

Giapeto Editore

# *Gazzetta* **FORENSE**

Rivista scientifica

Luglio - Agosto 2023

Come funziona il salario minimo di legge

PAOLO MARITI

---

L'oblio oncologico, "figlio" del diritto all'oblio:  
verso una definitiva affermazione?

FILIPPO LOR»

---

Il consenso informato nella vaccinazione anti-  
Covid con particolare riferimento ai soggetti  
incapaci

FRANCESCA MITE

---

Responsabilità da reato dell'ente collettivo

ANDREA R. CASTALDO

---

in collaborazione con



# Gazzetta FORENSE

Rivista scientifica

Bimestrale

Anno 16 - Numero 4 - Luglio/Agosto 2023

**DIRETTORE RESPONSABILE**

Francesco Fimmano

**CONSULENTE EDITORIALE**

Roberto Dante Cogliandro

**COMITATO EDITORIALE**

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis, Flora Pirozzi

**REDAZIONE**

Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Elia Scafuri, Cristina Spizuoco

**EDITORE**

Giapeto Editore Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

**PROPRIETARIO**

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

**COMITATO DI REDAZIONE**

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Massimiliano Atelli, Almerina Bove, Maria Vittoria Bramante, Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Andrea Castaldo, Michele Corleto, Francesco Cossu, Nicola D'Agnesse, Corrado d'Ambrosio, Marcello d'Aponte, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Angelo Maietta, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Francesco Marini, Roberta Marino, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Marco Naddeo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Gianluigi Passarelli, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Roberto Ranucci, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scutto, Mariano Valente

**COMITATO SCIENTIFICO**

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Agostino De Caro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmano, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Francesca Galgano, Chuma Himonga, Manlio Ingrosso, Alberto Lucarelli, Francesco Saverio Marini, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio †, Vito Tenore, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesoro †

**COMITATO DI VALUTAZIONE**

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

*Rassegne di giurisprudenza a cura di*

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo della Priscogli, Antonio De Simone, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*) dell'autore e del valutatore. A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni designati dal comitato scientifico.

**N. REGISTRAZ. TRIBUNALE**

n. 21 del 13/03/2007

**GRAFICA E IMPAGINAZIONE**

Gianni Ascione, Napoli

**STAMPA E ALLESTIMENTO**

Print Sprint, Napoli

ISSN 1971-7881

*in collaborazione con*

  
**PEGASO**  
Università Telematica

**Università  
Mercatorum**  
  
Università telematica delle  
Camere di Commercio Italiane

  
**Università  
San Raffaele**  
Roma

# SOMMARIO

## Editoriale

COME FUNZIONA IL SALARIO MINIMO DI LEGGE .....	517
di Paolo Mariti	

## Diritto e procedura civile

L'OBLIO ONCOLOGICO, "FIGLIO" DEL DIRITTO ALL'OBLIO: VERSO UNA DEFINITIVA AFFERMAZIONE? .....	522
di Filippo Lorè	

IL CONSENSO INFORMATO NELLA VACCINAZIONE ANTI-COVID CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI SOGGETTI INCAPACI .....	531
di Francesca Mite	

L'AI ACT, TRA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E PROSPETTIVE DI SVILUPPO INDUSTRIALE .....	539
di Nicola Balduzzi, Brando Benifei	

LA NATURA, ORMAI, TRANS-TIPICA DELLA DISCIPLINA CIVILISTICA DI REPRESSIONE DELL'USURA ED IL COLLEGAMENTO CON L'ANATOCISMO: UN TENTATIVO DI LETTURA INNOVATIVA .....	551
di Giuseppe Rosanova	

TUTELA DEL MARCHIO: COSA SUCCEDDE DOPO LA BREXIT? .....	574
di Linda Giovanna Vacchiano	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	589
a cura di Mario De Bellis	

RASSEGNA DI MERITO .....	593
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

## Diritto e procedura penale

RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE COLLETTIVO .....	598
di Andrea R. Castaldo	

BENEFICIO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA PUÒ ESSERE SUBORDINATO AL RISARCIMENTO DEL DANNO ED ALL'OBBLIGO DELLA RESTITUZIONE DEI BENI CONSEGUITI PER EFFETTO DEL REATO SOLO IN CASO DI COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE .....	603
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	607
a cura di Andrea Alberico	

RASSEGNA DI MERITO .....	610
a cura di Giuseppina Marotta	

## Diritto amministrativo e costituzionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (D.Lgs. 18 Aprile 2016, n. 50) .....	614
a cura di Almerina Bove	

## Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ..... 620  
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli

## Focus

a cura di Mariano Valente, *Avvocato dello Stato*

### DIRITTO CIVILE

Sul riconoscimento dell'indennizzo per ingiusta detenzione agli eredi di militari nei campi di prigionia tedeschi ..... 628  
di Elia Scafuri

### DIRITTO PENALE

Sull'applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli Enti: il Tribunale di Bari riapre la *querelle* ..... 632  
di Myriam Di Domenico

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulla decorrenza del *dies a quo* del passaggio in giudicato della sentenza del giudizio di revocazione ..... 636  
di Corrado Elia

## Recensioni

LE RAGIONI DI UN'ASSENZA. RECENSIONE A ROSANNA FATTIBENE, POVERTÀ E COSTITUZIONE  
Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 ..... 642  
di Matteo Greco

INDICE DELLE SENTENZE ..... 648

Paolo Mariti

già Professore Ordinario di Economia Applicata, Università di Pisa

## Editoriale

### Come funziona il salario minimo di legge

L'intera questione del salario minimo nasce in Italia tardivamente rispetto a molti altri paesi europei ed in risposta non ad un solo "fallimento" – quale quello della contrattazione tra le parti coinvolte – ma anche alle vere e proprie "insufficienze" dei mercati del lavoro. Soprattutto dopo i lavori di Douglas North – risalenti agli anni '90 – sappiamo che le istituzioni (intese sia come organizzazioni che come norme) falliscono nei loro obiettivi e risultati a seguito di loro atti e comportamenti. Ciò già era noto per i mercati, per i quali le cause di "fallimento" sono state via via enucleate ed approfondite da maggior tempo affidandone il contrasto e superamento alla legislazione antitrust amministrata da relative Autorità, come anche in Italia (sebbene pure qui tardivamente a partire dal 1990) e a norme governative.

La questione in Italia è resa particolarmente intricata dal fatto che, da una parte, la nostra Costituzione affida la materia alla contrattazione tra le parti sociali – come deve essere nelle democrazie operanti e sane – ma essa non è stata pienamente attuata in fatto di rappresentanza sindacale (una grossa sfaccettatura del fallimento suddetto) e, dall'altra, dalla persistente convinzione in molti quartieri operativi (e non soltanto) che i mercati siano in grado di dare la migliore risposta alla formazione del prezzo del fattore lavoro, come di tutti gli altri fattori. In circostanze come queste non sorprende che si cerchi una risposta facendo intervenire lo Stato, ovvero il Governo, per via legislativa al fine di stabilire un salario minimo legale (s.m.l. d'ora in poi), un pavimento al disotto del quale si può parlare di sfruttamento della mano d'opera e, dietro controlli, si incorre in sanzioni di legge. I recenti ricorsi alla Magistratura in tema di salari "da fame" e di "violazione della Costituzione" certificano proprio questo duplice fallimento.

Siamo di fronte, dunque, a ben due fallimenti che si rafforzano e rendono la materia complessa, confondente e incandescente anche perché carica di ideologismi. Ne è indizio il fatto che nel polverone del dibattito si attribuisce al s.m.l. una gamma di potenzialità e di effetti così vasta che già da sola dovrebbe insospettire, in quanto con un solo strumento di politica economica difficilmente si può conseguire molto più di un obiettivo o due alla volta, a meno che siano strettamente collegati. Maggiore occupazione in generale

e reddito per i lavoratori lo sono in modo abbastanza diretto. Va detto subito allora che l'obiettivo centrale del s.m.l. dovrebbe essere quello di far crescere i salari della manodopera poco o non qualificata per ridurre il disagio e la povertà anche con la crescita occupazionale o la riduzione della disoccupazione. Come è nell'auspicio di molti di coloro che vedono di buon occhio la sua l'introduzione.

Senza esaurire l'elencazione, v'è poi chi sostiene che la sua istituzione porterebbe a maggiore giustizia sociale, a riduzione delle disuguaglianze nella distribuzione del reddito; sarebbe strumento idoneo per realizzare la tanto auspicata crescita dei salari per scatenare effetti innovativi sulla stessa struttura produttiva arretrata, particolarmente per quanto attiene la produttività; addirittura potrebbe essere un grimaldello utile per scardinare l'organizzazione del lavoro in una economia di mercato capitalistico come la nostra. Troppo spesso si dimentica, o si omette di ricordare, che la gran parte dei contratti collettivi in Italia già prevede dei minimi retributivi, minimi che dovrebbero essere fatti rispettare e semmai dovevano essere aggiornati con rinnovi contrattuali (altra sfaccettatura dei sopradetti "fallimenti") o fatti rispettare con adeguati controlli.

In questo quadro confuso, penso che il miglior contributo che un economista possa dare in materia sia quello di chiarire, per quanto possibile allo stato della ricerca, come funziona il s.m.l. una volta introdotto, prescindendo dalle enormi difficoltà anche statistiche, oltre che "politiche", di fissarne il livello iniziale valido per tutti e le modalità dei suoi adeguamenti successivi. Finché non è sufficientemente chiaro come un s.m.l. opera rimarrà sempre il dubbio per molti su quali effetti possa conseguire (e con quale intensità) e la stessa accettazione dell'idea da parte di altri apparirà non motivata in quanto non si spiega in che senso la sua introduzione sia fattibile e utile in vista di ottenere i suddetti obiettivi.

Si tratta purtroppo di materia circa la quale il semplice buon senso, che per Kant era il fratellino minore della ragione, può non bastare. Così quando si passa a considerare gli effetti di un provvedimento come questo in campo economico e sociale occorre considerare in primo luogo le caratteristiche strutturali dei mercati ai quali si rivolge ed in particolare la forma di concorrenza in essi. In analisi più avanzate entrano poi

le caratteristiche della manodopera (qualificazione e non; complementarietà e sostituibilità delle varie qualifiche; età e genere del lavoratore, area geografica...) e naturalmente la presenza di contratti collettivi di vario livello e loro grado di copertura e applicazione sul campo e via discorrendo. Tipicamente i mercati del lavoro possono essere competitivi od invece caratterizzati da elementi di monopsonio (un parolone da cercare su wikipedia!), forma di mercato che rientra nella casistica dei "fallimenti" di mercato. Nel primo caso si intende che sono le forze della domanda e dell'offerta a determinare il salario prevalente; nel secondo, che esiste una forte asimmetria contrattuale tra datore di lavoro, da una parte, e lavoratore, dall'altra, nel senso che è fondamentalmente il primo in grado di dettare le condizioni di lavoro ed *in primis* la retribuzione oraria, laddove il secondo è più o meno costretto ad accettare.

Quando si parla di monopsonio (monopolio dunque dal lato della domanda) viene fatto di pensare alle grandi strutture imprenditoriali. Il che è in certi casi vero, ma molto importanti nel campo in oggetto sono anche certe medie, piccole e piccolissime imprese, molto diffuse in Italia. La casistica si ritrova in aree agricole ristrette di produzione e raccolta dei prodotti, in segmenti minuti di produzioni manifatturiere parcellizzate e decentrate, nelle filiere produttive sfilacciate, nei subappalti a cascata, nei servizi di trasporto e consegna di cose ed alle persone e molto altro ancora. Il tutto copre sicuramente una importante quota dell'economia del paese.

Come può funzionare in questo contesto il salario minimo stabilito per legge? Chi offre lavoro domanda un reddito monetario in cambio di esso e dell'impegno che vi dedica, quest'ultimo spesso la sola variabile sotto il suo controllo. Il monopsonista è disposto a pagare se l'operazione è per lui non eccessivamente costosa e resta redditizia in termini di prodotto addizionale ottenibile dall'unità di lavoro. Una impresa monopsonistica, grande o piccola che sia, a differenza di un'impresa in mercati concorrenziali che per definizione "prende" il salario prevalente su quel mercato, sa bene che la sua domanda di lavoro influenza il tasso salariale. Ogni aumento di salario orario si riflette sui suoi costi e da ultimo sui suoi profitti in due modi: 1) deve pagare un salario più alto per ogni nuovo lavoratore assunto e 2) offrire un aumento di paga a tutti coloro che sono già occupati presso l'impresa per evitare che se ne vadano altrove o diminuiscano il loro impegno. Il monopsonista è talora ossessionato dall'idea che se intende assumere lavoro addizionale la sua convenienza decresce irrimediabilmente e in modo significativo. Per questo motivo è molto restio ad aumentare l'occupazione.

Quanto detto fin qui vale nel caso di assenza di s.m.l. Per ragioni simili nei mercati del lavoro sufficientemente competitivi si può mostrare analiticamente e verificare con dati che un aumento del salario,

per qualsiasi ragione, porta alla diminuzione dell'occupazione e conseguentemente del reddito al lavoro.

Nel caso di introduzione di un s.m.l che, per avere senso, sarà fissato ad un livello superiore a quello prevalente sul "mercato", il monopsonista si rende conto che può assumere ulteriore mano d'opera a costi addizionali costanti. Questa certezza lo spinge, e secondo molte ricerche lo porta, ad aumentare l'occupazione nella sua impresa e distribuire pertanto maggior reddito, particolarmente se i mercati del suo prodotto sono in crescita e/o sono remunerativi con ciò conferendo elasticità alla sua domanda di lavoro. Tali effetti dipendono senza dubbio anche dalla differenza tra il livello del s.m.l. e quello che prevale sul mercato e per questo la fissazione di un s.m.l. è operazione che richiede molta attenzione e misura. Questi effetti positivi del s.m.l. nei mercati del lavoro poco competitivi sono dimostrabili con l'analisi e risultano suffragati da un numero crescente di ricerche internazionali sul campo che ne misurano anche l'intensità quantitativa, questa però valida solo nei casi di studio. Molti dubbi invece restano su altri obiettivi spesso ventilati (riduzione delle disuguaglianze retributive, disuguaglianze geografiche, di genere ed età, sostituzione di capitale a lavoro a fini innovativi, ...). Insomma l'intervento legislativo altera il quadro operativo delle imprese nel senso che esse ora "prendono il salario" rendendosi conto di poter assumere ulteriore lavoro senza che ciò comporti insostenibili aumenti complessivi di costo. Niente toglie che, compatibilmente con la redditività complessiva dell'impresa, essa aumenti l'occupazione anche con un salario maggiore di quello legale.

Per concludere, il s.m.l. è in grado di fornire in modo diretto una protezione per coloro che si trovano nei dintorni o al fondo della scala retributiva in molti comparti dell'economia aumentandone il reddito. Inoltre raggiunge quelle fasce di mano d'opera che i sindacati più difficilmente riescono a coprire con la contrattazione collettiva, facendo diminuire la disoccupazione. Ciò comporta ridotta erosione del loro potere contrattuale nel complesso. Naturalmente al momento di stabilirne il livello per legge si dovrà scegliere un livello "appropriato" rispetto a quello prevalente, perché oltre una certa misura di aumento gli effetti positivi si attenuano o possono anche del tutto sparire. Esiste un consenso diffuso, comunque, che sia obbligatorio per tutti e da intendersi non netto, ma al lordo dei consueti ratei retributivi.

Due osservazioni finali. Un s.m.l. è o deve essere "giusto"? Esso è pur sempre un prezzo e, piaccia o non, nelle economie di mercato caratterizzate da articolatissima divisione del lavoro come in Italia i mercati e i prezzi servono per determinare l'organizzazione dei fattori di produzione e la loro allocazione settoriale efficiente ai fini della produzione della torta sociale. L'economia, come disciplina, non è in grado di rispondere alla domanda di quale sia il minimo "ideale",

quello che retribuisce tutti gli aspetti e le esigenze di un fattore come il lavoro così inestricabilmente connesso con la persona umana tutta nel contesto della sua vita anche di relazione. Da questo punto di vista è la distribuzione del reddito che conta, materia che riguarda in generale l'ordinamento fiscale di un paese. Tuttavia il s.m.l. può sempre essere accompagnato da una qualche modulazione di un reddito di cittadinanza (o come altro si voglia qualificare) che, attenzione, è un trasferimento di risorse pubbliche, mentre il s.m.l. grava sulle imprese.

Così come nel caso del salario "giusto" anche in quello del salario legale "appropriato" (come livello) l'economia come disciplina non ha risposte nette da dare. Un governo consapevole non può davvero impegnarsi ad introdurre per legge un salario minimo senza attenta ricerca e senza verificarne la misura con consultazioni dirette con le rappresentanze sindacali. E non può non prendere in considerazione e far presente ai cittadini il fatto incontrovertibile che, comunque, se esso costituisce un necessario passo avanti per una società che desidera definirsi civile, non è però sufficiente a risolvere i problemi delle disuguaglianze, di garantire un dignitoso tenore di vita ai lavoratori e loro famiglie perché di salario orario si tratta, solo parte costitutiva di un reddito complessivo mensile e annuale.



## Diritto e procedura civile

L'OBLIO ONCOLOGICO, "FIGLIO" DEL DIRITTO ALL'OBLIO: VERSO UNA DEFINITIVA AFFERMAZIONE? .....	522
di Filippo Lorè	
IL CONSENSO INFORMATO NELLA VACCINAZIONE ANTI-COVID CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI SOGGETTI INCAPACI .....	531
di Francesca Mite	
L'AI ACT, TRA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E PROSPETTIVE DI SVILUPPO INDUSTRIALE .....	539
di Nicola Balduzzi, Brando Benifei	
LA NATURA, ORMAI, TRANS-TIPICA DELLA DISCIPLINA CIVILISTICA DI REPRESSIONE DELL'USURA ED IL COLLEGAMENTO CON L'ANATOCISMO: UN TENTATIVO DI LETTURA INNOVATIVA .....	551
di Giuseppe Rosanova	
TUTELA DEL MARCHIO: COSA SUCCEDA DOPO LA BREXIT? .....	574
di Linda Giovanna Vacchiano	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	589
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO .....	593
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	



## L'oblio oncologico, "figlio" del diritto all'oblio: verso una definitiva affermazione?

### abstract

*The present work intends to review the general right to be forgotten, which finds its genesis from national and international jurisprudence, as well as with the EU Reg. 2016/679, to then analyze the characteristics of the right to be forgotten oncology and its stringent correlations with the constitutional provisions, also in the light of the unified text of the law deposited in the Social Affairs Commission of the Chamber of Deputies, aimed at guaranteeing the right of the former patient not to suffer prejudices, on a social and economic level, due to the disease which has now passed.*

### keywords

*Right to be forgotten – Data protection – GDPR – Right to health.*

### abstract

*Il presente lavoro intende passare in rassegna il generale diritto all'oblio, che trova la sua genesi dalla giurisprudenza nazionale e internazionale, nonché con il Reg. UE 2016/679, per poi analizzare le caratteristiche del diritto all'oblio oncologico e le sue stringenti correlazioni con il dettato costituzionale, alla luce anche del testo di legge unificato e depositato in Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati, mirato a garantire il diritto dell'ex paziente a non subire pregiudizi, sul piano sociale ed economico, a causa della malattia ormai superata.*

### parole chiave

*Diritto all'oblio – Tutela della riservatezza – GDPR – Diritto alla salute.*

### sommario

1. Considerazioni preliminari sul diritto all'oblio. – 2. Brevi riferimenti ad orientamenti giurisprudenziali. – 3. Il diritto all'oblio oncologico. – 4. Conclusioni.

#### 1. Considerazioni preliminari sul diritto all'oblio

L'applicazione del diritto all'oblio ha da sempre incontrato grande interesse, ma, allo stesso tempo solleva tematiche inesplorate. Viene in evidenza come tale diritto divenga diretta traduzione degli assunti de-

sumibili dalla disamina degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, i quali prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico dei provider dei servizi della società dell'informazione<sup>1</sup>, bensì sull'interesse generale della collettività ad accedere ad informazioni, oramai estranee all'interesse pubblico, concernenti lo status di una determinata persona fisica<sup>2</sup>. Episodi concretizzati in un dato arco temporale possono, in un differente momento storico, non coincidere più con la posizione sociale di un interessato. Divengono, dunque, condizioni imprescindibili la "contestualizzazione e la storicizzazione"<sup>3</sup>. Nella disputa tra la "verità della storia e l'identità attuale"<sup>4</sup>, come si dirà anche per quello oncologico<sup>5</sup>, emerge il

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Verso una Dichiarazione dei Diritti in Internet*, disponibile al seguente link [http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload\\_file/upload\\_files/000/000/193/Internet\\_Libe.pdf](http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/upload_file/upload_files/000/000/193/Internet_Libe.pdf) [10.07.2016]

<sup>2</sup> Cass. 24 novembre 2022, n. 34658, in *Dir. Giust.*, 25 novembre 2022, con nota redazionale di I.M. ALAGNA, *Google e il diritto all'oblio: il Garante Privacy può ordinare la deindicizzazione anche sulle versioni Extraeuropee*.

<sup>3</sup> G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 391 ss.

<sup>4</sup> I. RIVERA, *Il silenzio della memoria: la tutela del diritto all'oblio dalla sentenza Google Spain al Regolamento UE 2016/679*, in *Cyberspazio e dir.*, 2018, p. 77 ss.

<sup>5</sup> L'iter del citato diritto, prima del testo unificato, cui si farà riferimento, è stato il seguente. Parlamento italiano, Disegni di legge S.2548 («Disposizioni in materia di parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Boldrini, S.2607 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Binetti, S.2643 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio oncologico», ritirato in data 28 giugno 2022) e S.2656 («Disposizioni in materia di «diritto all'oblio oncologico»»), XVIII leg., primo firmatario on. Conzatti, S.2660 («Disposizioni in materia di diritto all'oblio delle persone che sono state affette da patologie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Gaudiano, proposte di legge C.3548 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Marrocco, C.3561 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Trizzino, C.3563 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche»), XVIII leg., primo firmatario on. Rizzetto, C.3611 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la

diritto all'oblio<sup>6</sup>.

In questo scenario, dunque, si afferma la crescente consapevolezza che il c.d. *right to privacy* si compone essenzialmente di tre titoli, il diritto al rispetto dell'identità personale, il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali, collocati in una visione più ampia, finalizzata alla tutela delle libertà fondamentali delle persone fisiche, dissimilmente rispetto a quanto sancito dalla passata Direttiva UE 95/46, improntata all'unica e più stringente garanzia dell'interessato<sup>7</sup>.

Innanzitutto, però, il diritto alla privacy non rappresenta una prerogativa assoluta<sup>8</sup>, quanto, piuttosto, necessita di idonee esigenze di bilanciamento, in presenza di tutele coesistenti. Appare pacifico rilevare, altresì, come il diritto all'oblio, calato nel contesto della vorticoso società tecnologica, sia stato magnetizzato dall'evoluzione digitale e dalla dilagante iperattività del *web*, che impattano anche sullo stesso bilanciamento, ridefinendo, a titolo esemplificativo, il confine tra diritto all'informazione e diritto all'oblio. Il ricorso ad algoritmi e sistemi di Intelligenza artificiale e le relative implicazioni in termini di etica e protezione dei dati personali evidenziano un interesse pubblicistico alla conformità dei trattamenti rispetto al Regolamento UE 2016/679 che permea, di concerto con l'attività istituzionale svolta dalle Autorità di controllo, parte del sistema di *governance* della società digitale<sup>9</sup>.

