi non è per nulla facile da compiersi: sul piano individuale, come valutare puntualmente le ricadute positive che ha la scelta di utilizzare la bicicletta anziché l'automobile? O il mancato acquisto di un bene prodotto da una multinazionale? O, ancora, la spesa effettuata in una Bottega del Commercio equo e solidale? Non è agevole immaginare le conseguenze di queste opzioni» (M. LORI, F. VOLPI, *Scegliere il "bene"*, cit., 80).

⁽²²⁾ «This is the world where a consumer wanting to buy filter coffee, for example, ponders over which product to buy: fair-trade coffee, or bird-friendly coffee, or organic coffee, etc? Why not all? In fact, such ethical dilemmas – within broadly ethical food choices – are common» (T. LANG, *From 'value-for-money' to 'values-for-money'? Ethical food and policy in Europe*, in *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2010, n. 8, 1814 ss., qui 1824).

Conferme relative all'esistenza del legame in questione provengono da alcune riflessioni di Antonio Punzi, che evidenzia la rilevanza dell'informazione rispetto al consumerismo politico, menzionato in precedenza:

Si assuma come esempio un consumatore che abbia interesse ad esprimere le proprie preferenze sulla base di un'adeguata conoscenza di tutte le informazioni *lato sensu* pertinenti rispetto a ciascun prodotto, dunque non solo alla sua composizione fisico-chimica o agli effetti sulla salute, ma all'intera filiera della produzione e distribuzione e in generale al rispetto delle leggi vigenti da parte dell'impresa: dal modo in cui il produttore si è approvvigionato delle materie prime e dei macchinari, al trattamento ricevuto dai suoi dipendenti, alle misure adottate per lo smaltimento dei rifiuti industriali; dal modo in cui il prodotto viene confezionato, trasportato, distribuito alle condizioni in cui lavorano gli addetti alla fase terminale della filiera; dalle comunicazioni commerciali prescelte per rappresentare il prodotto fino all'adempimento degli obblighi fiscali.

Nel momento in cui fossero disponibili e facilmente accessibili tali informazioni, un tale consumatore potrebbe compiere la sua decisione di acquisto non più solo sulla base dell'abitudine, del "sentito dire" o valutando il prezzo e il suo rapporto con la qualità, ma anche in ragione della 'storia' del prodotto, dunque delle tracce in esso impresse dall'intero processo produttivo. Una decisione economica assunta secondo una simile logica ben potrebbe addirittura essere considerata una vera e propria scelta politica, in quanto intesa, sul medio e lungo periodo, ad incidere sul sistema produttivo, indirettamente inducendo l'impresa ad assumere condotte responsabili in quanto idonee ad accrescere il suo capitale reputazionale fino a rendere maggiormente appetibili i suoi prodotti ⁽²³⁾.

La ragione del riferimento a un'adeguata informazione è chiara: un consumatore responsabile cerca di dotarsi di informazioni relative a beni o servizi presenti sul mercato come quelle indicate nel passo appena citato, in modo da ottenere le conoscenze necessarie perché possa effettuare delle decisioni economiche che siano anche scelte politiche. Considerazioni di questo tipo sono facilmente estendibili a tutte le forme di consumo responsabile. L'informazione è dunque strettamente connessa all'essere consumatori responsabili, perché costituisce un presupposto della possibilità di adempiere al dovere che un consumatore deve prendere seriamente per poter essere qualificato come responsabile.

Anche l'educazione intrattiene un analogo legame con la responsabilità del consumatore, come suggerisce il seguente passo:

(23) A. PUNZI, *Convienne, all'impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabile?*, in AA.VV., *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, a cura di F. Ciaramelli, F. G. Menga, Napoli 2017, 367 ss., qui 378-379.

non può escludersi che l'utente/consumatore, specie se adeguatamente educato, trasformi la propria decisione economica nell'attribuzione di un valore che da un lato possa rappresentarlo socialmente come portatore di preferenze responsabili, anziché come dissolto in una massa indistinta di fruitori passivi e acritici, dall'altro possa incidere sugli assetti del mercato ⁽²⁴⁾.

A questo punto, però, è bene chiedersi quale relazione intercorra tra la nozione di educazione del consumatore e la nozione di informazione del consumatore. Al riguardo, le tesi che possono essere sostenute sono essenzialmente due: una tesi della "distinzione debole" e una tesi della "distinzione forte" ⁽²⁵⁾.

In primo luogo, in base alla tesi della distinzione debole, la differenza tra informazione ed educazione del consumatore è di natura quantitativa: in entrambi i casi si ha a che fare con la messa a disposizione di nozioni al consumatore, ma le nozioni messe a disposizione sono di più nel caso dell'educazione, di meno nel caso dell'informazione. Dal punto di vista della quantità delle nozioni che vengono indirizzate al consumatore, dunque, l'educazione sarebbe una forma di informazione di livello superiore, mentre l'informazione sarebbe una forma di educazione di livello inferiore.

In secondo luogo, in base alla tesi della distinzione forte, la differenza tra informazione ed educazione del consumatore è di natura qualitativa: educare il consumatore è attività diversa da quella consistente nell'informarlo nel senso che, se l'informazione consiste nella trasmissione di nozioni, l'educazione è qualcosa di diverso da ciò. Questa seconda tesi è ricavabile da molteplici riflessioni sul diritto dei consumatori, sviluppate dalla dottrina che si è occupata del diritto all'informazione e del diritto all'educazione dei consumatori e che precisa in cosa esattamente consista l'attività, distinta dall'informare, dell'educare il consumatore. Mentre informare, in questo caso, significa semplicemente mettere a disposizione delle informazioni, educare «non si limita [...] ad informare sulle caratteristiche tecniche delle diverse tipologie di prodotto» ⁽²⁶⁾, ma consiste nel trasmettere la «capacità di interpretare i dati e di confrontarli correttamente» ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ A. PUNZI, *Conviene, all'impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabile?*, cit., 377.