Cosicché, l'accrescimento del predominio della memoria digitale ha contribuito a determinare un costante mutamento delle peculiarità del diritto all'oblio che, secondo l'orientamento dottrinale e giurispru-

tela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche», XVIII leg., primo firmatario on. Carnevali, e C.3666 («Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche, nonché in materia di organizzazione delle attività di assistenza e riabilitazione oncologica»), XVIII leg., primo firmatario on. Villani.  
<sup>6</sup> M. C. D'ARIENZO, *I nuovi scenari della tutela della privacy nell'era della digitalizzazione alla luce delle recenti pronunce sul diritto all'oblio*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2014, p. 1 ss.; L. DE GRAZIA, *La libertà di stampa e il diritto all'oblio nei casi di diffusione di articoli attraverso Internet: argomenti comparativi*, in *Rivista Aic*, n. 4, 2013, p. 1 ss.; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno resp.*, 2014, p. 1101 ss.; T. E. FROSINI, *Google e il diritto all'oblio preso sul serio*, in *Dir. inf. e inform.*, n. 4-5, p. 563 ss.; T. E. FROSINI, *Internet come ordinamento giuridico*, in M. NISTICÒ e P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino, 2014, p. 57 ss.

<sup>7</sup> D. MESSINA, *Un diritto all'oblio "racchiuso" all'interno dei confini europei: alla ricerca di un bilanciamento multilivello dei diritti confliggenti nell'era digitale*, in *Dir. Pubb. Eur. Rass. Online*, n. 1, 2020.

<sup>8</sup> Il Considerando 4 al Reg. UE 2016/679, così recita: "[...] Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. [...]"

<sup>9</sup> P. SAMMARCO, *Diritto all'oblio e cancellazione delle copie cache del motore di ricerca*, in *Dir. inf. e inform.*, n. 2, 2022, p. 370 ss.

denziale<sup>10</sup>, dal primordiale *right to be forgotten* si è evoluto in diritto alla deindicizzazione<sup>11</sup>.

Pertanto, anche in riferimento al diritto all'oblio oncologico, è proprio sul terreno dei diritti digitali che si configura la partita circa la fattibilità di un raffronto tra le norme costituzionali nazionali e le disposizioni di derivazione europea<sup>12</sup>. Con riferimento all'esercizio dei diritti esercitabili dall'interessato e, più in particolare, del diritto che qui interessa, il legislatore europeo, all'art. 17, Reg. UE 2016/679<sup>13</sup>, impone l'obbligo, in capo al titolare del trattamento, al ricorrere di determinate circostanze, di provvedere alla cancellazione dei dati che riguardano le persone fisiche, a cui si collega lo speculare ulteriore obbligo di provvedervi "senza ingiustificato ritardo"<sup>14</sup>. Evidente, in tal senso, è l'intento del legislatore euronitario che, difformemente dalla pervasività del "digitale", predilige un approccio antropocentrico, diretto alla valorizzazione della dimensione individuale, mediante il governo sulle operazioni di trattamento in corso sui propri dati<sup>15</sup> e il riconoscimento delle libertà fondamentali.

In tale direzione si è mosso, storicamente, l'*Article 29 Working Group* che ha diramato le prime reali indicazioni per l'esecuzione della sentenza *Google Spain*<sup>16</sup>, analizzando la (allora) portata innovativa del diritto alla de-indicizzazione, l'iter da avviare per il suo esercizio, nonché il *test* di bilanciamento degli interessi

<sup>10</sup> Corte di Cassazione, 1° marzo 2023, n. 6116, dove viene rimarcato che "[...] la persistenza nel sito web di una testata giornalistica della risalente notizia del coinvolgimento di un soggetto in un procedimento penale, pubblicata nell'esercizio legittimo del diritto di cronaca, ma non aggiornata con i dati relativi all'esito di tale procedimento, non integra, di per sé, un illecito idoneo a generare una pretesa risarcitoria; tuttavia, il soggetto cui la notizia si riferisce ha diritto ad attivarsi per chiederne l'aggiornamento o la rimozione, con la conseguenza che l'ingiustificato rifiuto o ritardo da parte del titolare del sito è idoneo a comportare il risarcimento del danno patito successivamente alla richiesta (fermo l'onere di allegazione e prova del pregiudizio da parte dell'interessato) [...]".

<sup>11</sup> L. FERRARA, F. ROTA, *Le pubbliche amministrazioni e il diritto all'oblio*, in *Amministrativamente*, n. 2, 2023, p. 455 ss.

<sup>12</sup> Corte giust. UE, Grande Sez., 8 dicembre 2022, nella causa *TU, RE / Google LLC*.

<sup>13</sup> M. G. STANZIONE, *Libertà di espressione e diritto alla privacy nel dialogo delle corti. Il caso del diritto all'oblio*, in *Eur. e Dir. Priv.*, n. 3, 2020.

<sup>14</sup> N. BERNARDI (a cura di), *Privacy - Protezione e trattamento dei dati*, Milano, 2020.

<sup>15</sup> M. FARINA, *Il diritto all'oblio nella governance dell'identificazione*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2020.

<sup>16</sup> Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines On The Implementation Of The Court Of Justice Of The European Union Judgment On "Google Spain And Inc V. Agencia Española De Protección De Datos (Aepd) And Mario Costeja González"*, C-131/12, WP 225, Adopted on 26 November 2014, in <http://ec.europa.eu>; Corte giust. UE, Grande Sez., 13 maggio 2014, nella causa *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*; G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015.

coinvolti<sup>17</sup>. Ad ogni modo, i diritti della personalità divengono preminenti rispetto agli interessi economici del motore di ricerca, nonché sui diritti di soggetti terzi che, mediante la navigazione sul *web* (*internet*), chiedono l'accesso alle informazioni personali attraverso l'interrogazione del motore di ricerca, modulata sul nome della persona interessata<sup>18</sup>.

Invero, d'altra parte, viene sovente sminuito un ulteriore aspetto. Gli interessi legittimi perseguiti dai motori di ricerca, mirati a semplificare l'accesso degli *users* alle informazioni stanziate in *internet*, ad ottimizzare l'efficacia della diffusione delle informazioni in rete e, non in ultimo, a consentire la fruizione dei servizi offerti dall'*information technology*, collimano con tre diritti fondamentali, tutelati a mente della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, più precisamente, la libertà di informazione, la libertà di espressione e la libertà di impresa<sup>19</sup>.

Allora, come ribadito, si renderà necessario operare un bilanciamento in considerazione della natura e della tipologia dei dati trattati, vieppiù dell'interesse del pubblico alla conoscenza, tenendo adeguatamente conto del ruolo ricoperto dalla persona fisica, cui i dati si riferiscono nella vita pubblica, e dell'esigenza di preservare la propria storia clinica.

## 2. Brevi riferimenti ad orientamenti giurisprudenziali

In ordine alla amplissima materia del diritto all'oblio, è bene riprendere solo alcuni degli interventi giurisprudenziali, per meglio inquadrare il tema. A tal riguardo, si segnala, tra le altre, la sentenza della Corte Costituzionale sulla possibilità di rimuovere, per gli interessati colpiti da contravvenzione e correlata ammenda, le relative iscrizioni nel Casellario giudiziale<sup>20</sup>. La Consulta, analizzando le contrapposte esigenze, del *right to be forgotten* e della memoria dei reati (infrazioni penali di lieve entità), ha proposto per il riconoscimento del diritto all'oblio<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> J. MARTÍNEZ CALVO, *La responsabilità civile dei motori di ricerca per la violazione del diritto all'oblio nel diritto spagnolo ed europeo*, 18 *Actual Jur. Iberoamericana*, 2, 976-991 (2023); O. SPATARO, *Il diritto all'oblio tra definizione sostanziale e rimedi di tutela: riflessioni alla luce della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di deindicizzazione*, in *Dir. cost.*, n. 1, 2023, p. 113 ss..

<sup>18</sup> G. BUSIA, *Le operazioni dei motori di ricerca su internet vanno ricondotte al concetto di 'trattamento', commento a Corte di giustizia dell'Unione europea – Grande Sezione – Sentenza 13 maggio 2014 Causa C-131/12*, in *Guida dir.*, n. 24, 2014, p. 15 ss.

<sup>19</sup> O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, Università degli studi di Roma Tre, Collana "Consumatori e Mercato", Roma, 2015, p. 7 ss.

<sup>20</sup> Corte Costituzionale, Sentenza 4 ottobre 2010, n. 287. In merito, S. ALLEGREZZA, *Gli archivi di persona tra consultabilità, privacy e diritto all'oblio*, parte del volume AA.VV., *Rodolfo Palluchini: storie, archivi, prospettive critiche*, a cura di C. LORENZINI, Udine, 2019, p. 417 ss.

<sup>21</sup> A. C. SORRENTINO, *La tutela del diritto all'oblio con riferimento*

Ancora, la Corte Costituzionale ha analizzato il tema dell'oblio, in merito al diritto dell'adottato a ricercare i propri genitori biologici<sup>22</sup>, qualora non vi sia stato un espresso diniego di questi ultimi<sup>23</sup>, così come, in materia di prescrizione dei reati colposi, li dove al legislatore è fatta salva la possibilità di considerare, nell'ambito della propria discrezionalità, che, in rapporto a determinati delitti colposi, le preclusioni all'esercizio del diritto all'oblio<sup>24</sup> seguano le medesime logiche dei reati dolosi, motivando, in merito, l'inquadramento di entrambi ad un identico termine prescrizione<sup>25</sup>.

Degna di citazione è l'emblematica sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia UE<sup>26</sup>, nella causa C-131/12, riferita alla Direttiva 95/46, che ha contrapposto il motore di ricerca contro l'*Agencia Española de Protección de Datos* e l'interessato (cui le informazioni personali si riferivano), in ordine alla corretta applicazione della Direttiva 95/46/CE, nonché degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>27</sup>.

La Grande Sezione, in merito, si è pronunciata sul riconoscimento dei diritti dei cittadini europei, in relazione alle informazioni contenute sul *web* e replicate dai motori di ricerca, affermando che il lavoro di questi ultimi si sostanzia nel favorire il reperimento di informazioni diffuse da terzi in rete, nell'indicizzazione e memorizzazione del predetto patrimonio informativo, nonché nel garantire la disponibilità dei dati agli *users*, in un definito ordine di preferenza. Tale trattamento di dati personali, riveste, pertanto, carattere distinto e ulteriore rispetto all'attività svolta da editori di siti

*all'attività parlamentare*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, p. 191 ss.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, Sentenza n. 278/2013: accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biologica.

<sup>23</sup> Nella precedente sentenza 25 novembre 2005, n. 425, la Corte affermò che la finalità della norma fosse quella di assicurare, da un lato, che il parto avvenisse nelle condizioni ottimali tanto per la madre che per il figlio, e, dall'altro lato, di «*distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest'ultimo ben più gravi*». L'irrevocabilità degli effetti della scelta dell'anonimato della madre venne argomentata secondo una logica di rafforzamento dei corrispondenti obiettivi, escludendo che la decisione per l'anonimato potesse comportare, per la madre, «*il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta del figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall'autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà*».

<sup>24</sup> Garante per la protezione dei dati personali, Prov. 17 maggio 2023, n. 204 [doc. web n. 9903127]. L'Autorità ha ricordato che «*non si può procedere alla deindicizzazione di informazioni recenti quando a prevalere è l'interesse generale alla reperibilità delle notizie a causa della gravità delle condotte poste in essere dall'interessato*».

<sup>25</sup> Corte Costituzionale, Ordinanza n. 110/2019, in tema di reati e pene, reato di crollo colposo di cui all'art. 449 codice penale, in relazione all'art. 434 codice penale, raddoppio dei termini di prescrizione.

<sup>26</sup> Corte giust. UE, Grande Sez., 13 maggio 2014, nella causa *Google Spain vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*.

<sup>27</sup> R. PARDOLESI, *La Corte Edu contro il diritto all'oblio?*, in *Danno e resp.*, n. 2, 2018, p. 149 ss.

web e, laddove incida “in modo significativo e in aggiunta all’attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali”, il gestore del motore di ricerca è tenuto a rispettare le prescrizioni dettate dalla disciplina privacy rilevante<sup>28</sup> ed è, dunque, responsabile dell’indicizzazione di tale pagina tramite *link* presenti nell’elenco dei risultati che compaiono all’esito di una ricerca<sup>29</sup>.

Così come deve ricordarsi l’arresto della Corte di Cassazione<sup>30</sup> sull’istanza di esercizio del diritto all’oblio, avanzata da un interessato, protagonista di una vicenda giudiziaria, conclusasi, poi, con decreto di archiviazione del GIP, per infondatezza del reato. Al netto della querelle sulla rimozione degli URL nelle versioni extraeuropee del motore di ricerca<sup>31</sup>, la Corte stabilisce come il gestore debba ponderare le circostanze evincibili<sup>32</sup>, “la natura e la gravità dell’infrazione di cui trattasi, lo svolgimento e l’esito della procedura, il tempo trascorso, il ruolo rivestito nella vita pubblica dalla persona interessata dal procedimento penale, l’interesse del pubblico al momento della richiesta, il contenuto e la forma della pubblicazione, nonché le sue ripercussioni sulla persona cui si riferiscono i dati pubblicati”<sup>33</sup>.

Alla definizione del diritto all’oblio, nel contesto giuridico nazionale, oltre alla fiorente attività giurisdizionale, non si può tacere il fondamentale contributo offerto dal Garante per la protezione dei dati personali<sup>34</sup>, il quale, con atti di indirizzo ad hoc nelle diverse materie interessate dal diritto in parola, vieppiù con l’emanazione di Provvedimenti, *ratione materiae*, ha fissato le fondamenta del “diritto di uscita”<sup>35</sup>, quando ancora non erano affiorate le pretese di un uso raziona-

le della tecnologia<sup>36</sup>.

L’impulso dell’Autorità, volto, sulla scia degli orientamenti della giurisprudenza civile, all’aggiornamento delle notizie, ha spinto, le testate editoriali, in relazioni ai fatti di cronaca o, più in generale, ai casi di rilevante interesse pubblico, a mettere in campo tutte le misure atte ad equilibrare il diritto all’informazione con il diritto alla riservatezza e all’oblio<sup>37</sup>. Così, il Garante ha evidenziato come “il diritto alla riservatezza debba essere ritenuto sempre primario rispetto al pur doveroso esercizio del diritto di informazione”<sup>38</sup>, riscontrando che, oltre al diritto all’aggiornamento dei dati personali (a seguito della conclusione di un processo o della conclusione delle indagini preliminari dell’imputato, ove questo fosse assolto dalle accuse a suo carico), il titolare del trattamento deve attuare il principio di minimizzazione dell’informazione personale, oscurando, a titolo esemplificativo, il nominativo del cittadino o almeno indicandolo in modo che non possa essere identificato<sup>39</sup>. Tali tecniche, oggi, sono riprese nel concetto più ampio di “minimizzazione del trattamento”, affermato dal Reg. UE 2016/679<sup>40</sup>.

### 3. Il diritto all’oblio oncologico

I provvedimenti cui si è fatto cenno anticipano e pongono l’attenzione su una ulteriore esigenza: il fenomeno ricorrente per cui, nonostante l’avvenuta guarigione clinica, gli interessati guariti dal tumore subiscono discriminazioni nell’esercizio dei propri diritti<sup>41</sup>.

<sup>28</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, oramai abrogata.

<sup>29</sup> L. FERRATA, *Il diritto all’oblio: la deterritorializzazione dei soggetti e le misure di tutela giurisdizionale e amministrativa* - (2023). Intervento presentato al convegno “The Right to be Forgotten on Personal Data”, tenutosi a Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Scienze Politiche, 12 maggio 2023.

<sup>30</sup> Corte di Cassazione, sez. I civile, 15 novembre 2022, n. 34658.

<sup>31</sup> Trib. Milano, Sez. Lavoro, Sentenza 9 giugno 2021, n. 1106 ha limitato l’ordine di rimozione degli URL sulle sole versioni nazionali del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri dell’Unione Europea.

<sup>32</sup> G. LOSAPPIO, *Il congedo della prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 7-8, 2019, p. 5 ss.; A. MANTELERO, voce *Diritto alla riservatezza*, in *Enciclopedia Garzanti del Diritto*, 3° ed., Milano, 2009, p. 1309 ss..

<sup>33</sup> S. PERON, *Sul diritto all’oblio e obblighi di deindicizzazione globale*, in *MediaLaws*, n. 1, 2023, p. 282 ss.

<sup>34</sup> L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *MediaLaws*, n. 1, 2018.

<sup>35</sup> Così si esprimeva Stefano Rodotà, nel Discorso del Presidente, durante la presentazione della relazione sull’attività del Garante per la protezione dei dati personali nel 2004, Roma, 9 febbraio 2005. in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1093776>.

<sup>36</sup> S. M. BUCCHERI, *Privacy e web*, in M. Maglio, M. POLINI, N. TILLI, *Manuale di diritto alla protezione dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2017.

<sup>37</sup> D. MESSINA, *Un diritto...*, Op. cit.

<sup>38</sup> Garante Privacy, comunicazione del 16 aprile 2019.

<sup>39</sup> Cass. civile, 20 febbraio 2023, n. 6806. La Corte ha statuito che «in tema di trattamento dei dati personali e di diritto all’oblio, anche nel regime precedente al Regolamento UE 27.4.2016 n. 679 (GDPR), applicabile *ratione temporis*, il gestore di un sito web non è tenuto a provvedere, a seconda dei casi, alla cancellazione, alla deindicizzazione o all’aggiornamento di un articolo di stampa, a suo tempo legittimamente pubblicato, ancorché relativo a fatti risalenti nel tempo, in difetto di richiesta dell’interessato che è la sola a far scaturire in capo al gestore l’obbligo di provvedere senza indugio».

<sup>40</sup> A tal proposito, il Garante per la protezione dei dati personali, con Provv. 17 maggio 2023, n. 204 [doc. web n. 9903127], ha ribadito, altresì, la propria posizione, affermando che non è esercitabile il diritto all’oblio “per chi si è macchiato di reati gravi e la cui vicenda giudiziaria si sia da poco conclusa e sia ancora di interesse pubblico”. La vicenda attiene una richiesta di deindicizzazione di articoli recenti, presentata da un uomo condannato a due anni di reclusione per detenzione di materiale pubblicato da Al-Qaida, che aveva scontato la sua pena. L’Autorità ha rimarcato come non si possa procedere “[...] alla deindicizzazione di informazioni recenti quando a prevalere è l’interesse generale alla reperibilità delle notizie a causa della gravità delle condotte poste in essere dall’interessato [...]”.

<sup>41</sup> Linee Guida del Comitato europeo dei Garanti, *Guidelines 5/2019 on the criteria of the Right to be Forgotten in the search engines cases under the GDPR* (part 1), consultabile all’indirizzo <https://edpb.europa.eu>.

Nella risoluzione del 16 febbraio 2022 su “Rafforzare l’Europa nella lotta contro il cancro – Verso una strategia globale e coordinata”, il Parlamento europeo, nella sezione rubricata “Forte sostegno ai pazienti oncologici, ai sopravvissuti alla malattia e ai prestatori di assistenza”, ha esortato tutti gli Stati membri, affinché, entro il 2025, “garantiscono il diritto all’oblio a tutti i pazienti europei dopo dieci anni dalla fine del trattamento e fino a cinque anni dopo la fine del trattamento per i pazienti per i quali la diagnosi è stata formulata prima dei 18 anni di età”.

Sicché, anche l’ordinamento giuridico, per il tramite, altresì, dell’azione istituzionale a firma del Ministro della Salute pro tempore,<sup>42</sup> sta cercando di rispondere ai rischi di discriminazione connessi alla condizione di malato oncologico, ancorché sia già intervenuta la guarigione, nell’accesso a determinati servizi (finanziari, bancari e assicurativi)<sup>43</sup>.

La proposta, il cui disegno iniziale è a firma del Consiglio nazionale dell’economia e del lavoro (CNEL)<sup>44</sup>, intende aderire all’esortazione europea, con il precipuo scopo di dare seguito alle positive esperienze realizzate<sup>45</sup>, precedentemente, dai Paesi europei<sup>46</sup>, così da edificare le basi per la definizione di un diritto di equità sociale che abbracci il principio costituzionale, a mente del quale nessun cittadino può essere discriminato in forza delle proprie condizioni personali o sociali. Le patologie, ancor più se clinicamente superate, non possono essere causa di disparità di trattamento, ragion per cui il diritto all’oblio oncologico rappresenta una condizione essenziale e il suo riconoscimento normativo non deve essere ulteriormente rinviato. Si rileva, dunque, che, di recente, la Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati<sup>47</sup> ha approvato, in

sede referente, il testo unificato, comprensivo dei diversi disegni di legge presentati sulla materia, nel quale si precisa che il diritto all’oblio oncologico, salvo situazioni peculiari stabilite dal Ministero della salute, può essere esercitato “quando siano trascorsi dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia, in assenza di recidive o ricadute, ovvero cinque anni se la patologia è insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età”. Il medesimo testo, dopo l’approvazione all’unanimità da parte della Camera dei Deputati, è stato trasmesso al Senato della Repubblica.

Più precisamente, il diritto all’oblio oncologico si sostanzia nel riconoscimento del diritto soggettivo, in forza del quale alle persone guarite da una patologia oncologica è fatta salva la facoltà di preservare e non ostendere il proprio patrimonio informativo<sup>48</sup>, riferito al pregresso percorso di cura. Contingenze nelle quali, sino ad oggi, tali informazioni, nell’ambito dell’instaurazione di rapporti commerciali e sociali, sono state oggetto di trattamento<sup>49</sup>.

Il *praesidium* della riservatezza, invocato altresì dal Garante per la protezione dati per il diritto in commento<sup>50</sup>, nonché l’esigenza dell’interessato a che informazioni riferite al proprio stato di salute non siano note a terzi, sollecita, per coloro i quali hanno superato le diverse manifestazioni di neoplasie, l’affermazione di un quadro di garanzie per la sfera umana, valorizzata sotto il profilo psicologico, etico e giuridico. A queste caratteristiche, il diritto oggetto di commento condurrebbe ad una serie di ulteriori garanzie per la persona, fotografate a livello costituzionale<sup>51</sup>.

Al netto del dettaglio del disegno normativo, per comprendere la portata della proposta di legge, preme tracciare i punti essenziali della medesima, cristallizzati, essenzialmente, nel divieto di discriminare, sulla base della condizione di oramai *ex* assistito oncologico, il consumatore (o l’interessato, lato privacy), e nell’impossibilità di trattare, per i titolari del trattamento, informazioni pregresse rapportate allo stato di salute del *data subject*, nell’alveo delle procedure di accesso

<sup>42</sup> Il Ministro della Salute, Orazio Schillaci, a seguito di dichiarazione rilasciata al quotidiano “La Stampa”, così si esprime “Pronta la legge per l’oblio oncologico, siamo in anticipo sul resto d’Europa”.

<sup>43</sup> M. GIORDANO, R. LANZO, *Diritto all’oblio e motori di ricerca: il diritto di essere dimenticati: i casi decisi dal garante*, Milano, 2021, p. 2016.

<sup>44</sup> A fine 2022 sono state presentate alla Camera due proposte di legge, la n. 413 del 19 ottobre a prima firma Maria Elena Boschi e la n. 690 del 6 dicembre a prima firma Walter Rizzetto – il cui iter è stato avviato in commissione Affari Sociali lo scorso aprile – e il 21 marzo 2023 il Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro (CNEL) ha presentato alle Camere un analogo disegno di legge.

<sup>45</sup> M. MEZZANOTTE, *Brevi note in tema di diritto ad essere “medicalmente” dimenticato: il caso del diritto all’oblio oncologico*, in *Consultaonline* (<https://giurcost.org/>), 21 giugno 2023, p. 486 ss.

<sup>46</sup> Nell’Unione europea cinque Paesi, rispettivamente Francia, Lussemburgo, Olanda, Belgio e Portogallo hanno approvato disegni di legge che vanno in questo senso.

<sup>47</sup> Atti Parlamentari, XII Commissione Permanente (Affari sociali), Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche. C. 249 Marrocco, C. 413 Boschi, C. 690 Rizzetto, C. 744 Bicchielli, C. 885 Furfaro, C. 959 Sportiello, C. 1013 Gardini, C. 1066 CNEL, C. 1182 Panizzut e C. 1200 Zanella,

28 giugno 2023.

<sup>48</sup> S. ZANINI, *Il diritto all’oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi.it*, n. 15, 2018, p. 2 ss.

<sup>49</sup> R. PARDOLESI, F. DI CIOMMO, *Dal diritto all’oblio in Internet alla tutela dell’identità dinamica. È la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, 7, 2012, p. 701 ss.

<sup>50</sup> Così l’avv. Guido Scorza, Componente dell’Autorità garante, in merito: “[...] L’Italia, però, è il Paese nel quale si tende a considerare lecito, se nell’interesse del più forte, tutto quello che non è espressamente vietato e, allora, forse è utile fare il tifo per quei disegni di legge che hanno da poco iniziato la loro corsa in Parlamento, attraverso i quali si mira a mettere definitivamente nero su bianco il c.d. diritto all’oblio oncologico, ovvero il diritto a che la società si dimentichi dei tumori sconfitti e garantisca alle persone che li hanno superati il diritto a una vita normale per davvero [...]”. Dichiarazione rinvenibile al seguente link: <https://www.garanteprivacy.it/homeldocweb/-/docweb-display/docweb/9889505>

<sup>51</sup> M. BASSINI, *Il diritto costituzionale alla privacy nel prisma dell’evoluzione tecnologica*, in *Dir. Cost.*, 1, 2023, p. 83 ss.

ai servizi bancari, finanziari e assicurativi, nelle attività istruttorie relative alla valutazione delle domande di adozione di minori<sup>52</sup>, lì dove è condivisibile l'idea di modifica della legge n. 184 del 1983<sup>53</sup>, e nel contesto lavorativo, evitando, così, intoppi alla piena realizzazione professionale del lavoratore. Senza dimenticare, poi, le precedenti proposte di legge, che presumevano la costituzione di un "Garante per la tutela dei diritti delle persone guarite da patologie oncologiche", o, in alternativa, della "Consulta per la parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche"<sup>54</sup>, la cui funzione, tra le altre, si sarebbe, poi, sostanziata nella produzione di raccomandazioni al Ministero della Salute, inerenti una lista di patologie per le quali possono variare i termini e i requisiti terapeutici, rispetto a quelli ordinari<sup>55</sup>. Diversamente, l'art. 5, comma 4, del riferito testo unificato, ha proposto per una soluzione coerente, figlia anche delle indicazioni già ricomprese da taluni disegni di legge in esso confluiti, lì dove è fermo l'intento di commissionare la vigilanza sull'applicazione della disciplina in materia di oblio oncologico ad un'Autorità già esistente, identificata nel Garante per la protezione dei dati personali<sup>56</sup>. Tale compito (in capo all'Autorità) trova una sua ragion d'essere, in virtù del forte collegamento tra l'istituto in parola e la normativa in materia di protezione dati.

Il principio di *accountability*, in sintesi, è ben radicato su una concezione differente di *data protection*, non più focalizzata sulla previsione di stringenti prescrizioni normative, bensì sulla responsabilizzazione del *data controller*, cui è affidato il compito di tutela-

<sup>52</sup> S. MATTEINI CHIARI, *Adozione. Nazionale, internazionale e affidamento a terzi*, Milano, 2019, p. 201 ss.

<sup>53</sup> C. INGENITO, *La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *BioLaw Journal*, 1, 2023, p. 418 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore ad una famiglia. Commento agli articoli da 1 a 28*, nel Volume "Della famiglia", in *Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, 2010, p. 60 ss.

<sup>54</sup> Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche - Terza edizione A.C. 249, A.C. 413, A.C. 690, A.C. 885, A.C. 959, Dossier n° 83, Terza Edizione, 30 maggio 2023, Camera dei Deputati, Servizio Studi.

<sup>55</sup> DDL n. 47 21\_03\_2023, CNEL, Atto di iniziativa legislativa corredato dalle relazioni illustrativa e tecnica, concernente "Tutela del diritto all'oblio delle persone guarite da patologie oncologiche". L'art. 3 della richiamata proposta, così recitava: "[...] In sede di stipulazione di contratti riferiti a operazioni e servizi bancari, finanziari o assicurativi, il consumatore non è tenuto a corrispondere a richieste di informazioni concernenti il suo stato di salute relative a patologie oncologiche pregresse, quando siano trascorsi dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia, in assenza di recidive o ricadute, ovvero cinque anni se la patologia è insorta prima del ventunesimo anno di età [...]".

<sup>56</sup> Rilevante è l'espresso riconoscimento accordato All'Autorità garante mediante la seguente formulazione "[...] Il Garante per la protezione dei dati personali vigila sulla corretta applicazione delle disposizioni di cui alla presente legge [...]".

re i dati personali delle persone fisiche. Nella società dell'*information technology*, il concetto di *privacy* è stato caratterizzato da una profonda trasformazione, all'esito della quale non viene riconosciuta la sola tutela della sfera privata, piuttosto viene tracciato un nuovo perimetro di garanzie per l'esercizio dei diritti sui (propri) dati personali, funzionale a sancire il pieno riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Più precisamente, in forza del Considerando 4 al Reg. UE 2016/679<sup>57</sup>, si rimarca come il trattamento delle informazioni di carattere personale deve essere necessariamente al servizio dell'uomo, dovendosi considerare il diritto alla protezione dati alla luce della sua funzione sociale. Emerge, chiaramente, come tale assunto del legislatore europeo disegni il punto di approdo di una attenta riflessione in ordine al processo di maturazione del diritto alla protezione dei dati personali, marcato dal valore economico attribuito al dato personale, specie in determinati settori come quello sanitario. Appare, pertanto, ancor più opportuno allineare la "funzione sociale a cui assurge il dato personale con il principio del rispetto della dignità umana"<sup>58</sup>. Così facendo, il diritto alla protezione dei dati personali rimane, infatti, strettamente legato al *right to be let alone* e ai diritti correlati al rispetto della dignità e dell'identità personale, realizzando, assieme ad essi, il "limite invalicabile di un trattamento di dati"<sup>59</sup>.

Il diritto all'oblio oncologico, evidentemente, rappresenta una sottosezione del più ampio *right to privacy*. Un diritto di natura costituzionale, fondamentale, che oggi si traduce nel potere, attribuito agli interessati, di disporre quale "parte di sé, sotto forma di informazioni", far conoscere agli altri, decidendo altresì chi debbano essere i destinatari, per quali fini e con quali modalità e limiti"<sup>60</sup>. Dunque, si consolida il diritto all'autodeterminazione e alla libertà di scegliere, ancor più in presenza di categorie particolari di dati personali (il cui divieto di trattamento è fissato dall'art. 9, Reg. U 2016/679), senza alcuna forma di condizionamento, quale più idonea logica sia utile ad edificare la propria identità, attenuando il rischio di essere valutati in assenza di un idoneo presupposto giuridico.

Ragion per cui, il diritto individuale in commento, di cui si auspica il riconoscimento e la relativa tutela, si sostanzia nella possibilità di mantenere l'autodeterminazione in ordine al rilascio di propri frammenti

<sup>57</sup> Il Considerando 4 al Reg. UE 2016/679, così recita: "Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità [...]".

<sup>58</sup> C. FILIPPI, S. MELCHIONNA, *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Volume collettaneo, 2016, p. 409 ss.

<sup>59</sup> C. FILIPPI, S. MELCHIONNA, *Ibidem*.

<sup>60</sup> C. FILIPPI, S. MELCHIONNA, *Ibidem*.

di vita (e percorsi di cura), di accordare che soggetti terzi utilizzino le informazioni, conformemente alla volontà dell'interessato, di assicurare il diritto all'opposizione per i trattamenti indesiderati, di garantire la cancellazione delle proprie "tracce", ritenute non rispondenti rispetto all'attuale rappresentazione di sé, di sottrarre dati che hanno perso la propria essenza, con il trascorrere del tempo<sup>61</sup>.

Insomma, una innovativa concezione del diritto alla privacy, "percepito come una garanzia dei più deboli da vecchie e nuove discriminazioni (...); ancor più uno strumento di libertà rispetto alla logica antidemocratica dell'uomo di vetro; (...) una garanzia di un corretto equilibrio tra mercato e individuo, tecnica e vita, determinismo e libertà"<sup>62</sup>.

Ancora, l'intento del legislatore, a parere di chi scrive, è quello di segnare e sancire, muovendo dai dettami di cui all'art. 3 della Costituzione e sempre in una intima connessione, il passaggio dalla difesa del diritto alla dignità all'affermazione del diritto all'uguaglianza, considerato che, l'oblio oncologico, preordinato a coprire le esigenze di tutela della riservatezza, rappresenta, in prima specie, "uno strumento antidiscriminatorio"<sup>63</sup>.

Il principio di uguaglianza, da riconoscere nell'accesso ai servizi della società per gli ex assistiti, a sua volta connesso all'"impianto personalista della Costituzione e al principio di solidarietà a esso sotteso"<sup>64</sup>, diventa così paradigma, mediante il quale equilibrare le esigenze di accesso alle informazioni degli interessati e limitare il perimetro di discrezionalità dei soggetti privati, nonché dei pubblici poteri.

In ordine al diritto all'oblio oncologico, si invoca una specie di uguaglianza "di opportunità", mirata a collocare i soggetti, guariti da una patologia, in una condizione di ampia garanzia, nella quale poter concorrere nel mondo sociale, partendo da eguali posizioni, riconosciute a tutti i cittadini<sup>65</sup>.

Tale "opportunità", oggi, non è ancora accordata. L'istruttoria inerente la concessione di un mutuo (o di un prestito), l'avvio delle pratiche finalizzate all'adozione di un figlio o, ancora, la mera stipula di un contratto di lavoro e di un'assicurazione sulla vita, possono risentire di un accertamento sullo stato di salute,

anche pregresso, degli interessati. Più precisamente, con riferimento ai requisiti necessari per l'adozione di figli, la legge sancisce che, tra gli aspetti che possono formare oggetto di indagine, a cura del tribunale, vi sia anche lo stato di salute dei richiedenti l'affido. Così come per la stipula di contratti bancari e assicurativi, il pregresso sanitario dei (potenziali) contraenti può giustificare l'obbligo di ulteriori oneri rispetto a quelli previsti per i clienti "in buona salute", vieppiù a incidere sulla valutazione del rischio dell'operazione e della solvibilità dello stesso.

Si deve, pertanto, addivenire necessariamente ad un equilibrio, affinché i diritti fondamentali vengano adeguatamente tutelati e preservati, e, allo stesso tempo, si possa riconoscere, ai soggetti considerabili guariti, "una guarigione giuridica".

Senonché, muovendo dalle indicazioni diramate dalla Corte Costituzionale<sup>66</sup>, deve rammentarsi che il principio di uguaglianza, applicato al diritto all'oblio oncologico, si misura mediante il vaglio di tre elementi essenziali, vale a dire la sussistenza di una "connessione razionale", finalizzata a valutare il "rapporto mezzi-fini" (*id est*, mezzi allestiti dal legislatore e fini che, quest'ultimo, intende raggiungere), la verifica della stringente necessità, utile a certificare che lo scopo del legislatore venga perseguito senza inficiare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti, nonché la proporzionalità, ossia il bilanciamento tra gli intenti prefissati dal legislatore e i sacrifici che esso impone ad altri diritti e interessi in gioco<sup>67</sup>.

Traendo spunto da quanto argomentato in precedenza, il diritto all'oblio si sostanzia, originariamente, in libertà negativa, per poi mutare, con l'avvento della condivisione delle notizie su "larga scala", in diritto ad azioni positive, come la cancellazione, l'aggiornamento e la deindicizzazione di informazioni, operazioni spettanti al titolare del trattamento.

L'oblio oncologico, invece, si pone in una "terra di mezzo", poiché, tramite la sua natura oppositiva, inibisce le operazioni sulle categorie particolari di dati personali (e, più precisamente, sui dati relativi allo stato di salute), ricompresi all'art. 9, Reg. Ue 2016/679, il cui trattamento potrebbe ostruire il varco alle facoltà cristallizzate dall'ordinamento, che, pertanto, divengono esercitabili<sup>68</sup>. Il *right to be forgotten* "classico", alla luce, ancor più, delle recenti disposizioni legislative

<sup>61</sup> M.R. ALLEGRI, *Dimenticare, rievocare, rappresentare: dove conduce la via dell'oblio*, in *MediaLaws*, n. 2, 2022, p. 81 ss.

<sup>62</sup> Camera dei deputati, *Dichiarazione dei diritti in internet*, XVII Legislatura, Commissione per i diritti e i doveri in Internet, 28 luglio 2015.

<sup>63</sup> S. GIMIGLIANO, *In attesa del diritto all'oblio oncologico, strumento di riservatezza ed uguaglianza. Brevi osservazioni sui progetti di legge presentati nella XVIII legislatura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022, p. 29 ss.

<sup>64</sup> F. PARUZZO, *La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid-19*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2023, p. 181 ss.

<sup>65</sup> L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Riv. It. per le sc. giur.*, n. 8, 2017, p. 315 ss.

<sup>66</sup> Corte Costituzionale, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, Servizio Studi, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 13 maggio 2021, presieduta da Giancarlo Coraggio.

<sup>67</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

<sup>68</sup> C. COMELLA, *Indici, Sommari, Ricerche e aspetti tecnici della De-indicizzazione*, in *Dir. inf. e inform.*, n. 4-5, 2014, pp. 731 ss.

europee in materia di *privacy*<sup>69</sup>, trova la sua massima espressione nelle pretese di tutela delle libertà fondamentali (e come tali, la tutela della dignità), dell'identità personale, della riservatezza e della protezione dati. Nel diritto in parola, invece, suole riferirsi, principalmente, al rispetto dell'identità personale, considerata in una relazione biunivoca con il principio di esattezza<sup>70</sup>, secondo la quale all'interessato deve essere riconosciuto il superamento della malattia e certificato lo *status* di guarito.

Di tal che, assunto che l'oblio oncologico, sotto il profilo meramente concettuale, è concepito per rimuovere gli ostacoli riferiti a vicende che attestano uno stato di vulnerabilità cui è affetto l'ex assistito, deve altresì notarsi che la misura legislativa proposta, in una accezione più ampia, non è volta, con una azione positiva, a riequilibrare condizioni di disuguaglianza accertate, bensì, piuttosto, a garantire, *ex ante*, che la malattia, oramai superata, non leda le pretese di uguaglianza sostanziale dei cittadini<sup>71</sup>. Se ci si pone, dunque, in tale angolo di visuale, l'oblio oncologico abbraccia le statuizioni di cui all'art. 2 della Costituzione, rispettivamente nella parte in cui si sancisce la difesa dei "diritti inviolabili dell'uomo", nonché in quella relativa agli inderogabili "doveri di solidarietà economica e sociale"<sup>72</sup>.

I punti di contatto dell'istituto in parola con i diritti sanciti dalla Costituzione impongono una ulteriore riflessione. L'analisi dei progetti di legge (poi unificati), oggetto della presente trattazione, dalla cui lettura emerge con vigore il richiamo ai dettami dell'art. 32 della Costituzione, pongono in evidenza una riflessione sulla relazione biunivoca intercorrente tra il diritto all'oblio oncologico e tutela della salute, nonché sulla discrasia esistente rispetto a quanto stabilito dal Parlamento europeo, che nella summenzionata Risoluzione fa riferimento al termine "pazienti", e da buona parte delle proposte di legge nazionali, lì dove è fermo il richiamo agli interessati "guariti".

Senonché, come riferito, altresì, da un rilevante *report* stilato dal *Belgian Health Care Knowledge Centre (KCE)*<sup>73</sup>, i parametri da considerare per misurare se un

assistito sia definitivamente guarito sono molteplici e, in particolare, devono tenere conto della tipologia del tumore, del sesso e dell'età dell'assistito. A questo, si deve aggiungere l'orientamento della citata proposta di legge nazionale, che, con riferimento al percorso di guarigione e sulla base delle evidenze scientifiche, individua due termini temporali definiti solo in base all'età in cui si è ricevuta la diagnosi, ovvero cinque anni per i tumori diagnosticati prima del diciottesimo anno di età, dieci anni per tutti gli altri.

Verificato, dunque, che il diritto all'oblio oncologico si interseca, inevitabilmente, con le informazioni relative allo stato di salute dell'interessato, in ordine alle condizioni costitutive del *right to be forgotten* in parola, appare estremamente complesso propendere per la nozione di "guarigione", abbracciando, invece, l'orientamento secondo il quale all'(ex) assistito sono riconosciute le necessarie garanzie, più coerentemente, quando ha concluso il percorso di cura<sup>74</sup>.

Il principio di diritto alla salute, garantito e scolpito all'art. 32 della Costituzione<sup>75</sup>, nonché opponibile *erga omnes*<sup>76</sup>, può essere meglio definito attingendo dalle considerazioni prodotte dall'Organizzazione Mondiale della Sanità<sup>77</sup>, secondo cui rappresenta lo "stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia", e dalle deduzioni dottrinali, all'esito delle quali si evidenzia "una condizione d'armonico equilibrio funzionale, fisico e psichico dell'individuo dinamicamente integrato nel suo ambiente naturale e sociale"<sup>78</sup>.

Viene in evidenza, invero, che, in caso di messa in pericolo dei principi di dignità ed uguaglianza, allorché l'ex assistito, in forza della storia inerente la pregressa patologia, è oggetto di discriminazione nei più disparati ambiti del vivere quotidiano, l'oblio oncologico diviene la pietra angolare, preordinata a custodire il benessere mentale e sociale degli interessati<sup>79</sup>.

Come osservato, peraltro, in dottrina, il diritto alla salute e il diritto all'oblio, apparentemente, corrono sul medesimo *fil rouge*, potendo assumere "contenuto oppositivo oppure pretensivo e dunque presentare caratteristiche tipiche, rispettivamente, dei diritti di libertà

<sup>69</sup> R. D'ORAZIO, *La tutela multilivello del diritto alla protezione dei dati personali e la dimensione globale*, in V. CUFFARO - R. D'ORAZIO - V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019.

<sup>70</sup> G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 1, 2017, p. 1 ss.; E. FACCIOLI, M. CASSARO, *Il GDPR e la normativa di armonizzazione alla luce dei principi: "accountability" e "privacy by design"*, in *Il Dir. Ind.*, n. 6, 2018, p. 561 e ss.

<sup>71</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 15° ed., poi rivista da G. Silvestri, Milano, 2020, p. 554.

<sup>72</sup> S. SCAGLIARINI, *Identità digitale e tutela della privacy*, in *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Convegno annuale Associazione Gruppo di Pisa - Genova 18/19 giugno 2021.

<sup>73</sup> Belgian Health Care Knowledge Centre (KCE), *Performance of the Belgian health system - Report 2019*.

<sup>74</sup> M. A. LIVI, *Quale diritto all'oblio?*, Napoli, 2020.

<sup>75</sup> M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quaderni cost.*, 2012, p. 455 ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, p. 655 ss.

<sup>76</sup> Corte cost., 10 luglio 1974, n. 247; 26 luglio 1979, n. 88; 14 luglio 1986, n. 184; 27 novembre 1987, n. 557; 11 luglio 1991, n. 356; 23 aprile 1991, n. 202; 16 aprile 2012, n. 107.

<sup>77</sup> A. SCARAVILLI, *Identità, memoria, oblio: verso un diritto della convergenza*, in (a cura di) F. RIZZUTO, S. VACCARO, *Il giornalismo nell'era della disinformazione*, 2023, p. 11 ss.

<sup>78</sup> Gimigliano, *In attesa del...*, Op. cit.

<sup>79</sup> Raccomandazione del Comitato Etico Fondazione Umberto Veronesi, *Dignità e giustizia oltre la malattia*, in *The Future of Science and Ethics*, 2022, p. 1 ss.

o dei diritti sociali”<sup>80</sup>. A parere di chi scrive, il diritto all’oblio, la cui genesi attestava una libertà negativa, grazie all’incedere delle nuove tecnologie ha cambiato pelle, chiamando terzi soggetti, rispetto all’interessato, a un *facere*, come la cancellazione delle informazioni personali. Differentemente, l’oblio oncologico assume natura “oppositiva”, poiché frena le pretese conoscitive sulle categorie particolari di dati personali riferite all’interessato, onde scongiurare distorsioni rispetto ai diritti riconosciuti dal legislatore<sup>81</sup>.

#### 4. Conclusioni

Concludendo, non si può tacere come il Regolamento UE 2016/679 abbia approntato un sistema organico, mirato ad innalzare le pretese di protezione del soggetto interessato e ad agevolare il fluente esercizio del diritto all’oblio. Di tal che, le facoltà attribuite al *data subject* tratteggiano le linee essenziali della normativa in materia di *data protection*, la cui tutela è assicurata dalla responsabilizzazione del titolare del trattamento e dall’azione dell’Autorità giudiziaria o di controllo. Alla luce di quanto rappresentato, risulta necessario che il legislatore addivenga ad un definitivo riconoscimento del diritto all’oblio in parola, ampliando e superando la sua collocazione nel contesto del diritto alla riservatezza. Proprio la riservatezza può essere definita come lo spazio euclideo, nel quale viene garantita la necessità di preservare la propria sfera privata e le notizie relative alla propria persona, ma è anche il posto in cui è assicurato il pieno controllo di dati ed informazioni (anche di quelli che si intendono condividere), la cui conoscenza generalizzata può configurare un danno per l’interessato.

La materia oggetto di analisi (e, orbene, il diritto all’oblio oncologico) rappresenterà il punto di approdo di un imprescindibile bilanciamento tra fattispecie giuridiche variegata. Invero, se, da un lato, si deve contemplare il diritto all’oblio oncologico, dall’altro, e qui i diversi disegni di legge proposti e intervenuti ne sono una manifestazione, vengono in emersione gli interessi individuali e collettivi, quali quelli di natura economica, che, inevitabilmente impattano sull’ambito lavorativo e i suoi rapporti contrattuali, ovvero, sulla cura, a che il soggetto minore, adottato, possa godere di un ambiente familiare coeso. L’*iter* legislativo, ormai avviato, traccia un percorso virtuoso. L’unione di intenti tra la classe politica, le associazioni di categoria, gli (ex) assistiti e la comunità scientifica, affinché trovi realizzazione il *right to be forgotten* per pazienti guariti da affezioni oncologiche, attesta l’azionamento di un sistema teso a incoraggiare, in rispondenza al principio di uguaglianza sostanziale, il riconoscimento del diritto dei cittadini a non subire alcuna forma di discriminazione.