⁽²⁵⁾ Questa contrapposizione fra i due tipi di distinzione appena indicati è accostabile a quella fra due tipi di distinzione fra regole e principi (anch'esse note come "distinzione debole" e "distinzione forte"): per una ricostruzione di questa seconda contrapposizione, si veda G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa 2016, 76 ss.

⁽²⁶⁾ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, n. 2, 349 ss., qui 356.

⁽²⁷⁾ G. TADDEI ELMI, *Art. 4, AA.VV., Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova 2007, 65 ss., qui 70. Di conseguenza, come già si è detto, «L'educazione si differenzia [...]

Chiarito il contenuto delle due tesi, bisogna interrogarsi su quale delle due sia da preferire. Il motivo per cui la seconda tesi sembra preferibile è da ravvisarsi nelle previsioni normative degli ordinamenti giuridici odierni che ascrivono entrambi i diritti qui coinvolti ai consumatori. Se la differenza tra informare ed educare il consumatore fosse una questione di grado, allora non servirebbe prevedere il contemporaneo operare dei due diritti, perché basterebbe prevedere l'operatività del diritto all'educazione e, nei casi in cui non si ritenesse necessario destinare al consumatore la quantità di nozioni assicurata da questo diritto, prevedere l'operatività del diritto all'informazione; o, altrimenti, basterebbe prevedere l'operatività del diritto all'informazione e, nei casi in cui non si ritenesse sufficiente destinare al consumatore la quantità di nozioni assicurata da questo diritto, prevedere l'operatività del diritto all'educazione. Tuttavia, il diritto all'educazione non opera a partire dal momento in cui il diritto all'informazione non viene più ritenuto sufficiente e il diritto all'informazione non opera a partire dal momento in cui il diritto all'educazione non viene più ritenuto necessario.

È allora possibile concludere la presente riflessione rilevando come informazione ed educazione siano connesse alla responsabilità del consumatore intesa come virtù in quanto contemporanei presupposti dell'adempimento del dovere del consumatore che, se preso seriamente da parte di quest'ultimo, permette di qualificarlo come responsabile. In altre parole, informazione ed educazione aprono, insieme, alla possibilità di essere considerati consumatori responsabili "di successo".

Bibliografia

AA.VV., *Consumi e partecipazione politica. Tra azione individuale e mobilitazione collettiva*, a cura di S. Tosi, Milano 2006.

BELVEDERE A., JORI M., LANTELLA L., *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano 1979.

CASATI D., SALI G., *Introduzione*, in AA.VV., *Il contenuto sociale dei prodotti. Indagine sul consumo responsabile*, a cura di D. Casati, G. Sali, Milano 2005, 7 s.

GESUALDI F., *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale* (1999), Milano 2002.

HART H. L. A., *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* (1968), Milano 1981.

JASTRZEBSKA E., *The responsible consumer as an answer to new sustainable development challenges*, in *Ekonomia i Środowisko*, 2017, n. 1, 198 ss.

JORI M., PINTORE A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino 2014.

dall'informazione, in quanto non consiste nella semplice messa a disposizione di una serie di dati» (G. TADDEI ELMI, *Art. 4*, cit., 70).

- LANG T., *From 'value-for-money' to 'values-for-money'? Ethical food and policy in Europe*, in *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2010, n. 8, 1814 ss.
- LANZINI P., *Responsible Citizens and Sustainable Consumer Behavior. New Interpretive Frameworks*, Abingdon-New York 2018.
- LORI M., VOLPI F., *Scegliere il "bene". Indagine sul consumo responsabile*, Milano 2007.
- MICHELETTI M., *Political Virtue and Shopping. Individuals, Consumerism, and Collective Action*, New York 2003.
- PALTRINIERI R., *Riflessioni sul consumatore responsabile*, in *Sociologia del lavoro*, 2008, n. 4, 69 ss.
- PALTRINIERI R., *Felicità responsabile. Il consumo oltre la società dei consumi*, Milano 2012.
- PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica* Pisa, 2016.
- PUNZI A., *Convienne, all'impresa che persegue il profitto, agire in modo responsabile?*, in AA.VV., *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, a cura di F. Ciaramelli, F. G. Menga, Napoli 2017, 367 ss.
- ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, n. 2, 349 ss.
- SALONEN A. O., *Responsible Consumption*, in AA.VV., *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, a cura di S. O. Idowu, N. Capaldi, L. Zu, A. Das Gupta, Berlin-Heidelberg 2013, 2048 ss.
- SANTONI DE SIO F., *Responsabilità*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma 2015, 117 ss.
- STOLLE D., MICHELETTI M., *Political Consumerism. Global Responsibility in Action*, Cambridge 2013.
- TADDEI ELMI G., *Art. 4*, in AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova 2007, 65 ss.
- TOSI S., *Il consumo critico*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 102 ss.
- ZAMAGNI S., *Il consumatore socialmente responsabile: note sulla Caritas in veritate*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 111 ss.
- ZAMBON A., *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, Pisa 2020.