La stretta correlazione del diritto in parola con i dettami costituzionali sopsisce, sul nascere, potenziali dispute e pretese dei fornitori di servizi bancari, finanziari e assicurativi. Così, come, paradossalmente, l’introduzione del diritto all’oblio oncologico, come affermato in dottrina, coopererebbe a legittimare “almeno in qualche misura, la “memoria” della malattia quando il diritto ancora non è sorto” (si pensi alle patologie tumorali che richiedono tempi di guarigione particolarmente lunghi, suscettibili di integrare eccezioni al tempo ordinario dell’oblio)<sup>82</sup>. Una eventualità che, innegabilmente, deve essere considerata.

<sup>80</sup> GIMIGLIANO, *In attesa del...*, Op. cit.

<sup>81</sup> D. MESSINA, *Un diritto...*, Op. cit.

<sup>82</sup> GIMIGLIANO, *In attesa del...*, Op. cit.

Francesca Mite

Professoressa associata istituzioni diritto privato università telematica Pegaso

## Il consenso informato nella vaccinazione anti-Covid con particolare riferimento ai soggetti incapaci

### abstract

*This work is aimed at analyzing the subject of informed consent and its relationship with anti-Covid vaccination, with reference to the methods of expressing the consent of incapable subjects.*

### keywords

*Informed consent – Right to health – Anti-Covid vaccination – Incapable subjects.*

### abstract

*Lo scritto è volto ad analizzare il tema del consenso informato riguardo alla vaccinazione anti-Covid, con particolare riferimento alle modalità di espressione del consenso dei soggetti incapaci.*

### parole chiave

*Consenso informato – Diritto alla salute – Vaccinazione anti-Covid – Soggetti incapaci.*

### sommario

1. Il consenso informato. – 2. La portata dell'obbligo vaccinale. – 3. Il consenso dei soggetti incapaci.

#### 1. Il consenso informato

“Consenso informato”: un'espressione che nel tempo è entrata a far parte del linguaggio comune per designare, come a tutti noto, la consapevole accettazione del trattamento sanitario. È ovviamente la tutela della salute a costituirne il presupposto, ma non solo: anche la libertà personale e le inviolabili prerogative di autodeterminazione della persona, previste negli artt. 2 e 13 Cost., contribuiscono a fondare il diritto a ricevere informazioni sulla diagnosi della propria patologia, la prognosi e il rapporto rischi-benefici del trattamento da affrontare. Informazioni che, per esplicitare la propria utilità devono essere ovviamente somministrate con linguaggio chiaro e comprensibile.

Nel nostro ordinamento il principio del necessario consenso del paziente si legge, in primo luogo, nell'art. 32 della Costituzione, norma che fissa il caposaldo della volontarietà dei trattamenti sanitari, subordinandone l'eventuale carattere obbligatorio a

un'eccezionale disposizione di rango legislativo, che in nessun caso può violare i limiti posti dal rispetto della persona umana. Questa regola è stata poi confermata, a livello internazionale, dalla Convenzione di Oviedo del 1997, ratificata dall'Italia con la Legge n. 145 del 28 marzo 2001<sup>1</sup>, che stabilisce, altresì, alcuni rilevanti principi.

In primo luogo, come già previsto dalla nostra Carta costituzionale, ogni intervento e/o terapia, a prescindere dall'invasività, necessita dell'assenso dell'interessato. In secondo luogo, l'assenso deve essere consapevole, ovvero deve essere preceduto da un'adeguata informativa riguardo alle caratteristiche, ai rischi e alle finalità dell'intervento.

Nel nostro ordinamento, la normativa sul consenso informato è contenuta nella Legge n. 219 del 22 dicembre 2017<sup>2</sup>, che sancisce la necessità del consenso informato del paziente ai trattamenti sanitari e agli accertamenti diagnostici, consenso dal quale si prescinde solo nei casi legislativamente individuati<sup>3</sup>. Parimenti, è sempre possibile, per il paziente capace

<sup>1</sup> Legge n. 145 del 28 marzo 2001, Gazz. Uff. Serie Generale n. 95 del 24 aprile 2001, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina: Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, nonché del Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, entrata in vigore il 9 maggio 2001.

<sup>2</sup> Legge n. 219 del 22 dicembre 2017, Gazz. Uff. Serie Generale n. 12 del 16 gennaio 2018, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, entrata in vigore il 31 gennaio 2018.

<sup>3</sup> Interessante, a tal proposito, risulta Cass. civ. Sez. VI, Ord. 09-12-2021, n. 39084: “In tema di consenso informato, non sussiste un diritto ad informazione per il differimento di un intervento: è atto, questo, che non implica trattamento sanitario, ma, per l'appunto, un suo differimento. Né può dirsi che vi sia diritto di dare consenso alla non esecuzione del trattamento, ossia che, pur avendo prestato il paziente consenso per l'intervento, debba poi essere nuovamente consultato se si rende necessario differirlo o non eseguirlo: si tratta, infatti, di una decisione, quest'ultima, la quale, anche ove dipenda da scelte terapeutiche, è rimessa alla scienza del medico. Il paziente può assentire o consentire ad un trattamento sanitario, ma non già pretendere che ne venga effettuato uno ove ritenuto non necessario dal medico. Né ha senso un consenso informato al differimento di un intervento già deciso ed assentito”, in *Leggi d'Italia*.

di agire, rifiutare un accertamento diagnostico o un trattamento sanitario proposto dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso, nonché revocare in qualsiasi momento il consenso prestato<sup>4</sup>. È ragionevole inferire che le fondamenta di tale trama legislativa siano da rinvenire in un cambiamento di paradigma della cura sanitaria. Infatti, in adesione non meramente formale, ma effettiva agli artt. 2 e 32 Cost. ed all'elaborazione culturale, teorica e pratica che soprattutto a partire dalla fine degli anni 70, ha innervato la scienza medica<sup>5</sup> – e i cardini della normativa innovativa e dirompente istitutiva del SSN (Sistema Sanitario Nazionale) – il malato non è in virtù della sua condizione solo un mero destinatario di cure e, quindi, solo un paziente, vale a dire portatore silente di un *patis*, ma è pur sempre, *rectius* soprattutto, soggetto di diritto, nel senso che la protezione e la tutela dell'esercizio della sua libertà consapevole trova la sua massima espressione proprio in un momento non facile della sua esperienza di vita.

Pertanto, la relazione tra medico (e strutture sanitarie) da un lato, e paziente/malato, dall'altro, pur restando inevitabilmente asimmetrica, non può assumere tonalità autoritative e violative della volontà del paziente. È, quindi, in tale prospettiva che il consenso informato si configura come requisito di validità e legittimazione di qualsiasi intervento sanitario, anche quando tale intervento appaia necessario in rapporto all'interesse del destinatario. Questo può dirsi ormai

un dato consolidato nella esperienza costituzionale, che rappresenta il punto di confluenza e di emersione sintetica dei riferimenti testuali della Carta fondamentale, dei materiali legislativi di attuazione (a cominciare dalla Legge 23.12.1978, n. 833, istitutiva del SSN<sup>6</sup>) e degli indirizzi interpretativi della giurisprudenza.

Si deve infatti all'opera costituzionalmente orientata della giurisprudenza, la chiarezza interpretativa in ordine alla portata principio. Si consideri per precisione l'assunto di Cass. Pen., Sez. IV, Sent. 11.7.2001, n. 1572, secondo cui «... l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata dall'art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale "diritto di curare", a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell'ammalato che si troverebbe in una posizione di soggezione su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza...».

Ma anche pronunce più recenti sono degne di menzione per la puntualità e ricchezza argomentativa. Sul tema, infatti, è rilevante Cass. Civ., Sez. III, Sent. 10-12-2019, n. 32124<sup>7</sup>, la quale ha affermato che «l'acquisizione da parte del medico del Consenso Informato costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiesto, assumendo autonoma rilevanza ai fini della eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente» e, in seguito, Cass. civ. Sez. III, Ord. 25-06-2021, n. 18283<sup>8</sup>, secondo cui «La struttura e il medico hanno dunque il dovere di informare il paziente in ordine alla natura dell'intervento, a suoi rischi, alla portata dei possibili e probabili risultati conseguibili nonché delle implicazioni verificabili, esprimendosi in termini adatti al livello culturale del paziente interlocutore, adottando un linguaggio a lui comprensibile, secondo il relativo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone».

Alla luce di quanto espresso dalla giurisprudenza, risulta più agevole comprendere la rilevanza e la centralità del principio del consenso informato, che si configura quale «... naturale corollario del più ampio principio della libertà personale<sup>9</sup>» e, pertanto, deve es-

<sup>4</sup> Cfr. CACACE, in *Danno e Resp.*, 2020, 1, 11: «Il punto di partenza è sempre la violazione, da parte del medico, dell'obbligo informativo: l'autodeterminazione del paziente è stata offesa perché il consenso al trattamento, benché prestato, non è espressione di consapevolezza e di adeguata valutazione. Tale violazione, peraltro, può associarsi ad una colposa esecuzione del trattamento sanitario nella sua materiale e concreta realizzazione. In quest'ipotesi, sarà senz'altro oggetto di liquidazione il danno alla salute eventualmente cagionato dall'operazione, nonché – se il paziente è in grado di dimostrare che, opportunamente informato, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento – il danno da lesione all'autodeterminazione suscettibile di distinzione rispetto al biologico, ove dotato di una serietà o gravità tali da superare una soglia minima di tollerabilità. Per contro, qualora la negligenza attenga alla mera informazione e non all'effettivo compimento dell'atto sanitario, l'inadempimento si definisce plurioffensivo, perché nuoce al contempo a salute e ad autodeterminazione, se il rifiuto di cui sopra viene parimenti dimostrato. È il caso della lesione all'integrità psicofisica conseguenza della realizzazione di un'alea insita nel trattamento, anziché conseguenza di un errore medico nell'effettuare quest'ultimo. Il consenso informato qui richiamato è quello già definito dalla Corte costituzionale quale sintesi di due diritti fondamentali della persona: l'autodeterminazione e la salute, là dove le caratteristiche delle informazioni rese al paziente sono funzionali alla sua libera scelta e alla salvaguardia della sua stessa libertà personale».

<sup>5</sup> Ancora attualissimi gli scritti di Franco Basaglia, raccolti in *Utopia della realtà*, piccola biblioteca einaudi, 2005; le riflessioni dell'illustre Medico a cui si deve la rivoluzione copernicana in campo psichiatrico segnata dalla L. 180/1978 hanno contribuito ad alimentare la valorizzazione del consenso anche in ambito medico generale.

<sup>6</sup> Legge n. 833 del 23 dicembre 1978, Gazz. Uff. Serie Generale n. 360 del 28-12-1978 - Suppl. Ordinario, Istituzione del servizio sanitario nazionale.

<sup>7</sup> Cass. civ. Sez. III, Sent. 10-12-2019, n. 32124, in *Foro It.*, 2020, 1, 1, 150.

<sup>8</sup> Cass. civ. Sez. III, Ord. 25-06-2021, n. 18283, in *www.leggiditalia.it*, massima in *Quotidiano Giuridico*, 2021.

<sup>9</sup> Cfr. MANTOVANI, *Problemi giuridici dell'eutanasia*, in *Medicina sociale*, 20/1970, p. 249.

sere libero, personale, manifesto, attuale e recettizio<sup>10</sup>.

Trattasi, dunque, di un principio che può dirsi generalmente riconosciuto negli ordinamenti fondati sulla matrice costituzionale del personalismo, vale a dire, sulla centralità della persona e dei suoi diritti. Di questo mostra chiara consapevolezza la Suprema Corte di Cassazione, in particolare nella notissima sentenza Cass. civ., Sez. I, 16.10.2007, n. 21748 (relativa al caso Englaro), sia quando evoca i contenuti della Convenzione di Oviedo sulla biomedicina, che all'art. 5 recita testualmente: «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé<sup>11</sup>» e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in particolare l'art. 3), sia quando richiama i numerosi precedenti giurisprudenziali di Corti straniere o internazionali (dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, al Bundesgerichtshof tedesco, alla Corte Suprema USA, alla House of Lords inglese), per ribadire che sul principio si registra un significativo (e difficilmente reversibile) processo di convergenza e di circolazione tra le culture giuridiche e i circuiti di decisione politico-normativa.

Il quadro costituzionale di riferimento dell'istituto non si esaurisce, come già si è accennato, nell'importante ma ristretto 2° comma dell'art. 32, ma, anche sulla scorta degli assunti del giudice di legittimità sul caso Englaro e della Corte costituzionale<sup>12</sup>, va ricondotto alla dimensione umana e personalistica delineata esemplarmente dagli artt. 2 e 13 Cost., ove si sancisce la libertà personale del soggetto e le sue inviolabili prerogative di autodeterminazione. Afferma espressamente il giudice costituzionale che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione», i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Che il diritto alla salute vada coniugato con quello all'autodeterminazione significa, in altre parole, che la persona riveste non solo il diritto di essere curata, ma anche di essere puntualmente informata sulla natura e i possibili sviluppi del percorso terapeutico proposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere

chiare, comprensibili ed esaurienti, così da consentire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, l'esplicazione della sua libertà personale, conformemente all'art. 32, 2° co., della Costituzione.

A tal proposito, la Cassazione, di recente, ha delineato un'ulteriore e rilevante prospettiva delle modalità con le quali il medico deve trasmettere le informazioni al paziente<sup>13</sup>. In particolare, il consenso deve essere acquisito con modalità tali da lasciare al paziente il tempo di rifiutare eventualmente il trattamento; di conseguenza, non è sufficiente la descrizione dell'esame diagnostico, durante il suo svolgimento, finalizzata ad ottenere dal paziente la collaborazione necessaria per eseguire l'esame stesso<sup>14</sup>.

L'importanza del principio del consenso informato si rinviene pienamente in ulteriori due previsioni: da un lato, quella relativa all'acquisizione ovvero al rifiuto o alla revoca dello stesso, che devono essere necessariamente documentati in forma scritta o attraverso video-registrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare; dall'altro, invece, quella relativa al ruolo del medico che, dal canto suo, è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente anche in caso di rifiuto del trattamento sanitario o di rinuncia al medesimo. È chiaro che, laddove il paziente rifiuti un trattamento presentatogli da un medico, quest'ultimo andrà esente da responsabilità tanto dal punto di vista civilistico quanto dal punto di vista penalistico.

<sup>13</sup> Cass. Civ., Cass., Sez. III, 28 giugno 2018, n. 17022, in *www.leggiditalia.it*.

<sup>14</sup> GLIATTA, *Il consenso informato in ambito medico - chirurgico tra diritto alla salute e alla autodeterminazione*, in *Resp. Civ.*, 2010, 6, 460: «Un aspetto rilevante e da non trascurarsi afferente al consenso informato è anche quello delle modalità attraverso le quali deve essere fornita l'informativa al paziente. In particolare, ciò che ci si può legittimamente chiedere è se sia sufficiente un modulo prestampato, che verrà poi riempito a mano, sulla base del caso concreto e quale tipo di approfondimento circa le caratteristiche del trattamento da effettuarsi sia necessario per evitare di incorrere comunque in una omissione e se sia necessario estendere anche ad altri soggetti diversi dal paziente la corretta informazione. Con riferimento al primo quesito ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale di Benevento, il quale ha condannato un medico odontoiatra al risarcimento dei danni cagionati al paziente. Il dottore non avrebbe informato compiutamente il paziente circa i rischi di lesione nervosa che avrebbe potuto riportare in seguito all'intervento. Fondamentale al riguardo è risultata la consultazione del documento per mezzo del quale era stato acquisito il consenso informato: tale documento, palesemente congegnato per qualsiasi tipo di intervento chirurgico, ha un contenuto talmente generico da rappresentare esso stesso piena prova del mancato adempimento da parte del sanitario del suo obbligo deontologico e di legge di rendere edotto e cosciente il paziente del tipo di patologia diagnosticata, del tipo di intervento in concreto necessario, delle percentuali dei possibili rischi e complicanze connessi allo specifico intervento. Nel prestampato firmato dall'attore manca addirittura l'indicazione della patologia sofferta e del tipo di intervento da affrontare, oltre che la data di sottoscrizione».

<sup>10</sup> Per un approfondimento rispetto a queste elencate specificazioni, cfr. IADECOLA, *Consenso del paziente e facoltà di curare*, in AMIRATI, *La responsabilità del medico*, Padova, 2004, pp. 23 e ss.

<sup>11</sup> «Un intervento in materia sanitaria può essere effettuato solo dopo che l'interessato abbia espresso il proprio consenso libero e informato».

<sup>12</sup> Si veda sul punto Cortecost., 30.7.2009, n. 253; Cortecost., 23.12.2008, n. 438, in *www.leggiditalia.it*.

## 2. La portata dell'obbligo vaccinale

Svolte queste considerazioni generali sul tema, alla luce della pandemia mondiale legata al virus c.d. Covid-19, è interessante analizzare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla portata dell'obbligo vaccinale e sul rapporto intercorrente con il consenso informato.

Da un punto di vista storico, la sensibilità politico-giuridica sulla questione dell'obbligo vaccinale ha cominciato a delinearsi quando, negli anni 1884-1885, un'epidemia colerica colpì principalmente la città di Napoli, all'epoca la più popolosa d'Italia. Questo devastante avvenimento, che causò un importante numero di morti, indusse i politici del tempo a considerare il problema sanitario a più ampio raggio, distaccandosi dalla mera previsione di misure finalizzate al contenimento del contagio e avvicinandosi ad una tutela dell'igiene pubblica ben più ampia. I primi tentativi di introdurre un generalizzato obbligo vaccinale si ebbero in realtà già con la Costituzione siciliana del 1812, provvedimento normativo che costituì, poi, la base della prima legge sanitaria italiana emanata nel 1888.

Tornando ai giorni nostri, in materia, di recente, si sono espresse una serie di sentenze volte a definire e chiarire la portata dell'obbligo vaccinale stabilito dalla Legge n. 76 del 28 maggio 2021<sup>15</sup>.

In particolare, il Consiglio di Stato, con la sentenza del 20 ottobre 2021 n. 7045<sup>16</sup>, ha affermato la piena legittimità dell'obbligo vaccinale per gli operatori sanitari: «In fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento

avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco. E ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo».

A tal proposito, la giurisprudenza ha avuto il merito di porre in evidenza un aspetto finora piuttosto tralasciato nel pubblico dibattito, quello del bilanciamento delle pretese invocate dal personale che rifiuta la vaccinazione, con altri principi – ad esempio «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 della Carta, ricordando che lo stesso art. 32 della Costituzione proclama la «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività». Fino ad ora il contenzioso è sempre stato autoreferenzialmente diretto alla libertà personale o addirittura ai limiti imposti dal rispetto della persona umana<sup>17</sup>, ma tutti i soggetti contrari all'obbligo hanno sempre ignorato cosa significhi vivere ed operare in una comunità organizzata nel pieno rispetto di quel «patto di solidarietà» tra individuo e collettività che, secondo la stessa Corte costituzionale, sta alla base di ogni vaccinazione, obbligatoria o raccomandata che sia<sup>18</sup>. Ed infatti, la Carta Costituzionale ha sancito il principio personalistico nell'art. 2, il cui enunciato collega in modo indissolubile l'affermazione del diritto, e dei diritti, con gli inderogabili doveri di solidarietà su di essi gravanti. La Persona delineata dalla costituzione è un soggetto che si sviluppa non come una monade chiusa di

<sup>15</sup> L. 28/05/2021, n. 76, recante Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, recante misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici. L'art. 4, d.l. n. 44 del 2021 (non modificato dall'art. 1, comma 1, d.l. 26 novembre 2021, n. 172), impone l'obbligo vaccinale in capo alla categoria degli operatori sanitari, e nel comma 2, afferma che «l'esenzione dalla vaccinazione per gli obbligati, viene meno solo in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti Sars-CoV-2, non sussiste l'obbligo di cui al comma 1 e la vaccinazione può essere omessa o differita».

<sup>16</sup> Cons. Stato, sent. del 20 ottobre 2021 n. 7045, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

<sup>17</sup> Sul punto, si esprime NICOTRA, *Diritto alla salute, obbligo vaccinale e diritto al lavoro. Alla ricerca di un delicato bilanciamento nel tempo dell'emergenza permanente*, in *Lavoro Diritti Europa*, 4/2021, p. 2 e ss: «Durante l'emergenza sanitaria, le politiche sanitarie dell'intero globo, devono fare i conti con il fenomeno sempre in crescita della c.d. esitazione vaccinale. Siffatta situazione, conosciuta anche prima del sopravvenire dell'infezione da Covid-19, ha comportato il rifiuto di una parte della popolazione italiana di sottoporsi alla vaccinazione antimorbillo. [...] La soluzione sicuramente da prediligere sarebbe quella di un'adesione spontanea alla vaccinazione, attraverso una libera convinzione formatosi sulla base delle informazioni fornite dalla comunità medico - scientifica».

<sup>18</sup> Si veda Corte cost., 23 giugno 2020, n. 118, in *Leggi d'Italia*.

leibniziana memoria, ma è soggetto di diritto nella, e non contro, la comunità a cui appartiene. In questa prospettiva, anche la salute è interesse della collettività e non solo diritto del singolo.

A questa posizione ha fatto riferimento il Consiglio di Stato con l'ordinanza del 4 febbraio 2022, n. 583<sup>19</sup>, secondo cui è legittima l'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio, se questo apporta benefici non solo alla salute dell'obbligato ma anche alla salute collettiva e se le eventuali conseguenze negative per la salute dell'obbligato si assestano nei limiti della normale tollerabilità dei rischi avversi, conseguenti a tutti i trattamenti sanitari<sup>20</sup>.

Da ultimo, è tornato sulla legge impositiva di un trattamento sanitario, il Cons. giust. amm. Sicilia Sez. giurisdiz., con Ordinanza del 17 gennaio 2022, n. 38<sup>21</sup>, affermandone la compatibilità con l'art. 32 Cost alle seguenti condizioni:

(a) se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; (b) se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze «che appaiano normali e, pertanto, tollerabili»; (c) e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria<sup>22</sup>.

Ciò che emerge, specialmente a seguito delle pronunce del Consiglio di Stato, è l'indifferibile esigenza di affrontare l'emergenza sanitaria, anche alla luce dell'allora vigente stato di emergenza, e di predisporre idonei ed efficaci strumenti di contenimento dei contagi da Sars-Cov-2 nonché la necessità di consentire a tutti gli individui l'accesso alle cure sanitarie in condizioni di sicurezza e, in applicazione del principio solidaristico, di tutelare la salute individuale dei soggetti più fragili, per età o per pregresse patologie, giustificando il temporaneo sacrificio dell'autonomia

decisionale degli esercenti le professioni sanitarie, in ordine alla somministrazione del vaccino.

Ulteriore dibattito, come noto, si è creato anche in relazione alle pretese di parte della popolazione riguardanti la scelta di una tipologia di vaccino piuttosto che di un altro. Anche in questo caso, di notevole importanza si è rivelata la pronuncia della giurisprudenza, in particolare del Presidente del TAR Emilia-Romagna - Bologna che, con decreto n. 7/2022, ha specificato che la scelta del vaccino anti Covid-19 spetta all'autorità sanitaria sulla scorta dell'anamnesi e degli altri dati clinici rilevati a carico del soggetto chiamato a sottoporsi alla vaccinazione «... senza che possa configurarsi a priori una sorta di diritto di opzione dell'interessato a vedersi somministrare un determinato tipo di vaccino». La pronuncia ha respinto la richiesta di un paziente che aveva preteso che il giudice ordinasse alla Ausl di somministrargli come prima dose di vaccino anti Covid-19 il vaccino Pfizer e non il vaccino Moderna. Il Tar ha chiarito che la scelta del vaccino da somministrare «è rimessa unicamente all'autorità sanitaria [...], nell'alveo dei vaccini autorizzati da Aifa e da Iss», con la precisazione che il paziente deve fornire il consenso informato in sede di operazioni propedeutiche alla materiale somministrazione del vaccino.

La precisazione data dal Presidente del Tar in materia di diritto al consenso informato è in linea sia con la sentenza della Corte Costituzionale 15 dicembre 2008 n. 438 secondo cui «il consenso informato svolge la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le [informazioni] più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'articolo 32, comma 2, della Costituzione»; sia con quella della Corte di Cassazione secondo cui «il diritto al consenso informato può essere considerato un atto medico, che si traduce in un obbligo informativo, inteso come prestazione a se stante rispetto alla cura del paziente, e al contempo esercizio di un autonomo diritto soggettivo all'autodeterminazione distinto dal diritto alla salute»<sup>23</sup>.

Il principio della Cassazione appena menzionato, relativo alla scissione tra diritto soggettivo all'autodeterminazione nella scelta di vaccinarsi e diritto alla salute, postula una riflessione sulle modalità di imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato.

In particolare, il problema è emerso in modo dirimpante con riferimento alla possibilità, per il datore di lavoro, di introdurre contrattualmente un obbligo vaccinale al fine di tutelare la salute dei propri dipendenti.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Ord. del 4 febbraio 2022, n. 583, in *www.giustiziamministrativa.it*. Sul punto, si vedano ROMBOLI, *Aspetti costituzionali della vaccinazione contro il Covid-19 come diritto, come obbligo e come onere (certificazione verde Covid-19)*, in *Questione Giustizia*, 6 settembre 2021, 1 e ss. e RUGGERI, *Perché la Costituzione impone, nella presente congiuntura, di introdurre l'obbligo di vaccinazione a tappeto contro il Covid-19*, in *Giustizia insieme*, 15 settembre 2021; ancora, LIBERALI, *La non manifesta infondatezza subordinata alle risultanze istruttorie: una trasformazione impropria?*, in *Ceridap.eu*, 8 febbraio 2022.

<sup>20</sup> Si vedano sul punto Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 5; Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, in *Leggi d'Italia*.

<sup>21</sup> Cons. giust. amm. Sicilia Sez. giurisdiz., Ord., del 17 gennaio 2022, n. 38, in *www.giustiziamministrativa.it*

<sup>22</sup> Cfr. Cass. Civ., Ord. 19 luglio 2018, n. 19199, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3570; Cass. Civ., Sent. 28 giugno 2018, n. 17022, in *Giur. it.*, 2018, 2057; Cass. Civ., Sent., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1644, con commento di PIZZIMENTI, *Consenso informato e danno da lesione del diritto all'autodeterminazione: il risarcimento è automatico?*

<sup>23</sup> Cass. Civ., sent. 11 dicembre 2019 n. 28985, in *Leggi d'Italia*.

L'obbligo vaccinale esteso a numerose categorie – quali personale sanitario, personale scolastico, comparto difesa, sicurezza e ordine pubblico – comporta, in sede di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo vaccinale stesso, l'immediata sospensione del diritto di svolgere attività lavorativa, ma senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del posto di lavoro. In ogni caso, come già evidenziato, una vaccinazione obbligatoria generalizzata sarebbe pienamente in linea con le previsioni costituzionali, qualora prevista per legge, poiché finalizzata a preservare tanto lo stato di salute individuale, quanto quello collettivo, "giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto alla salute in quanto diritto fondamentale" (Corte cost. sent. n. 307/1990).

Autorevole dottrina, invece, è di parere totalmente opposto<sup>24</sup>. Secondo tale punto di vista, in armonia con il disposto dell'art. 32 Cost., si osserva come solo ed esclusivamente una specifica disposizione di legge possa regolare una questione così spinosa e delicata, anche alla luce del continuo dibattito dei consociati. Inoltre, un obbligo di vaccinazione anti Sars-CoV-2 nascente – direttamente ed esclusivamente – dal contratto di lavoro, sarebbe nullo per violazione di norma imperativa (art. 1418, comma 1, c.c.). La radicale nullità dell'obbligo vaccinale che non sia previsto dalla legge, non potrebbe che determinare la nullità di qualsiasi atto datoriale di gestione del rapporto, che sia pregiudizievole per il lavoratore e determinato dal rifiuto della vaccinazione (demansionamento, allontanamento temporaneo, sospensione senza retribuzione, licenziamento). Tali atti dovrebbero considerarsi nulli per illiceità del motivo ai sensi ex artt. 1345 e 1418 c.c. (applicabili in forza dell'art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali). Un eventuale licenziamento sarebbe, in particolare, classificabile come discriminatorio. Del pari nulle dovrebbero essere considerate eventuali sanzioni interdittive od espulsive (radiazione dall'albo), comminate da ordini professionali a quegli iscritti che rifiutassero di vaccinarsi contro il Sars-CoV-2, perché non sono concepibili obblighi deontologici che comprimano l'esercizio di spazi di libertà individuale garantiti direttamente dalla Costituzione. L'obbligo di vaccinazione anti Sars-Cov-2 non sussisterebbe, infine, nemmeno per gli operatori sanitari, per i quali l'art. 32, comma 2, Cost. non prevede alcun trattamento particolare<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Si esprime in questi termini ZAMPINI, in *Il lavoro e la giurisprudenza*, n. 3/2021, p. 221 e ss.

<sup>25</sup> ZAMPINI, cit.: "Le questioni dell'obbligo vaccinale e delle sue modalità di attuazione sono una importante cartina di tornasole non solo dei rapporti tra cittadino e collettività, ma ancor prima della concezione stessa di legalità e di Stato di diritto. L'idea che l'obbligatorietà d'un trattamento sanitario non debba necessaria-

### 3. Il consenso alla vaccinazione dei minori e dei soggetti incapaci

Delineati i profili essenziali sui temi del consenso informato e dell'obbligo vaccinale, è necessario approfondire la risposta che l'ordinamento fornisce, rispetto a tali temi, con riferimento a particolari categorie sociali quali i minori ed i soggetti incapaci di intendere e di volere.

Il tema dell'autorizzazione al vaccino di soggetti minori è stato recentemente affrontato dalla giurisprudenza di merito<sup>26</sup>.

mente imporsi secondo le rigorose garanzie costituzionali, ma che possa anche desumersi semplicemente per via interpretativa in assenza di specifica disposizione legislativa o contrattuale e addirittura in contrasto con l'ordine gerarchico delle fonti e la formulazione letterale delle norme vigenti equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati. Verrebbe così a crearsi un precedente molto pericoloso, foriero di sviluppi nefasti. Dovremmo concludere che, nel futuro ordinamento post-pandemico (che si cerca di costruire fin d'ora), ciò che conta non è tanto l'antigiuridicità ma l'antisocialità dei comportamenti; non il diritto, ma la Scienza (univoca) e l'Etica (della situazione). Insomma: non la legge, ma il mood ovvero lo *Zeitgeist*, sempre mutevole eppur onnipresente, come le nuove ed imminenti emergenze globali (pandemica, ambientale, migratoria, terroristica, etc.). Emergenze che forse, secondo alcuni, potrebbero anche richiedere inedite (o magari già viste?) forme di organizzazione della comunità politica, ove la coercizione sia sganciata dai lacci e laccioli delle garanzie formali e procedurali. La ricordata presa di posizione del Consiglio d'Europa al riguardo può senz'altro apprezzarsi, se non sul piano prettamente giuridico, quanto meno a livello politico-programmatico, per far comprendere come siano diffuse le preoccupazioni dei rappresentanti dei popoli europei per le tentazioni autoritarie ovunque innescate dalla pandemia. In conclusione: nel new global order c'è ancora posto per un ordinamento costituzionale a legalità formale come l'abbiamo conosciuto finora? È ancora da considerarsi un modello efficiente, all'altezza delle nuove sfide che attendono l'umanità? È ancora attuale la tradizionale considerazione secondo cui, riguardo ai diritti fondamentali della persona, la legge formale del Parlamento è una garanzia sia per la natura dell'organo, direttamente rappresentativo della volontà popolare nel suo complesso, sia per il procedimento pubblico, articolato e dialettico che la caratterizza, nel cui ambito trovano spazio anche le minoranze parlamentari e l'opinione pubblica? Qualcuno ha scritto che "il coronavirus della costituzione scritta bene se ne frega altamente". E se fosse la Costituzione scritta bene a fregarsene altamente del virus?"

<sup>26</sup> Trib. Verona, decr. 8 marzo 2022: "... che invero entrambe, nel corso delle loro rispettive audizioni hanno espresso chiaramente la loro volontà di sottoporsi alle vaccinazioni previste, al fine principale, da esse riferito, di evitare le restrizioni alla libertà personale nella loro vita di relazione; che tale prospettiva va sicuramente assecondata in quanto è diretta a favorire un corretto equilibrio psicofisico delle minori, che costituisce una delle componenti della salute e della personalità delle stesse, anche in ragione della fase di crescita che esse stanno vivendo; che ancora va evidenziato che la sottoposizione al vaccino delle due minori consente ad esse di poter tornare a frequentare il padre, che peraltro ha avanzato specifica domanda in tale senso, nonché i fratelli e i nonni paterni, che pacificamente sono tutti non vaccinati, con un ridottissimo rischio di contagiarsi e di contagiare i predetti;

La pronuncia in esame, facente capo al Tribunale di Verona, riguarda una vicenda di disaccordo, tra i genitori, nella somministrazione del vaccino anti-Covid alle figlie minorenni. Senza entrare in modo approfondito nel merito della vicenda, il Giudice scalignero, su istanza della madre, ha decretato l'autorizzazione alla vaccinazione anti-Covid delle figlie che avevano espressamente indicato di voler ricevere la somministrazione dello stesso, pur in assenza del consenso del padre. L'autorizzazione alla somministrazione del vaccino, con relativa firma dei moduli di consenso informato, è stata concessa dal Giudice valorizzando il principio del "corretto equilibrio psicofisico" delle minori, in quanto elemento fondamentale del diritto alla salute finalizzato ad espandere le relazioni sociali nei confronti degli altri membri della famiglia, ivi compreso il padre. Il Tribunale ha quindi bilanciato tutti gli elementi della vicenda nel senso di attribuire rilevanza preminente al consenso delle minori, nonostante l'opinione contraria del padre.

Il dissenso tra soggetti, nell'ambito delle procedure di vaccinazione che coinvolgano più persone, introduce il tema della manifestazione del consenso dei soggetti incapaci al trattamento sanitario del vaccino anti-Covid. La questione è stata oggetto di una disciplina speciale da parte del Legislatore e ha visto l'intervento di numerose modifiche nel corso del tempo.

In particolare, il dibattito ha subito un notevole impulso dall'emanazione delle «Raccomandazioni per l'organizzazione della campagna vaccinale contro SARS-COV/COVID-19 e procedure di vaccinazione», con cui il Ministero della Salute ha evidenziato, tra le varie problematiche, la priorità della vaccinazione ai ricoverati presso le c.d. RSA (residenze sanitarie assistenziali), in quanto trattasi di soggetti particolarmente fragili e spesso non in grado di assumere decisioni in modo autonomo.

Il tema è stato affrontato dal Legislatore con la legge di conversione (e modificativa) del D.L. 18 dicembre 2020, n. 172, recante ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare i rischi sanitari connessi alla diffusione del virus (L. 29 gennaio 2021, n. 6), che ha introdotto l'art. 1-*quinquies*, rubricato «Manifestazione del consenso al trattamento sanitario del vaccino anti Covid-19 per i soggetti incapaci ricoverati presso strutture sanitarie assistenziali». La disposizione riproduce, in maniera pressoché immutata<sup>27</sup>, l'art. 5, D.L.

che anche la ripresa delle relazioni familiari è un aspetto rilevante dello sviluppo psico-fisico delle minori; che tali considerazioni non trovano valido ostacolo nelle argomentazioni, anche di carattere scientifico, che ha opposto il resistente, e fondantisi anche sulla relazione di un ct di parte, poiché nessuna di esse tiene conto dei sopra indicati rilevanti profili ed in particolare quello relativo alla protezione che il vaccino può assicurare nell'ambito familiare delle parti, per le ragioni anzidette».

<sup>27</sup> Per approfondimenti sul tema, si vedano SPACCASASSI, *Ospiti delle RSA e consenso alla vaccinazione anti Covid-19: un percorso ad ostacoli?* In [www.questionegiustizia.it/articolo/ospiti-delle-r-](http://www.questionegiustizia.it/articolo/ospiti-delle-r-)

5 gennaio 2021, n. 1, recante «Ulteriori disposizioni urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19».

È opportuno rilevare come, nel nostro ordinamento, la manifestazione del consenso ai trattamenti sanitari sia disciplinata, in modo articolato, dalla L. 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»<sup>28</sup> che disciplina in modo puntuale e differenziato le singole ipotesi, fermo restando che è espressamente contemplata la possibilità di prescindere dal consenso informato del paziente quando via sia una situazione di urgenza.

Per quanto riguarda l'interdetto giudiziale, il consenso è espresso o rifiutato dal tutore, sentito l'interdetto ove possibile, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità. L'inabilitato, differentemente, poiché secondo la disciplina codicistica subisce limitazioni di carattere strettamente patrimoniale, può prestare personalmente il consenso al trattamento. Per il beneficiario di amministrazione di sostegno, invece, il consenso è prestato o rifiutato anche dall'amministratore ovvero solo da quest'ultimo qualora la sua nomina preveda l'assistenza sanitaria<sup>29</sup>.

Ritornando alla disciplina speciale, il presupposto della sua applicabilità si rinviene nella situazione di ri-

*sa-e-consenso-alla-vaccinazione-anti-covid-19-un-percorso-ad-ostacoli*; BUGETTI, *Il consenso alla vaccinazione anti Covid-19 per i soggetti ricoverati presso strutture sanitarie assistite*, in *Corr. Giur.*, 2021, p. 449 e ss.; DE MARZO, *La somministrazione dei vaccini contro il Covid-19 ai soggetti incapaci*, in *Foro it.*, 2021, V, c. 98 e ss.

<sup>28</sup> Pochi mesi dopo l'approvazione della legge, il Tribunale di Pavia ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, Legge n. 219 del 2017, nella parte in cui stabilisce che nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno che abbia la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, questi è legittimato ad esprimere il consenso informato – e dunque il rifiuto delle cure, ancorché necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato – senza l'autorizzazione del giudice tutelare, richiesta solo in caso di contrasto tra vicario e medico in ordine all'esecuzione delle cure proposte. La previsione, sospettata di incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost., ha tuttavia superato il vaglio della Consulta che, investita della questione, con la sentenza 13 giugno 2019, n. 144, ne ha dichiarato l'infondatezza per erroneità del presupposto interpretativo. La Corte costituzionale ha chiarito che «il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario non reca con sé, anche e necessariamente, il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita dell'amministrato, poiché l'attribuzione di tale potere «spetta al giudice tutelare in occasione del decreto di nomina o successivamente» (Corte cost. 13 giugno 2019, n. 144, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>29</sup> Ciò è ammesso sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza maggioritaria: LISSELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, a cura di Ferrando, Milano, 2005, p. 131; ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, p. 216; per la giurisprudenza, si vedano Corte cost., sent. n. 144 del 2019, cit. e Trib. Grosseto, sent. 12 ottobre 2020, in *DeJure*.

covero del soggetto all'interno di una RSA. Con riferimento alla vaccinazione anti-Covid, viene effettuato un sostanziale rinvio alla normativa di cui alla Legge n. 219 del 2017 sul consenso informato, in quanto si prevede che, in un'ottica totalmente emergenziale, la manifestazione del consenso avvenga per mezzo del tutore, il curatore o l'amministratore di sostegno già nominati, anche qualora siano privi di poteri sostituitivi in materia. Tale assunto è pienamente applicabile anche alla persona di fiducia eventualmente indicata dal vaccinando e, altresì, in assenza di indicazioni specifiche nelle DAT (disposizioni anticipate di trattamento).

Particolare è poi il meccanismo che riguarda i casi di "incapacità naturale", per i quali l'art. 1-*quinquies*, comma 2 del menzionato D.L., prevede l'individuazione di una sorta di amministratore di sostegno *ad actum* qualora manchino – o non siano reperibili – il fiduciario, il tutore, il curatore o l'amministratore di sostegno. Trattasi di una novità importante dal punto di vista legislativo in quanto introduce un vero e proprio meccanismo di individuazione *ex lege* di un incaricato ad esprimere il consenso al vaccino. È previsto, in ogni caso, un termine (48 ore) per contattare attivamente il soggetto di riferimento del vaccinando: un'eventuale irreperibilità dovrà essere provata e documentata così come dovrà essere effettivamente sussistente lo stato di incapacità dell'individuo in questione, al fine di evitare abusi o storture del meccanismo previsto. In sostanza, ai soli fini della prestazione del consenso al trattamento vaccinale, la funzione di amministratore di sostegno viene assunta dal direttore sanitario della RSA o, in mancanza, dal responsabile sanitario della struttura. Qualora quest'ultima non sia dotata di alcuna di queste due figure, le funzioni in esame dovranno essere svolte dal direttore sanitario della ASL territorialmente competente sulla struttura o da un suo delegato.

L'obiettivo della normativa è chiaro: velocizzare il processo di vaccinazione di massa con una soluzione particolare che allo stesso tempo ha il pregio di garantire il raggiungimento dello scopo in breve tempo. In ogni caso, per quanto celere possa essere tale processo, il consenso deve essere sempre reso in conformità alla volontà dell'interessato, il quale va messo – ove possibile – nelle condizioni di esprimere la propria volontà.

Il panorama normativo non si esaurisce con questa previsione. Infatti, il soggetto, individuato dalle norme ad esprimere il consenso in luogo dell'incapace, deve obbligatoriamente sentire – se già noti – il coniuge, l'altra parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente o, in difetto, il parente più prossimo entro il terzo grado. Questa specifica pare essere contraria alla ratio della norma secondo cui il consenso debba essere prestato nel minor tempo possibile; tuttavia, la previsione di coinvolgere tali soggetti specifici si ravvisa nella necessità di assicurare al vaccinando la miglior

tutela della salute possibile, nonostante le condizioni particolari della situazione. In ogni caso, qualora vi sia un rifiuto alla vaccinazione da parte di tali soggetti, il direttore sanitario o il responsabile medico della struttura o, ancora, il direttore sanitario dell'ASL, possono chiedere al Giudice tutelare di essere autorizzati alla somministrazione del vaccino. Il decreto del Giudice, immediatamente esecutivo, deve essere comunicato al ricorrente entro 48 ore dalla sua emanazione. In mancanza di tale comunicazione, il consenso si presume convalidato e il personale sanitario di riferimento potrà procedere alla vaccinazione, a nulla rilevando un eventuale decreto di diniego che venga comunicato oltre il termine indicato.

In definitiva, per chiarire definitivamente la corretta applicabilità delle norme, si precisa che la manifestazione del consenso al trattamento vaccinale per le persone incapaci per le quali sia già stato nominato un tutore, un curatore o un amministratore di sostegno, è disciplinata dal D.L. n. 172 del 2020, mentre le restanti fattispecie troveranno la loro fonte nella Legge n. 219 del 22 dicembre 2017 sul consenso informato e nelle norme del Codice civile.

Da tali brevissime note emerge tutta la complessità del tema del consenso informato che, lungi dal risolversi, come abbiamo notato, nella dinamica medico-paziente, si riverbera, soprattutto in momenti molto difficili quali quelli rappresentati dalla pandemia, sulla stessa definizione di cittadinanza, o meglio sul rapporto tra persona, Stato e comunità. A tal riguardo, e le pronunce menzionate sono esaustive e decisive sul punto, la Carta Costituzionale e le norme che ne sono il suo corollario, continuano ad essere la stella polare che consente anche al giudice di guidare la scelta e la valutazione del caso concreto, operando la giusta ponderazione tra gli interessi in gioco e ponendo al centro la persona, quale titolare di insopprimibili diritti e doveri.

Nicola Barbuzzi

Avvocato, già professore a contratto in Diritto dei mezzi di comunicazione presso l'Università telematica Pegaso

Brando Benifei

Europarlamentare, correlatore della legge sull'intelligenza artificiale

## L'AI Act, tra tutela dei diritti fondamentali e prospettive di sviluppo industriale

### abstract

*The European Parliament, first in the world, also acknowledging the concerns of the producers of artificial intelligence systems themselves organically regulates the creation, marketing and use of these systems. The complexity of the work, deriving both from the almost real-time innovation of IT products and from the repercussions on society of the unscrupulous use of AI systems, has prompted the European legislator to intervene decisively to protect the founding values of the Union in order to avoid distorting effects produced by the improper use of modern information systems based on artificial intelligence. The protection of individual freedom, health and the environment, together with the project of a European digital single market, are the cornerstones of the AI Act, whose further purpose is to give legal certainty, avoid duplication with existing laws and stimulate technological innovation with an evident positive impact on creativity, productivity and a general improvement of daily life.*

### keywords

*AI Act – Artificial intelligence – Artificial intelligence systems – Foundational models – Protection of fundamental rights – Technological innovation.*

### abstract

*Il Parlamento europeo, primo al mondo, recependo anche le preoccupazioni dei produttori stessi dei sistemi di intelligenza artificiale disciplina in maniera organica la creazione, la commercializzazione e l'utilizzo di tali sistemi. La complessità del lavoro, derivante sia dalla innovazione quasi in tempo reale dei prodotti informatici che dalle ripercussioni sulla società di un uso spregiudicato dei sistemi di AI, ha spinto il legislatore europeo ad intervenire in maniera decisa per tutelare i valori fondanti dell'Unione al fine di scongiurare effetti distortivi prodotti dall'utilizzo improprio dei moderni sistemi informatici basati sulla intelligenza artificiale. La tutela della libertà individuale, della salute e dell'ambiente, in uno al progetto di un mercato unico digitale europeo, sono le colonne portanti dell'AI Act, il cui ulteriore scopo è quello di dare certezza giuridica, evitare le duplicazioni con*

*le leggi esistenti e stimolare l'innovazione tecnologica con una evidente ricaduta positiva sulla creatività, produttività ed un generale miglioramento della vita quotidiana.*

### parole chiave

*AI Act – Intelligenza artificiale – Sistemi di intelligenza artificiale – Modelli fondazionali – Tutela dei diritti fondamentali – Innovazione tecnologica.*

### sommario

1. Premessa introduttiva. – 2. Le priorità del Regolamento europeo in materia di AI. – 3. La struttura e le basi giuridiche dell'AI Act. – 4. L'AI Act. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa introduttiva

Quasi tutte le invenzioni dell'uomo hanno portato ad un miglioramento della qualità della sua vita, diventando strumenti di supporto e di aiuto nel compimento di operazioni e di automatismi. L'etimologia stessa del termine macchina, dal greco μηχανή – mēkhanē, indica la strumentalità dell'invenzione asservita alle necessità umane. Sarà dunque l'uomo attraverso la τέχνη – téchne, a padroneggiare questi strumenti estendendo, appunto oltre le umane possibilità, le sue abilità. L'uomo tecnologico, in grado non solo di creare strumenti utili a migliorare la sua vita ma anche di padroneggiarli, utilizzandoli in modalità sempre più performanti ha, al giorno d'oggi, una infrastruttura globalizzata di comunicazione dell'informazione, sempre più crossmediale che gli permette di condividere prodotti e tecnica con tutti. Tanto consente non solo di stimolare la creazione di nuove macchine e di nuova tecnologia, migliorando eventualmente quella esistente, ma anche di innescare «un processo mentale per cui si apprendono anche delle regole per la sistemazione di questa informazione in una struttura logica che forma la base delle discipline scientifiche e tecniche»<sup>1</sup>. La velocità delle attuali scoperte scientifiche

<sup>1</sup> G. DIAMBRINI - PALAZZI, *Enciclopedia Europea*, vol. VII, Gar-

e delle nuove tecnologie ha quasi eliminato il concetto di futuro, in quanto il futuro è già 'presente', se si considera proprio la velocità con cui le invenzioni e la tecnologia vengono superate diventando obsolete. Il quesito che da tempo ci si pone è proprio quello se un universo di macchine e tecnologie, oggi antropocentrico, possa essere sostituito da un modello in cui non più l'uomo, ma la macchina, autonoma, sia in grado di simulare ciò che rende il *sapiens digitalis*<sup>2</sup> unico nel ventaglio degli esseri viventi: l'intelligenza e la coscienza di sé. Di certo le neuroscienze hanno fatto notevolissimi passi in avanti e quando queste vengono applicate agli algoritmi che sovrintendono le macchine, al fine di simulare gli schemi di ragionamento ed apprendimento umano, i risultati sono a dir poco stupefacenti. Ma è corretto parlare di 'intelligenza' artificiale, ipotizzando, addirittura, l'acquisizione della coscienza di sé delle macchine governate da algoritmi basati sulle moderne neuroscienze?

La sigla AI (*Artificial Intelligence*) dal tono assolutamente più evocativo e d'impatto rispetto ad altri («programmazione euristica», ad esempio) fu utilizzata per la prima volta nel 1956 in un seminario tenutosi al Dartmouth College, nel New Hampshire. Il seminario venne di molto influenzato dai lavori di Alan Turing, considerato universalmente come il padre dell'informatica moderna, il quale nel 1950 all'interno di un suo saggio dal titolo "*Computing machinery and intelligence*" aveva teorizzato un test per verificare il grado di 'intelligenza' di una macchina a seconda se il suo comportamento, osservato da un essere umano, risultava indistinguibile da quello umano. Negli anni successivi gli studi sulla AI andarono avanti frammentandosi in due grandi correnti: AI forte e AI debole. La prima, supportata dal campo di ricerca denominato 'Intelligenza Artificiale Generale', teorizzava la capacità delle macchine di poter sviluppare autonomamente una coscienza di sé mentre la seconda riteneva che le macchine potessero risolvere problemi specifici, simulando il pensiero umano, senza la capacità di replicarlo e di avere coscienza di quanto fatto.

La seconda corrente è quella più in linea con le osservazioni mosse nel tempo dai filosofi della tecnica quali B. Russell, D. Davidson o J. R. Searle, per i quali il discrimine tra la macchina e l'uomo risiede proprio nell'assenza, in capo alle seconde, di un numero elevato di pensieri e di desideri, i quali possono esistere solo in ricchissimi sistemi concettuali come la mente umana. Ancora, per Searle, le macchine sarebbero in grado di manipolare sintatticamente i simboli ma non di comprenderne il significato o di attribuirgliene uno, essendo l'intenzionalità prerogativa

esclusiva della mente umana. Di fatti la coscienza è il risultato di esperienze soggettive che si manifestano nella intenzionalità e non vi può essere, ad oggi, una macchina in grado di avere esperienze soggettive derivanti, ad esempio, dai sensi quali l'olfatto o la vista. Ne discende come le macchine possano 'conoscere' solo su delega, allorquando il programmatore, attraverso linguaggi di programmazione che non possono essere in alcun modo accostati al linguaggio umano, le fornisce le istruzioni per poter acquisire informazioni circa un dato fenomeno, tuttavia ignorandone il significato<sup>3</sup>.

Le macchine non sono in grado di pensare in quanto non sono capaci di dare un significato ai simboli che utilizzano, essendo solamente in grado di compiere operazione sintattiche, in esecuzione di regole formali e non semantiche, ossia senza comprendere il significato degli atti compiuti. La volontarietà richiede comprensione del significato dei propri atti, la comprensione richiede la consapevolezza delle conseguenze degli atti posti in essere: in altre parole per pensare è indispensabile la coscienza, cosa che le macchine non hanno. Per questo motivo le applicazioni di AI come ChatGPT, basate sull'architettura chiamata GPT-3.5 (*Generative Pre-trained Transformer 3.5*)<sup>4</sup> confineranno le azioni della macchina sempre a simulazioni della mente umana

<sup>3</sup> R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, Il Mulino, Bologna 2019, pp. 299-300.

<sup>4</sup> L'architettura Transformer è un tipo di rete neurale ricorrente (RNN) utilizzata per l'elaborazione di sequenze di dati, come il testo o le traduzioni. È stata introdotta per la prima volta nel 2017 da Vaswani et al. A differenza delle RNN tradizionali, che elaborano i dati sequenzialmente uno dopo l'altro, l'architettura Transformer permette di elaborare l'intera sequenza di input contemporaneamente. Questo è possibile grazie all'uso di meccanismi di attenzione, che consentono al modello di dare più importanza a determinate parti dell'input durante l'elaborazione. L'architettura Transformer è composta da due componenti principali: il "codificatore" e il "decodificatore". Il codificatore prende in input la sequenza di dati da elaborare e lo trasforma in una rappresentazione più ricca e significativa chiamata "rappresentazione contestuale". Questa rappresentazione tiene conto del contesto di ogni parola o simbolo nella sequenza. Il decodificatore prende in input la rappresentazione contestuale prodotta dal codificatore e la utilizza per generare una sequenza di output, come una traduzione o una generazione di testo. Durante questo processo, il decodificatore può consultare l'output generato finora, utilizzando la meccanica dell'attenzione, per produrre una sequenza coerente e corretta. Un elemento chiave dell'architettura Transformer è l'uso di *multi-head attention*, che permette al modello di prestare attenzione simultaneamente a diverse parti dell'input durante l'elaborazione. Ciò consente al modello di catturare correlazioni a lungo termine tra le parole e di produrre rappresentazioni contestuali più accurate. Transformer ha dimostrato risultati molto promettenti nel campo del trattamento del linguaggio naturale, consentendo miglioramenti significativi in attività come la traduzione automatica, la generazione di testo e l'elaborazione del linguaggio naturale in generale. La sua capacità di elaborare in parallelo e la sua capacità di catturare correlazioni a lungo termine hanno reso l'architettura Transformer uno strumento potente nell'ambito dell'intelligenza artificiale.

zanti, Milano 1978, pag. 28; *amplius* P. BARBIERI, *Intelligenza artificiale ed ingegno*, Book Time, 2023.

<sup>2</sup> L. COZZI, *L'Homo sapiens e l'igiene digitale*, in N. BARBUZZI, *Basta un click per odiare. Cyberbullismo e hate speech online agli albori del metaverso*, UniversItalia, 2023, pag. 23.

e mai ad una sua replicazione in quanto, come nel caso della richiesta di una poesia, la macchina sarà in grado di produrre un testo poetico sintatticamente corretto tuttavia privo di emozioni come quelle che caratterizzano, appunto, un testo poetico. In definitiva, affinché una macchina possa dirsi ‘intelligente’ è necessario che essa agisca intelligentemente, ma l’intelligenza molto spesso non basta per poter classificare un comportamento quale ‘intelligente’<sup>5</sup> in quanto il «*sapere molte cose non insegna ad avere intelletto*»<sup>6</sup>.

## 2. Le priorità del Regolamento europeo in materia di AI

Dopo un periodo di gestazione di dieci mesi, il 14 giugno 2023 è stato votato definitivamente dal Parlamento europeo il mandato negoziale (‘EP’s Position’) per il Regolamento sulla intelligenza artificiale che sarà da base per i negoziati di trilogio successivi, preliminari all’approvazione in via definitiva della normativa, prevista per la fine del 2023. Il testo, che emenda la bozza del 27 aprile 2023, votato l’11 maggio 2023 a Strasburgo dalle Commissioni congiunte Mercato Interno (IMCO) e Libertà civili (LIBE), si basa su di una piattaforma di priorità consistenti nella necessità di proteggere, da un lato, i diritti fondamentali in uno a quelli della salute e della sicurezza, dall’altro l’ambiente, la democrazia e lo Stato di diritto in prospettiva dello sviluppo di un Mercato unico per i sistemi di AI, promuovendo, al contempo, l’innovazione e la ricerca.

Ponendosi come un unicum legislativo a livello mondiale anche rispetto allo statunitense *Algorithm Accountability Act* del 2022 (US AAA), ancora in una fase embrionale<sup>7</sup>, il Regolamento del 2023, con una chiara vocazione a diventare lo standard di regolamentazione a livello globale, supera anche la proposta di Regolamento Ue del 21 aprile 2021, presentata dalla Commissione europea che stabiliva norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale, modificando alcuni atti legislativi dell’Unione ed istituendo un quadro di riferimento volto a disciplinare il mercato dell’Unione europea su tale materia - COM(2021)206.

Nello specifico, con l’attuale testo, basato sul modello di analisi rischi/opportunità (*Risk based thinking*)<sup>8</sup> si è provveduto a dare una definizione ampia dei

sistemi di AI estendendone il campo di applicazione ai modelli fondazionali alla base dei sistemi di AI generativi, ad esempio GPT-4 di OpenAI. Inoltre, si è ben pensato di estendere il numero dei sistemi di AI, individuandone gli usi vietati come nel caso della identificazione biometrica remota<sup>9</sup> in tempo reale ed *ex post*, i sistemi di polizia predittiva<sup>10</sup> basati sulla profilazione, ubicazione o comportamenti criminali passati<sup>11</sup>, i sistemi di riconoscimento delle emozioni in

*vincolanti per i sistemi di IA è opportuno avvalersi di un approccio basato sul rischio definito in modo chiaro. Tale approccio dovrebbe adattare la tipologia e il contenuto di dette regole all’intensità e alla portata dei rischi che possono essere generati dai sistemi di IA. È pertanto necessario vietare determinate pratiche inaccettabili di intelligenza artificiale, stabilire requisiti per i sistemi di IA ad alto rischio e obblighi per gli operatori pertinenti, nonché obblighi di trasparenza per determinati sistemi di IA*”, Considerando 14 dell’AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>9</sup> *“L’uso di sistemi di IA di identificazione biometrica remota “in tempo reale” delle persone fisiche in spazi accessibili al pubblico è particolarmente invasivo dei diritti e delle libertà delle persone interessate e può in ultima analisi avere ripercussioni sulla vita privata di un’ampia fetta della popolazione, farla sentire costantemente sotto sorveglianza, collocare le parti che impiegano l’identificazione biometrica in spazi accessibili al pubblico in una posizione di potere incontrollabile e scoraggiare in maniera indiretta l’esercizio della libertà di riunione e di altri diritti fondamentali che costituiscono l’essenza dello Stato di diritto. Le inesattezze di carattere tecnico dei sistemi di IA destinati all’identificazione biometrica remota delle persone fisiche possono determinare risultati distorti e comportare effetti discriminatori. Ciò diviene particolarmente importante quando si trattano aspetti quali età, etnia, sesso o disabilità. L’immediatezza dell’impatto e le limitate opportunità di eseguire ulteriori controlli o apportare correzioni in relazione all’uso di tali sistemi che operano “in tempo reale” comportano inoltre un aumento dei rischi per quanto concerne i diritti e le libertà delle persone oggetto di attività di contrasto. L’uso di tali sistemi in spazi accessibili al pubblico dovrebbe pertanto essere vietato. Analogamente, anche i sistemi di IA utilizzati per l’analisi di filmati registrati di spazi accessibili al pubblico attraverso sistemi di identificazione biometrica remota “a posteriori” dovrebbero essere vietati, a meno che non vi sia un’autorizzazione giudiziaria preventiva concernente il loro uso a fini di contrasto, ove strettamente necessario per la ricerca mirata connessa a uno specifico reato grave già avvenuto e previa autorizzazione giudiziaria”*, Considerando 18 dell’AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>10</sup> *“I sistemi di IA utilizzati dalle autorità di contrasto o per loro conto per realizzare previsioni, profili o valutazioni del rischio sulla base della profilazione delle persone fisiche o dell’analisi dei dati a partire dai tratti e dalle caratteristiche della personalità, inclusa l’ubicazione della persona, o del comportamento criminale pregresso delle persone fisiche o dei gruppi di persone allo scopo di prevedere il verificarsi o il ripetersi di reati effettivi o potenziali o di altri comportamenti sociali penalmente perseguibili o di illeciti amministrativi, inclusi i sistemi di previsione delle frodi, rischiano in modo particolare di discriminare determinati individui o gruppi di individui, in quanto ledono la dignità umana nonché il principio giuridico fondamentale della presunzione d’innocenza. È pertanto opportuno vietare tali sistemi di IA”*, Considerando 26-bis dell’AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>11</sup> Il sistema di polizia predittiva è un sistema di elaborazione e analisi automatizzata per l’ausilio delle attività di polizia basato su di un algoritmo di AI che, sulla scorta dei database delle forze dell’ordine relative ai reati, tenta di predire dove e quando reati simili potrebbero verificarsi nuovamente (*crime linking*). In Italia

<sup>5</sup> *“È un uomo intelligente, ma per agire in modo intelligente, l’intelligenza non basta”*, F. M. DOSTOEVSKIJ, *Delitto e castigo*, p. 320.

<sup>6</sup> *“Il sapere molte cose non insegna ad avere intelletto: lo avrebbe insegnato a Esiodo e a Pitagora, e così a Senofane e a Eraclito”*, Eraclito, fr. 82.

<sup>7</sup> *L’Algorithmic Accountability Act* del 2022 (US AAA) impone alle aziende di valutare l’impatto dei sistemi automatizzati che utilizzano e vendono, crea nuova trasparenza su quando e come vengono utilizzati i sistemi automatizzati e consente ai consumatori di fare scelte informate sull’automazione delle decisioni critiche. Esso rappresenta un approccio pragmatico al bilanciamento dei benefici e dei rischi dei sistemi decisionali automatizzati.

<sup>8</sup> *“Al fine di introdurre un insieme proporzionato ed efficace di regole*

determinate aree, il *social scoring* da parte di enti pubblici e privati<sup>12</sup>, la categorizzazione biometrica<sup>13</sup>, nonché l'ampliamento indiscriminato delle banche dati di riconoscimento facciale mediante *scraping*<sup>14</sup> non mirato di dati biometrici derivanti da filmati, da sistemi di sorveglianza a circuito chiuso o da Internet<sup>15</sup>.

Appare dunque evidente come il divieto di utilizzo di sistemi di AI atti al rilevamento delle emozioni, delle caratteristiche fisiche o fisiologiche quali le espressioni facciali, i movimenti, la frequenza cardiaca e la voce, sia più che giustificato. Di fatti, tali sistemi, per la loro stessa natura, potrebbero portare a pregiudizi in quanto le forme di manifestazione e di percezione delle emozioni variano da cultura a cultura e possono modificarsi in base al contesto in cui la persona monitorata si trova. L'utilizzo di un sistema di rilevamento delle emozioni potrebbe sfociare, senza ombra

il sistema di polizia predittiva è denominato Giove e rappresenta un'evoluzione del precedente sistema KeyCrime, che potrebbe funzionare utilizzando il sistema di riconoscimento facciale Sari.

<sup>12</sup> Il *social scoring* è quella pratica, ideata in Cina dal nome 社会信用体系 - *shèhuì xìnyòng tǐxì*, per la quale vengono assegnati dei 'punti' ai cittadini virtuosi, rappresentate il suo «credito sociale». I punti vengono ottenuti attraverso l'analisi dei dati posseduti dal Governo e derivanti dalla vita sociale ed economica dell'individuo; in altre parole, un vero e proprio sistema indiscriminato di sorveglianza della popolazione.

<sup>13</sup> La categorizzazione biometrica è un processo che coinvolge l'assegnazione di individui a gruppi o categorie in base alle loro caratteristiche biometriche uniche. Le caratteristiche biometriche sono attributi fisici o comportamentali specifici di un individuo, come impronte digitali, volto, iride, voce o pattern di camminata. Queste caratteristiche possono essere utilizzate per identificare e distinguere le persone in modo univoco. La categorizzazione biometrica si basa sull'idea che le caratteristiche biometriche di un individuo possano essere confrontate con un set di dati di riferimento o un database per determinare a quale categoria o gruppo appartenga. Ad esempio, un sistema di riconoscimento facciale può categorizzare un individuo come appartenente a un gruppo specifico, come "autorizzato" o "non autorizzato", confrontando i tratti facciali della persona con i dati precedentemente registrati.

<sup>14</sup> Lo *scraping* (o *web scraping*) è una tecnica che consiste nell'estrarre automaticamente dati o informazioni da pagine web, solitamente tramite l'utilizzo di software o script. Questi strumenti simulano l'interazione di un utente con un browser web, consentendo di navigare tra le pagine, accedere a contenuti protetti da password, compilare moduli e prelevare i dati desiderati.

<sup>15</sup> "I sistemi di IA che forniscono un punteggio sociale delle persone fisiche per finalità generali possono portare a risultati discriminatori e all'esclusione di determinati gruppi. Ledono inoltre il diritto alla dignità e alla non discriminazione e i valori di uguaglianza e giustizia. Tali sistemi di IA valutano o classificano le persone fisiche o i gruppi sulla base di vari punti di dati e occorrenze riguardanti il loro comportamento sociale in molteplici contesti o di caratteristiche personali o della personalità note, dedotte o previste. Il punteggio sociale ottenuto da tali sistemi di IA può determinare un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di persone fisiche o di interi gruppi in contesti sociali che non sono collegati ai contesti in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti, o a un trattamento pregiudizievole che risulta ingiustificato o sproporzionato rispetto alla gravità del loro comportamento sociale. È pertanto opportuno vietare tali sistemi di IA", Considerando 17 dell'AI Act; art. 5, par. 1 lett. dter, AI Act così come votati dal Parlamento europeo.

di dubbio, in abusi, attesa la non piena affidabilità del sistema di interpretazione dell'emozione, specie quando utilizzati per scopi di polizia preventiva, sul posto di lavoro o alle frontiere<sup>16</sup>.

I divieti trovano eccezione alla lettera d) del paragrafo 2 dell'art. 5, della bozza della Commissione, allorché l'utilizzo dei sistemi di identificazione biometrica remota «*in tempo reale*» in spazi accessibili al pubblico risulti necessario per l'attività di contrasto, nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario. All'uopo, sarà consentito per la ricerca mirata di potenziali specifiche vittime di reato, compresi i minori scomparsi, per la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico, per il rilevamento, la localizzazione, l'identificazione o l'azione penale nei confronti di un autore o un sospettato di un reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio<sup>17</sup>. Le

<sup>16</sup> "Sussistono serie preoccupazioni in merito alla base scientifica dei sistemi di IA volti a rilevare le emozioni, le caratteristiche fisiche o fisiologiche come le espressioni facciali, i movimenti, la frequenza cardiaca o la voce. Le emozioni o la loro espressione e percezione variano notevolmente in base alle culture e alle situazioni e persino in relazione a una stessa persona. Tra le principali carenze di tali tecnologie figurano la limitata affidabilità (le categorie di emozioni non sono espresse in modo affidabile attraverso un insieme comune di movimenti fisici o fisiologici né associate in modo inequivocabile agli stessi), la mancanza di specificità (le espressioni fisiche o fisiologiche non corrispondono perfettamente alle categorie di emozioni) e la limitata generalizzabilità (gli effetti del contesto e della cultura non sono sufficientemente presi in considerazione). Possono emergere problemi di affidabilità e, di conseguenza, gravi rischi di abuso in particolare quando il sistema viene utilizzato in situazioni reali relative ad attività di contrasto, alla gestione delle frontiere, al luogo di lavoro e agli istituti di istruzione. Pertanto, è opportuno vietare l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA destinati a essere utilizzati in tali contesti per rilevare lo stato emotivo delle persone fisiche", Considerando 26-quater AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>17</sup> "2. Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privative della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni: partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta di esseri umani, sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile, traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi, corruzione, frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, riciclaggio di proventi di reato, falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro, criminalità informatica, criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette, favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali, omicidio volontario, lesioni personali gravi, traffico illecito di organi e tessuti umani, rapimento, sequestro e presa di ostaggi, razzismo e xenofobia, furti organizzati o con l'uso di armi, traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte, truffa, racket e estorsioni, contraffazione e pirateria in materia di prodotti, falsificazione di atti amministrativi

predette eccezioni sono state eliminate dal testo votato dal Parlamento europeo, prevedendo un generale divieto di utilizzo dei sistemi di AI per l'identificazione biometrica. Su tale punto, essendo nota la posizione del Consiglio, il quale già nel mese di dicembre 2022 aveva sottolineato l'importanza della rilevazione biometrica per il contrasto alla criminalità, è quasi certo un passo in dietro del Parlamento europeo in sede di negoziati.

Anche l'utilizzo della AI all'interno del posto di lavoro richiede regolamentazione al fine di proteggere la privacy del lavoratore; per tale motivo si è reso necessario l'inserimento dell'obbligo della valutazione di impatto sui diritti fondamentali da parte delle aziende e delle autorità pubbliche prima dell'attivazione di sistemi di AI definiti «*ad alto rischio*». Restando sempre nell'ambito aziendale, si è introdotto l'ulteriore obbligo per le aziende di progettare e realizzare il proprio sistema di AI con funzionalità di registrazione per consentire il monitoraggio del consumo energetico e dell'impatto ambientale, rendendolo noto nella descrizione tecnica del prodotto. Anche la progettazione dei modelli fondazionali dovrà essere ispirata ad una generale finalità di riduzione della loro impronta ambientale. Ovviamente al netto di tutte le priorità appena elencate, emerge la necessità di una adeguata alfabetizzazione in materia di AI, non solo attraverso l'obbligo di una maggiore conoscibilità dei sistemi di AI e dei requisiti/obblighi di legge, ma anche di una maggiore responsabilizzazione delle persone, introducendo l'obbligo di informare le persone di essere soggette ad un sistema di AI, consentendo loro di ottenere spiegazioni a riguardo e di poter, anche in forma collettiva, ricorrere avverso l'utilizzo di tali sistemi.

Da qui l'obbligo per i modelli di AI generativa, quali ad esempio 'ChatGPT' di OpenAI e 'Bard' di Google, di indicare chiaramente attraverso un *watermarking*<sup>18</sup> che i loro output sono stati generati da un

---

*e traffico di documenti falsi, falsificazione di mezzi di pagamento, traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio volontario, reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, dirottamento di aereo/nave, sabotaggio*", art. 2, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio europeo.

<sup>18</sup> Il *watermarking*, o marcatura digitale, è una tecnica utilizzata per proteggere l'integrità e l'autenticità di un'opera digitale, come un'immagine o un video. Consiste nell'aggiungere informazioni aggiuntive o un marchio visibile o invisibile all'opera stessa, in modo che possa essere identificata come proprietà di un particolare individuo o organizzazione. Il *watermarking* può essere utilizzato per diverse finalità: 1. Protezione del copyright: Un *watermark* può essere applicato a un'opera per indicare che è protetta da diritti d'autore. In questo modo, se l'opera viene utilizzata senza autorizzazione, il *watermark* può essere utilizzato come prova dell'infrazione e può deterrenere altri dall'utilizzare l'opera senza permesso. 2. Tracciabilità: I *watermark* possono essere utilizzati per tracciare la distribuzione di un'opera digitale su Internet.

sistema di AI.

### 3. La struttura e le basi giuridiche dell'AI Act

Il Regolamento, nella bozza della Commissione, risulta composto da 89 Considerando<sup>19</sup> e 85 articoli, ed entrerà in vigore il ventesimo giorno dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Esso sarà obbligatorio e direttamente applicabile negli Stati dell'Unione ventiquattro mesi dopo la sua entrata in vigore. Nel testo votato dalla Commissione, in deroga ai tempi dell'entrata in vigore del Regolamento, il titolo III, il capo 4 e il titolo VI si applicheranno a partire dal terzo mese successivo l'entrata in vigore del regolamento, mentre l'articolo 71 si applicherà a partire dal dodicesimo mese successivo all'entrata in vigore del regolamento<sup>20</sup>.

Analizzando il testo del Regolamento è possibile rinvenire due basi giuridiche sottese all'intero impianto normativo. La prima delle due basi giuridiche

---

Ad esempio, un *watermark* invisibile può contenere informazioni sul possessore dell'opera o sulla sua origine. Se l'opera viene trovata su un sito web o su una piattaforma di condivisione senza autorizzazione, il *watermark* può essere utilizzato per risalire al proprietario originale. 3. Autenticazione: I *watermark* possono essere utilizzati per verificare l'autenticità di un'opera digitale. Ad esempio, gli archivi fotografici o le agenzie di stampa possono applicare *watermark* visibili alle loro immagini per dimostrare che provengono da una fonte affidabile e autorevole. Esistono diversi tipi di *watermarking*, tra cui: – *Watermark* visibile: Questo tipo di *watermark* è chiaramente visibile sull'opera e può essere un testo sovrapposto, un logo o un simbolo. È spesso utilizzato per scopi di protezione del copyright o per scopi promozionali. – *Watermark* invisibile: Questo tipo di *watermark* non è visibile a occhio nudo e richiede l'uso di strumenti specifici per essere rilevato. I *watermark* si differenziano dagli NFT (*Non fungible token*) in quanto, pur riguardando entrambi la protezione delle opere digitali, gli NFT si concentrano sulla creazione di *token* crittografici per certificare l'autenticità e la proprietà, mentre il *watermarking* è una tecnica per l'aggiunta di informazioni visibili o invisibili all'opera digitale per scopi di protezione, tracciabilità e autenticità. In definitiva, gli NFT forniscono una prova crittografica di autenticità e proprietà di un'opera digitale; di fatti, una volta che un'opera è associata a un NFT, essa viene registrata su una *blockchain*, risultando quasi impossibile falsificarla o modificarla senza invalidare il *token*. Tale operazione di rimozione o alterazione risulta molto più agevole sul *watermark* proprio per l'assenza di un sistema di registrazione del *token* su di una *blockchain*.

<sup>19</sup> I «Considerando» motivano in modo conciso la ratio delle norme essenziali del testo di legge, senza riprodurre o parafrasarne il contenuto. Essi non contengono enunciati di carattere normativo o dichiarazioni di natura politica, essendo dei meri elementi interpretativi.

<sup>20</sup> «Article 85. Entry into force and application. 1.This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*. 2. This Regulation shall apply from [24 months following the entering into force of the Regulation]. 3. By way of derogation from paragraph 2: (a) Title III, Chapter 4 and Title VI shall apply from [three months following the entry into force of this Regulation]; (b) Article 71 shall apply from [twelve months following the entry into force of this Regulation]. This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States», art. 85 AI Act nel testo approvato dalla Commissione.

è di natura prettamente economica ed è parte fondamentale della strategia dell'Unione per il mercato unico digitale. Tanto emerge dal richiamo contenuto nella relazione alla bozza dell'AI Act all'articolo 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>21</sup>, che prevede l'adozione di misure finalizzate

<sup>21</sup> “1. Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell'articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. 2. Il paragrafo 1 non si applica alle disposizioni fiscali, a quelle relative alla libera circolazione delle persone e a quelle relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti. 3. La Commissione, nelle sue proposte di cui al paragrafo 1 in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici. Anche il Parlamento europeo ed il Consiglio, nell'ambito delle rispettive competenze, cercheranno di conseguire tale obiettivo. 4. Allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 36 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, esso notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse. 5. Inoltre, fatto salvo il paragrafo 4, allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario introdurre disposizioni nazionali fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione, esso notifica le disposizioni previste alla Commissione precisando i motivi dell'introduzione delle stesse. 6. La Commissione, entro sei mesi dalle notifiche di cui ai paragrafi 4 e 5, approva o respinge le disposizioni nazionali in questione dopo aver verificato se esse costituiscono o no uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata nel commercio tra gli Stati membri e se rappresentino o no un ostacolo al funzionamento del mercato interno. In mancanza di decisione della Commissione entro detto periodo, le disposizioni nazionali di cui ai paragrafi 4 e 5 sono considerate approvate. Se giustificato dalla complessità della questione e in assenza di pericolo per la salute umana, la Commissione può notificare allo Stato membro interessato che il periodo di cui al presente paragrafo può essere prolungato per un ulteriore periodo di massimo sei mesi. 7. Quando uno Stato membro è autorizzato, a norma del paragrafo 6, a mantenere o a introdurre disposizioni nazionali che derogano a una misura di armonizzazione, la Commissione esamina immediatamente l'opportunità di proporre un adeguamento di detta misura. 8. Quando uno Stato membro solleva un problema specifico di pubblica sanità in un settore che è stato precedentemente oggetto di misure di armonizzazione, esso lo sottopone alla Commissione che esamina immediatamente l'opportunità di proporre misure appropriate al Consiglio. 9. In deroga alla procedura di cui agli articoli 258 e 259, la Commissione o qualsiasi Stato membro può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione europea ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dal presente articolo. 10. Le misure di armonizzazione di cui sopra comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri ad adottare, per uno o più dei motivi di carattere non economico di cui all'articolo 36, misure provvisorie soggette ad una

ad assicurare l'instaurazione ed il buon funzionamento del mercato interno, fissando regole armonizzate, in particolare per quanto concerne lo sviluppo, l'immissione sul mercato dell'Unione e l'utilizzo di prodotti e servizi che ricorrono a tecnologie di intelligenza artificiale o forniti come sistemi di IA indipendenti («stand-alone»).

Tuttavia, alcuni Stati membri stanno già prendendo in considerazione l'adozione di regole autonome destinate a garantire la sicurezza dei sistemi di AI e che questi vengano sviluppati ed utilizzati nel pieno rispetto dei diritti fondamentali.

Le legislazioni nazionali, precedenti al testo europeo, potrebbero determinare due ordini di problemi: da un lato, la frammentazione del mercato interno su elementi essenziali concernenti, in particolare, i requisiti dei prodotti e dei servizi di AI, la loro commercializzazione, il loro utilizzo, la responsabilità e il controllo da parte delle autorità pubbliche; dall'altro, la riduzione sostanziale della certezza del diritto, tanto per i fornitori quanto per gli utenti dei sistemi di AI, in ordine alle modalità secondo cui le regole nuove e quelle esistenti si applicheranno a tali sistemi nell'Unione.

Attesa l'ampia circolazione di prodotti e servizi a livello transfrontaliero, questi due problemi possono essere risolti solo mediante l'armonizzazione della legislazione a livello di Unione. A tal fine, il Regolamento indica i requisiti obbligatori comuni applicabili alla progettazione e allo sviluppo di alcuni sistemi di AI prima della loro immissione sul mercato. Viene, altresì, disciplinato il periodo successivo all'immissione sul mercato dei sistemi di AI, armonizzando le modalità secondo cui saranno eseguiti i controlli *ex post*.

La seconda base giuridica dell'AI Act è rappresentata dai principi di cui all'art. 16 del TFUE<sup>22</sup> che cristallizza il diritto di ogni persona alla protezione dei dati personali che la riguardano. In effetti, il richiamo alla norma del TFUE è necessario attesa la particolare natura delle tutele sulla protezione delle persone fisiche, relativamente al trattamento dei dati personali contenuti nel regolamento, proprio in considerazione delle norme stringenti sull'utilizzo di sistemi di AI per l'identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico.

*procedura di controllo del l'Unione*”, art. 114 TFUE.

<sup>22</sup> “1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti. Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea”, art. 16 TFUE.

#### 4. L'AI Act

L'incipit del regolamento sancisce la centralità della persona, in una visione antropocentrica ed etica di promozione dell'uso affidabile dell'intelligenza artificiale incentrata sulla persona. Tanto al fine di garantire un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali, della democrazia, dello Stato di diritto e dell'ambiente dagli effetti nocivi che i sistemi di AI potrebbero avere attraverso un uso non regolamentato, sostenendo l'innovazione e migliorando il funzionamento del mercato interno<sup>23</sup>.

È evidente come l'AI debba essere intesa quale strumento, eticamente orientato ai valori dell'Unione così come sanciti dall'articolo 2 TUE<sup>24</sup>, ai diritti e alle libertà fondamentali sancite nei Trattati, nella Carta e nel diritto internazionale dei diritti umani, funzionale al miglioramento delle condizioni sociali ed economiche, vietando quegli utilizzi dell'AI che possano produrre la limitazione della libertà individuale e portare ad una sostituzione dell'autonomia umana<sup>25</sup>.

Il Regolamento, ai sensi degli artt. 1 e 2 non troverebbe applicazioni ai sistemi di AI sviluppati esclusivamente a scopo di ricerca, né ai sistemi di AI offerti tramite licenze libere e *open source*, tranne nel caso in cui siano integrati in un sistema di AI ad alto rischio. Il te-

sto votato dal Parlamento europeo aggiunge agli obiettivi del Regolamento la protezione della democrazia, dello Stato di diritto e dell'ambiente alla protezione dei diritti fondamentali, della salute e della sicurezza da applicare ai fornitori e agli utilizzatori di sistemi di AI quando essi sono utilizzati nell'UE, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento. Ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, è previsto il divieto per le aziende europee di vendere sistemi di AI vietati a Paesi terzi.

Recependo la definizione data dall'OSCE, l'AI Act, all'art. 3, definisce cosa debba intendersi per sistema di AI<sup>26</sup>. L'AI appartiene ad una famiglia di nuove tecnologie, in rapida evoluzione che, se sviluppate in conformità con i principi generali ed in linea con la Carta fondamentale dell'UE può contribuire a fornire un ampio spettro di vantaggi economici, ambientali e sociali alle attività produttive e sociali. Di fatti, l'ottimizzazione delle operazioni di allocazione delle risorse e la personalizzazione delle soluzioni digitali disponibili per gli individui e le organizzazioni, può consentire all'AI di fornire vantaggi competitivi fondamentali per le aziende, sostenendo risultati socialmente vantaggiosi e a limitato impatto ambientale. Ovviamente risulta dirimente una stringente normazione, attesa la natura stessa dell'AI progettata per funzionare con diversi livelli di autonomia e quindi in grado di avere un certo grado di indipendenza dalle azioni e dai controlli umani e addirittura operare senza alcun intervento umano<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Art. 1, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts. (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)).

<sup>24</sup> "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini", art. 2 TUE.

<sup>25</sup> "At the same time, depending on the circumstances regarding its specific application and use, as well as the level of technological development, artificial intelligence may generate risks and cause harm to public or private interests and fundamental rights of natural persons that are protected by Union law. Such harm might be material or immaterial, including physical, psychological, societal or economic harm", art. 4 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts. (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)); "Given the major impact that artificial intelligence can have on society and the need to build trust, it is vital for artificial intelligence and its regulatory framework to be developed according to Union values enshrined in Article 2 TEU, the fundamental rights and freedoms enshrined in the Treaties, the Charter, and international human rights law. As a pre-requisite, artificial intelligence should be a human-centric technology. It should not substitute human autonomy or assume the loss of individual freedom and should primarily serve the needs of the society and the common good. Safeguards should be provided to ensure the development and use of ethically embedded artificial intelligence that respects Union values and the Charter", art. 4a Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts. (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)).

<sup>26</sup> "Artificial intelligence is a fast evolving family of technologies that can and already contributes to a wide array of economic, environmental and societal benefits across the entire spectrum of industries and social activities if developed in accordance with relevant general principles in line with the EU Charter of Fundamental Rights and the values on which the Union is founded. By improving prediction, optimising operations and resource allocation, and personalising digital solutions available for individuals and organisations, the use of artificial intelligence can provide key competitive advantages to companies and support socially and environmentally beneficial outcomes, for example in healthcare, farming, food safety, education and training, media, sports, culture, infrastructure management, energy, transport and logistics, crisis management, public services, security, justice, resource and energy efficiency, environmental monitoring, the conservation and restoration of biodiversity and ecosystems and climate change mitigation and adaptation. (3a) To contribute to reaching the carbon neutrality targets, European companies should seek to utilise all available technological advancements that can assist in realising this goal. Artificial Intelligence is a technology that has the potential of being used to process the ever-growing amount of data created during industrial, environmental, health and other processes. To facilitate investments in AI-based analysis and optimisation tools, this Regulation should provide a predictable and proportionate environment for low-risk industrial solutions", art. 3, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts. (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)).

<sup>27</sup> "...AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy, meaning that they have at least some degree of independence of actions from human controls and of capabilities to operate without human intervention...", art. 6, Proposal for a regulation

Accanto alla definizione di AI, inteso come «*un sistema basato sulla macchina, progettato per operare con diversi livelli di autonomia e che può, per obiettivi espliciti o impliciti generare output come previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali*»<sup>28</sup>, l'AI Act definisce gli utenti dei sistemi di intelligenza artificiale quali «*deployer*», le «*persone interessate (affected persons)*» quali persone fisiche o gruppi di persone che sono soggette o altrimenti interessate ad un sistema di AI. L'AI Act chiarisce cosa debba intendersi per «*Modello fondazionale (Foundation model)*» e «*Sistema di intelligenza artificiale generico (General purpose AI System)*», laddove il primo è un modello di AI che viene addestrato su dati ampi in larga scala, progettato per la generalità dell'output e può essere adattato ad un'ampia gamma di compiti distintivi, mentre il secondo è un sistema di AI che può essere utilizzato ed adattato ad un'ampia gamma di applicazioni per le quali non è stato progettato intenzionalmente o specificamente.

Il Parlamento europeo, stabilisce sei principi fondamentali di alto livello applicabili a tutti i sistemi di AI disciplinati dall' AI Act: 1) azione umana e supervisione; 2) solidità tecnica e sicurezza; 3) privacy e governance dei dati; 4) trasparenza; 5) diversità, non discriminazione ed equità; 6) benessere sociale ed ambientale.

Sulla scorta di questi sei principi il Parlamento europeo interviene sulla materia ponendo in essere una serie di divieti finalizzati ad impedire la commercializzazione di sistemi di AI che utilizzino tecniche subliminali, volutamente manipolative ed ingannevoli, in grado di distorcere il comportamento di una persona o di un gruppo di persone. La manipolazione di massa porterebbe, qualora non vietata, ad un notevole pregiudizio sulla capacità delle persone di prendere decisioni informate, inducendole a prendere decisioni che diversamente non avrebbero mai preso, arrecando ad essa stessa, ad un'altra persona o ad un gruppo di persone un notevole pregiudizio<sup>29</sup>.

of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts. (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)).

<sup>28</sup> «... a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate outputs such as predictions, recommendations, or decisions that influence physical or virtual environments», art. 3 AI Act, votato dal Parlamento europeo.

<sup>29</sup> «... l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la capacità della persona di prendere una decisione informata, inducendo pertanto la persona a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone un danno significativo; Il divieto di sistemi di IA

È il caso degli algoritmi che forniscono raccomandazioni sui social o sulle piattaforme digitali, categorizzati come «*ad alto rischio*» proprio per la loro capacità di influenzare i comportamenti degli utenti, in grado di elaborare autonomamente le esigenze sottese dell'utente e di rilanciarle attraverso rapidi processi di condivisione, confondendo l'agente umano anche su ciò che sia vero e ciò che sia falso. I meccanismi che sovrintendono alle *newsfeed* dei social, pongono in essere un processo di scrematura dei contenuti da proporre in *foreground* (primo piano), scartando in *background* (secondo piano) le informazioni non rientranti nei parametri di gradimento dell'utente, con la conseguenza di azzerare, a tutti gli effetti, il pluralismo non solo dell'informazione ma anche delle idee. L'utente si trova all'interno di una vera e propria bolla, tecnicamente «*bias di conferma*»<sup>(30)</sup>, una zona di comfort in cui tutto ciò che lo circonda gli è proposto in base al proprio vissuto<sup>31</sup>.

L'AI Act vieta altresì anche quei sistemi di AI che sfruttano «*la vulnerabilità di una persona o di un gruppo specifico di persone comprese le caratteristiche note o previste della personalità o della situazione sociale o economica, dell'età, della capacità fisica o mentale di tale persona o di tale gruppo allo scopo o avente l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona appartenente tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo*»<sup>32</sup>, nonché quei sistemi di AI di «*categorizzazione biometrica che classificano le persone fisiche in base ad attributi o caratteristiche sensibili o protetti o basati sulla deduzione di tali attributi o caratteristiche. Tale divieto non si applica ai sistemi di IA destinati a essere utilizzati per scopi terapeutici approvati sulla base del consenso informato specifico delle persone che sono esposte a tali tecniche o, se del caso, del loro tutore legale*»<sup>33</sup>, ed in ultimo i sistemi di AI finalizzati alla valutazione e alla classificazione «*del punteggio sociale*

*che utilizzano tecniche subliminali di cui al primo comma non si applica ai sistemi di IA destinati a essere utilizzati per scopi terapeutici approvati sulla base del consenso informato specifico delle persone che sono esposte a tali tecniche o, se del caso, del loro tutore legale*», art. 5, par. 1, lett. a, AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>30</sup> Il *bias di conferma* è «*un processo mentale che consiste nel ricercare, selezionare ed interpretare informazioni in modo da porre maggiore attenzione, e quindi attribuire maggiore credibilità, a quelle che confermano le proprie convinzioni o ipotesi e, viceversa, ignorare o sminuire informazioni che le contraddicono. Il fenomeno è più marcato nel contesto di argomenti che suscitano forti emozioni o che vanno a toccare credenze profondamente radicate. Spiegazioni per questo bias includono il pensiero illusorio e la limitata capacità umana di gestire le informazioni. Un'altra spiegazione è che le persone sopravvalutano le conseguenze dello sbagliarsi invece di esaminare i fatti in maniera neutrale, scientifica*», J. Darley, P. Gross, *A hypothesis-confirming bias in labeling effects*, 1983, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 44, 20-33.

<sup>31</sup> N. BARBUZZI, *Basta un click per odiare. Cyberbullismo e hate speech online agli albori del metaverso*, cit., pag. 115.

<sup>32</sup> Art. 5, par. 1, lett. b, AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>33</sup> Art. 5, par. 1, lett. bbis, AI Act votato dal Parlamento europeo.

di persone fisiche o di un gruppo di persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note, dedotte o previste»<sup>34</sup>.

Funzionale ai divieti di cui all'art. 5, l'art. 6 e l'allegato III del Regolamento, è la definizione di «sistemi di IA ad alto rischio». A prescindere dal fatto che un sistema di AI sia immesso sul mercato o messo in servizio indipendentemente dai prodotti di cui alle lettere a) e b), tale sistema di AI è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le seguenti condizioni: a) il sistema di AI è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto o il sistema di AI è esso stesso un prodotto disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II; b) il prodotto il cui componente di sicurezza ai sensi della lettera a) è il sistema di AI, o il sistema di AI stesso in quanto prodotto, deve essere sottoposto a una valutazione di conformità da parte di terzi relativa ai rischi per la salute e la sicurezza, al fine dell'immissione sul mercato o la messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II. Oltre ai sistemi di AI ad alto rischio di cui al paragrafo 1, i sistemi di AI che rientrano in una o più aree critiche e casi d'uso di cui all'allegato III sono considerati ad alto rischio se presentano un rischio significativo di danno per la salute, sicurezza o diritti fondamentali delle persone fisiche. Se un sistema di AI rientra nell'allegato III, punto 2, è considerato ad alto rischio se presenta un rischio significativo di danno per l'ambiente. Nello specifico per l'allegato III punto 1 sono ad alto rischio i sistemi biometrici e basati sulla biometria («a) Sistemi di IA destinati a essere utilizzati per l'identificazione biometrica delle persone fisiche, ad eccezione di quelli di cui all'articolo 5; a bis) sistemi di IA destinati a essere utilizzati per trarre conclusioni sulle caratteristiche personali delle persone fisiche sulla base di dati biometrici o basati su dati biometrici, compresi i sistemi di riconoscimento delle emozioni, ad eccezione di quelli di cui all'articolo 5; Il punto 1 non comprende i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la verifica biometrica il cui unico scopo è confermare che una determinata persona fisica è la persona che afferma di essere»); i sistemi di AI deputati alla gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche («a) sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nell'esercizio del traffico stradale, ferroviario e aereo, a meno che non siano disciplinati dall'armonizzazione o dalla legislazione settoriale. a bis) sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza nella gestione e nel funzionamento della fornitura di acqua, gas, riscaldamento, elettricità e infrastrutture digitali critiche»); sistemi di intelligenza artificiale destinati all'istruzione e alla for-

mazione professionale («a) Sistemi di IA destinati a essere utilizzati al fine di determinare l'accesso o influenzare materialmente le decisioni di ammissione o di assegnazione di persone fisiche a istituti di istruzione e formazione professionale; b) sistemi di IA destinati a essere utilizzati al fine di valutare gli studenti negli istituti di formazione professionale e per la valutazione dei partecipanti ai test comunemente richiesti per l'ammissione a tali istituti; b bis) sistemi destinati ad essere utilizzati al fine di valutare il livello di istruzione appropriato per un individuo e influenzare materialmente il livello di istruzione e formazione professionale che l'individuo riceverà o potrà accedere. bb) sistemi di intelligenza artificiale destinati a essere utilizzati per monitorare e rilevare comportamenti vietati degli studenti durante le prove nel contesto di/ all'interno di istituti di istruzione e formazione professionale»). La classificazione di un sistema di AI «ad alto rischio» comporta una serie di obblighi a carico dei fornitori, come ad esempio quello sancito dall'art. 9 del testo votato dal Parlamento europeo, di identificare e mitigare i rischi per la democrazia, lo Stato di diritto, l'ambiente e prestare particolare attenzione ai rischi per i gruppi vulnerabili quali minori o persone con disabilità<sup>35</sup>. Altro importante obbligo a carico dei fornitori dei sistemi di AI «ad alto rischio» attiene la *governance* dei dati, laddove il fornitore dovrà applicare misure di *governance* dei dati per garantire che i set di dati utilizzati per sviluppare il sistema di AI siano pertinenti, controllati per evitare errori, rappresentativi e il più possibile completi<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> «La portata dell'impatto negativo del sistema di IA sui diritti fondamentali protetti dalla Carta è di particolare rilevanza ai fini della classificazione di un sistema di IA tra quelli ad alto rischio. Tali diritti comprendono il diritto alla dignità umana, il rispetto della vita privata e della vita familiare, la protezione dei dati personali, la libertà di espressione e di informazione, la libertà di riunione e di associazione e la non discriminazione, il diritto all'istruzione, la protezione dei consumatori, i diritti dei lavoratori, i diritti delle persone con disabilità, l'uguaglianza di genere, i diritti di proprietà intellettuale, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza e il diritto a una buona amministrazione. Oltre a tali diritti, è importante sottolineare che i minori godono di diritti specifici sanciti dall'articolo 24 della Carta dell'UE e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo (ulteriormente elaborati nell'osservazione generale n. 25 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo per quanto riguarda l'ambiente digitale), che prevedono la necessità di tenere conto delle loro vulnerabilità e di fornire la protezione e l'assistenza necessarie al loro benessere. È altresì opportuno tenere in considerazione, nel valutare la gravità del danno che un sistema di IA può provocare, anche in relazione alla salute e alla sicurezza delle persone o all'ambiente, il diritto fondamentale a un livello elevato di protezione dell'ambiente sancito dalla Carta e attuato nelle politiche dell'Unione», Considerando 28-bis dell'AI Act votato dal Parlamento europeo.

<sup>36</sup> «I sistemi di IA ad alto rischio che utilizzano tecniche che prevedono l'uso di dati per l'addestramento di modelli sono sviluppati sulla base di set di dati di addestramento, convalida e prova che soddisfano i criteri di qualità di cui ai paragrafi da 2 a 5 nella misura in cui ciò sia tecnicamente fattibile secondo lo specifico segmento di mercato o campo di applicazione. Le tecniche che non

<sup>34</sup> Art. 5, par. 1, lett. C parte introduttiva, AI Act votato dal Parlamento europeo.

Di notevole importanza, nel Titolo IV, sono gli obblighi di trasparenza che si applicheranno ai sistemi di AI destinati ad interagire con le persone fisiche (art. 52, par. 1), ai sistemi atti al riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica (art. 52, par. 2), ai sistemi che generano o manipolano testi o contenuti audio o visivi (“*deep fake*”) che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri e che rappresentano persone che sembrano dire cose che non hanno detto o compiere atti che non hanno commesso, senza il loro consenso (art. 52, par. 3, comma 1).

Nei casi previsti dall’art. 52 par. 1 dell’AI Act votato dal Parlamento europeo, i sistemi di AI dovranno essere «*progettati e sviluppati in modo tale che il sistema di IA, il fornitore stesso o l’utente informino in modo tempestivo, chiaro e comprensibile la persona fisica esposta a un sistema di IA del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dalle circostanze e dal contesto di utilizzo*»; nel caso dei

*richiedono dati di input etichettati, come l’apprendimento non supervisionato e l’apprendimento per rinforzo, sono sviluppate sulla base di set di dati, ad esempio per le prove e le verifiche, che soddisfano i criteri di qualità di cui ai paragrafi da 2 a 5*”, art. 10 par. 1 AI Act votato dal Parlamento europeo; “*I set di dati di addestramento, convalida e prova sono soggetti a misure di governance dei dati adeguate al contesto di utilizzo come pure alla finalità prevista del sistema di IA. Tali misure riguardano in particolare: a bis) la trasparenza riguardo alla finalità originaria della raccolta dei dati; b) i processi di raccolta dati; c) le operazioni di trattamento ai fini della preparazione dei dati, quali annotazione, etichettatura, pulizia, aggiornamento, arricchimento e aggregazione; d) la formulazione di ipotesi, in particolare per quanto riguarda le informazioni che si presume che i dati misurino e rappresentino; e) una valutazione della disponibilità, della quantità e dell’adeguatezza dei set di dati necessari; f) un esame atto a valutare le possibili distorsioni che possono incidere sulla salute e sulla sicurezza delle persone, avere un impatto negativo sui diritti fondamentali o comportare discriminazioni vietate dal diritto dell’Unione, in particolare quando i dati di output influenzano gli input per operazioni future (“circuiti di feedback”, feedback loops), nonché misure adeguate per individuare, prevenire e attenuare le possibili distorsioni; f bis) le misure adeguate per individuare, prevenire e attenuare le possibili distorsioni; g) l’individuazione di lacune o carenze rilevanti nei dati, tali da pregiudicare il rispetto del presente regolamento, e il modo in cui tali lacune e carenze possono essere colmate*”, art. 10, par. 2, AI Act votato dal Parlamento Europeo; “*I set di dati di addestramento e, ove applicabile, i set di dati di convalida e prova, incluse le etichette, devono essere pertinenti, sufficientemente rappresentativi, adeguatamente verificati in termini di errori e il più possibile completi alla luce della finalità prevista. Essi possiedono le proprietà statistiche appropriate, anche, ove applicabile, per quanto riguarda le persone o i gruppi di persone in relazione ai quali il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato. Queste caratteristiche dei set di dati devono essere soddisfatte a livello di singoli set di dati o di una combinazione degli stessi*”, art. 10, par. 3, AI Act votato dal Parlamento Europeo; “*I set di dati tengono conto, nella misura necessaria per la finalità prevista o per gli usi impropri ragionevolmente prevedibili del sistema di IA, delle caratteristiche o degli elementi particolari dello specifico contesto geografico, contestuale, culturale, comportamentale o funzionale all’interno del quale il sistema di IA ad alto rischio è destinato a essere usato*”, art. 10, par. 4, AI Act votato dal Parlamento Europeo.

Sistemi di AI di cui all’art. 52 par. 2, votato dal Parlamento europeo, gli utenti sono tenuti ad informare «*in modo tempestivo, chiaro e comprensibile le persone fisiche che vi sono esposte in merito al funzionamento del sistema e ottengono il loro consenso prima del trattamento dei loro dati biometrici e di altri dati personali in conformità del regolamento (UE) 2016/679, del regolamento (UE) 2016/1725 e della direttiva (UE) 2016/280, a seconda dei casi. Tale obbligo non si applica ai sistemi di IA utilizzati per la categorizzazione biometrica, che sono autorizzati dalla legge per accertare, prevenire e indagare reati*»; in ultimo, per quanto attiene i sistemi di cui all’art. 52 par. 3 comma 1 del testo votato dal Parlamento europeo, gli utenti «*di un sistema di IA che genera o manipola testi o contenuti audio o visivi che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri e che rappresentano persone che sembrano dire cose che non hanno detto o compiere atti che non hanno commesso, senza il loro consenso (“deep fake”), sono tenuti a rendere noto in modo adeguato, tempestivo, chiaro e visibile che il contenuto è stato generato o manipolato rendere noto in modo adeguato, tempestivo, chiaro e visibile che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente nonché, ove possibile, il nome della persona fisica o giuridica che li ha generati o manipolati. A tal fine, i contenuti sono etichettati in modo tale da segnalare il loro carattere non autentico in maniera chiaramente visibile alle persone cui sono destinati. Per etichettare i contenuti, gli utenti tengono conto dello stato dell’arte generalmente riconosciuto e delle pertinenti norme e specifiche armonizzate*».

La portata innovativa dell’AI Act traspare con maggiore evidenza nel titolo V in cui vengono disciplinate le misure a sostegno dell’innovazione, *sandbox* o spazi di sperimentazione normativa. Mutuando dal linguaggio informatico per cui una *sandbox* (recinto di sabbia) rappresenta una macchina virtuale che lavora in un ambiente ‘sterile’, ossia isolata dal resto del computer, in cui è possibile lanciare software potenzialmente dannosi senza rischiare di danneggiare il computer o la rete, le *sandbox* hanno tre obiettivi 1) fornire alle aziende indicazioni in ordine alla conformità; 2) testare soluzioni innovative relative ai sistemi di AI; 3) favorire l’apprendimento normativo. Ai sensi degli art. 53 e 53a dell’AI Act, a titolo esemplificativo, un’azienda che utilizza una *sandbox* è tenuta a seguire un piano specifico, concordato con l’autorità responsabile per testare il proprio prodotto per un dato periodo, verificando, all’esito, con l’autorità se il test ha prodotto rischi per i diritti fondamentali. L’autorità qualora ravvisati rischi per i diritti fondamentali, la salute e la sicurezza, nell’impossibilità di adottare misure di mitigazione adeguate, può sospendere il programma di test. Nel caso in cui il test sia terminato senza interruzioni, l’autorità dovrà pubblicare un «*rapporto di uscita*» che documenti i risultati della sperimentazione. La valutazione della conformità da parte delle autorità pubbliche potrebbe essere effettuata nell’ambito della

*sandbox* normativa proprio tramite il «rapporto di uscita» redatto all'esito del processo di sperimentazione<sup>37</sup>.

Di natura più tecnico-organizzativa è il titolo VI dell'AI Act che disciplina la *governance* istituendo un Ufficio europeo per l'intelligenza artificiale (*European Artificial Intelligence Office*), dotato di personalità giuridica e indipendente dalla Commissione. L'Ufficio fornirebbe alla Commissione pareri tecnici in ordine all'attuazione del Regolamento, sullo sviluppo dell'ecosistema di AI<sup>38</sup> all'interno dell'Unione, ponendosi come ente referente delle autorità nazionali in caso di divergenza applicativa del Regolamento.

## 5. Considerazioni conclusive

È ormai evidente come l'intelligenza artificiale offra numerosi vantaggi e prospettive di potenziali progressi in svariati campi, dalla ricerca allo svago, dal lavoro alla salute. Tuttavia, l'AI pone in essere un elevato numero di rischi che devono essere gestiti con attenzione, come nel caso dello fenomeno dello spostamento lavorativo, laddove l'intelligenza artificiale ha insito il potenziale per automatizzare molte delle attività tradizionalmente svolte dagli esseri umani, portando a perdite di posti di lavoro o cambiamenti significativi nel mercato del lavoro, accentuando ulteriormente gli squilibri di potere già esistenti, amplificando il controllo nelle mani del datore di lavoro<sup>39</sup>. Tra i rischi che possono essere

generati dall'uso dell'AI non possono essere sottovalutati sia il pregiudizio che la discriminazione: difatti, i sistemi di intelligenza artificiale apprendono dai dati e se i dati di addestramento contengono essi stessi dei pregiudizi o riflettono pregiudizi derivanti da taluni contesti sociali, i modelli di intelligenza artificiale li andranno a moltiplicare esponenzialmente. Tanto può comportare effetti discriminatori in delicate aree legate all'ambito lavorativo, creditizio o della giustizia penale. Pertanto, è fondamentale garantire equità, trasparenza e responsabilità nella progettazione dei sistemi di AI e nei processi decisionali.

Di enorme importanza è la necessità di una maggiore tutela della privacy dei cittadini e di maggiori standard di sicurezza nella conservazione dei dati personali, in quanto l'AI, operativamente, si basa su enormi quantità di dati sia per apprendere che per prendere decisioni informate. Qualora non trattati correttamente o sfruttati, i dati sensibili possono portare a fenomeni quali il furto di identità, la sorveglianza di massa o la manipolazione sociale. È indispensabile porre in essere adeguate misure di sicurezza, come l'anonimizzazione e la crittografia dei dati, per proteggere la privacy degli utenti. Nel caso di alcuni modelli di intelligenza artificiale, come le reti neurali di *deep learning*<sup>40</sup>, alla problematica della tenuta dei

<sup>37</sup> Una *sandbox* normativa, nota anche come «*sandbox* regolamentare» o «*sandbox fintech*», è un ambiente controllato e protetto in cui le imprese innovative possono testare e sperimentare nuove soluzioni o modelli di business sotto la supervisione delle autorità regolamentari. Questa iniziativa è spesso promossa dai governi o dalle agenzie di regolamentazione per promuovere l'innovazione nel settore finanziario o in altri settori ad alta regolamentazione. L'obiettivo principale di una *sandbox* normativa è quello di bilanciare l'innovazione e la sicurezza regolamentare. Fornisce un ambiente flessibile in cui le imprese possono lanciare nuovi prodotti o servizi, sperimentare nuove tecnologie o modelli di business senza essere soggette alle stesse restrizioni regolamentari applicate in modo rigido. Questo permette alle imprese di testare le loro idee, raccogliere dati, valutare i rischi e dimostrare il valore delle loro soluzioni prima di essere soggette a un'intera conformità normativa.

<sup>38</sup> «Come già anticipato (gli ecosistemi digitali n.d.r.) essi emulano, a tutti gli effetti, quanto accade in un formicaio o in un alveare dove ciascuno, nel rivestire un compito specifico, coopera al benessere collettivo del sistema in cui si trova inserito. Gli ecosistemi digitali altro non sono che l'insieme di nURL autonome, ma al tempo stesso interdipendenti, che interagiscono tra di loro, scambiandosi informazioni e know how al fine di una stabilità di sistema e al successivo benessere collettivo. La peculiarità dell'ecosistema digitale, che lo differenzia in riferimento alle esperienze collaborative offerte dai network e dalle supply chain, è individuabile sotto l'elemento soggettivo: gli ecosistemi digitali sono necessariamente multiattore, mentre nei network l'unità minima di interazione è bilaterale. Nell'ecosistema digitale vi è interdipendenza e complementarità delle informazioni condivise consentendo alla tecnologia di potersi trasformare in risorsa», N. BARBUZZI, *Basta un click per odiare. Cyberbullismo e hate speech online agli albori del metaverso*, cit., pag. 36.

<sup>39</sup> K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2021, pag. 45.

<sup>40</sup> Il *deep learning* è un sotto campo dell'apprendimento automatico che si concentra sull'addestramento di reti neurali artificiali per eseguire compiti complessi imitando la struttura e la funzione del cervello umano. Si ispira al concetto di neuroni interconnessi nel cervello che lavorano insieme per elaborare le informazioni. Gli algoritmi di *deep learning* sono progettati per apprendere automaticamente le rappresentazioni gerarchiche dei dati utilizzando più strati di neuroni artificiali, noti come reti neurali artificiali. Ogni livello estrae caratteristiche sempre più astratte e di livello superiore dai dati di input, consentendo alla rete di comprendere e analizzare schemi e relazioni complessi. I componenti chiave del *deep learning* includono: 1. Reti neurali artificiali (ANN): i modelli di *deep learning* si basano su ANN, che consistono in nodi interconnessi, o neuroni artificiali, organizzati in strati. Ogni neurone riceve input, applica una funzione di attivazione e produce un output che contribuisce alla previsione finale della rete. 2. Reti neurali profonde (DNN): le DNN sono ANN con più livelli nascosti tra i livelli di input e output. Questi livelli consentono alla rete di apprendere rappresentazioni gerarchiche dei dati di input, con ogni livello che apprende funzionalità più astratte. 3. Addestramento: i modelli di *deep learning* vengono addestrati utilizzando un set di dati etichettato di grandi dimensioni. Durante il processo di addestramento, il modello regola i pesi e le distorsioni dei neuroni per ridurre al minimo la differenza tra le sue previsioni e le vere etichette. Questa ottimizzazione viene in genere eseguita utilizzando algoritmi come la *backpropagation*, che propaga il segnale di errore all'indietro attraverso la rete per aggiornare i pesi. 4. Apprendimento non supervisionato: il *deep learning* può anche utilizzare tecniche di apprendimento non supervisionato, in cui la rete apprende da dati non etichettati per scoprire modelli o rappresentazioni senza una guida esplicita. L'apprendimento non supervisionato, come i codificatori automatici o le reti generative avversarie (GAN), può essere utile per attività come la compressione dei dati, il rilevamento di anomalie o la generazione di nuovi campioni di dati. 5. Reti neurali convoluzionali (CNN): le CNN sono un tipo specializzato di rete di

dati personali si aggiunge quello della interpretazione delle decisioni prese dalla AI che porta, inequivocabilmente, ad una mancanza di trasparenza, oltre ad evidenti problemi di natura ambientale derivanti dallo sfruttamento di risorse per la realizzazione ed il funzionamento delle macchine. La natura di “scatola nera” dell’AI è problematica, in quanto diventa difficile, se non del tutto impossibile, comprendere quale sia stato il ragionamento alla base delle decisioni prese dai sistemi di AI attesa la natura “*non neutra*” dell’algoritmo, il quale persegue «*interessi, ideologie e fini programmati da chi li scrive – in genere su commissione – e includono spesso pregiudizi e discriminazioni estratti dalla congerie dei dati raccolti*»<sup>41</sup>.

Questa mancanza di trasparenza può ostacolare la fiducia dell’utente, la responsabilità e la capacità di identificare e correggere i tanto temuti *bias* algoritmici<sup>42</sup>.

Da un punto di vista etico, l’AI pone importanti questioni, in particolare quando si tratta di sistemi autonomi. Ad esempio, le auto a guida autonoma devono prendere decisioni in frazioni di secondo che possono avere implicazioni etiche (ad esempio, scegliere tra preservare la sicurezza degli occupanti o proteggere i pedoni). Determinare il giusto quadro etico per il processo decisionale dell’AI è complesso ed insidioso per le evidenti implicazioni che comporta nella vita delle persone, anche in relazione alla dipendenza dall’AI che si potrebbe sviluppare nel corso del tempo.

Man mano che i sistemi di intelligenza artificiale diventano più integrati in vari aspetti della società, esiste il rischio di un eccessivo affidamento su questi sistemi senza comprenderne appieno i limiti. Possono

verificarsi conseguenze impreviste quando i sistemi di intelligenza artificiale prendono decisioni in situazioni complesse e imprevedibili, causando potenzialmente danni o amplificando pregiudizi esistenti. Per mitigare tutti questi rischi, è fondamentale dare la priorità allo sviluppo etico dell’AI, investire in ricerca e sviluppo, stabilire quadri normativi, incoraggiare la collaborazione tra industria e mondo accademico e promuovere la trasparenza, l’equità e la responsabilità nei sistemi di intelligenza artificiale. Le pratiche di AI responsabili e incentrate sull’uomo sono essenziali per sfruttare i vantaggi dell’AI riducendo al minimo i rischi potenziali.

Il legislatore europeo attraverso l’AI Act fa propria la necessità della condivisione di regole e valori «*algoritmici*», intesi quale linguaggio universale che ponga l’uomo al centro del funzionamento delle «*macchine sapiens*»<sup>43</sup>, al fine di superare ogni pregiudizio e ingiustizia che la fallibilità di giudizio e valutativa dei sistemi di AI potrebbero produrre. Solo in questo modo sarà possibile realizzare un’efficace azione attiva e resiliente<sup>44</sup>, in grado di impedire l’insorgere di disuguaglianze e squilibri<sup>45</sup>.

---

*deep learning* comunemente utilizzata per attività di visione artificiale. Incorporano livelli convoluzionali che possono apprendere automaticamente le gerarchie spaziali delle caratteristiche, consentendo loro di analizzare efficacemente immagini o altri dati simili a griglie. 6. Reti neurali ricorrenti (RNN): le RNN sono progettate per elaborare dati sequenziali, come serie temporali o linguaggio naturale. Hanno connessioni ricorrenti che consentono alle informazioni di persistere nelle fasi temporali precedenti, consentendo loro di acquisire dipendenze temporali e contesto. Il *deep learning* ha ottenuto un notevole successo in vari settori, tra cui la visione artificiale, l’elaborazione del linguaggio naturale, il riconoscimento vocale, i sistemi di raccomandazione e molti altri. La sua capacità di apprendere automaticamente funzionalità complesse e gestire set di dati su larga scala lo ha reso un potente strumento per risolvere problemi complessi e far progredire le capacità di intelligenza artificiale.

<sup>41</sup> R. BODEI, *Dominio e sottomissione*, Il Mulino, Bologna 2019, pag. 331.

<sup>42</sup> «Un bias è un errore sistematico di giudizio o di interpretazione, che può portare ad un errore di valutazione o a formulare un giudizio poco oggettivo. È una forma di distorsione cognitiva causata dal pregiudizio e può influenzare ideologie, opinioni e comportamenti. In informatica, il bias algoritmico è un errore dovuto da assunzioni errate nel processo di apprendimento automatico». G. RIZZI, M. C. CIMMINO, *Bias negli algoritmi: come le macchine apprendono i pregiudizi dagli esseri umani*, su *Ibicocca.unimib.it*, in N. BARBUZZI, *cit.*, pag. 23.

<sup>43</sup> P. BENATI, *La necessità di una algoritmica*, in N. BARBUZZI, *Basta un click per odiare. Cyberbullismo e hate speech online agli albori del metaverso*, *cit.*, pag. 23.

<sup>44</sup> L. ROSATI, *La resilienza digitale: sviluppare un’igiene digitale*, su *Openinnovation.regione.lombardia.it*, in N. BARBUZZI, *ibidem*.

<sup>45</sup> *Amplius* N. BARBUZZI, *Basta un click per odiare. Cyberbullismo e hate speech online agli albori del metaverso*, *cit.*, pag. 24 e ss.

Giuseppe Rosanova

Avvocato, Dottorando in diritto delle persone, delle imprese e dei mercati presso l'Università di Napoli Federico II

## La natura, ormai, trans-tipica della disciplina civilistica di repressione dell'usura ed il collegamento con l'anatocismo: un tentativo di lettura innovativa

### abstract

*This work deals with the two main instruments of protection available to the debtor in the context of pecuniary obligations, such as usury and anatocism, in a different vision aimed at also protecting the position of the creditor. Central is the matter of anatocism and the recent issues connected to it that have been the subject of discussion in doctrine and jurisprudence, such as the subjection of the relative clause to the regulation of usury and the compatibility between the French method of depreciation and the prohibition pursuant to art. 1283 of the civil code. It is believed that the violation of the anti-usury legislation does not always make the contract free of charge.*

### keywords

*Civil code – Pecuniary obligations – Money – Interests – Default – Usury – Anatocism – Loan – French method of depreciation – Payment allocation.*

### abstract

*Il presente lavoro affronta i due principali strumenti di tutela a disposizione del debitore nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie, quali l'usura e l'anatocismo, in una visione diversa e rivolta a tutelare anche la posizione del creditore. Centrale è la materia dell'anatocismo e le recenti questioni ad esso collegate che sono state oggetto di trattazione in dottrina e in giurisprudenza, come l'assoggettamento della relativa clausola alla disciplina dell'usura e la compatibilità tra il metodo di ammortamento alla francese e il divieto di cui all'art. 1283 c.c. Si ritiene che non sempre la violazione della normativa antiusura, renda il contratto a titolo gratuito.*

### parole chiave

*Codice civile – Obbligazioni pecuniarie – Moneta – interessi – Mora – Usura – Anatocismo – Mutuo – Ammortamento alla francese – Imputazione nei pagamenti.*

### sommario

1. Introduzione. – 2. Alcuni cenni sulle obbligazioni pecuniarie. – 3. L'obbligazione accessoria degli interessi e l'usura. – 4. L'anatocismo. – 5. L'anatocismo: gli

ultimi approdi giurisprudenziali. – 6. Segue... l'ammortamento alla francese. – 7. Riflessioni conclusive.

### 1. Introduzione

La centralità<sup>1</sup> nel Codice del 1942 della materia delle obbligazioni ha reso evidente, ancor di più, l'importanza che da sempre rivestono quelle pecuniarie, tenendo conto della loro capillare diffusione nell'ambito dei traffici giuridici. L'individuazione di un'apposita sezione<sup>2</sup> nel contesto delle specie tipiche di obbligazioni, oltre alla disciplina tipizzata dei negozi di finanziamento, ed in particolare quello di mutuo, conferma la rilevante importanza assunta.

Un ulteriore portato confermativo della richiamata diffusività, e potremmo dire centralità, si ricava dalla normativa speciale bancaria che, agli articoli 38 e seguenti del T.U.B., ha regolamentato due particolari forme di credito, quello fondiario e ipotecario concesso dalle Banche e dagli altri intermediari abilitati<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nella codificazione unitaria il centro del sistema era individuato nella proprietà ed il contratto era relegato a mero strumento di trasmissione della stessa. La proprietà veniva considerata come l'unica forma di ricchezza poiché idonea a generare frutti e la materia delle obbligazioni assumeva un ruolo marginale poiché funzionale all'acquisto della stessa ed accessorio rispetto al suo godimento.

Nuovi fattori economici come lo sviluppo della produzione industriale e l'emersione di nuove forme di ricchezza hanno determinato un mutamento della tradizionale visione codicistica che, ha superato la tradizionale posizione terriera, e, ha considerato il fulcro del sistema nelle materie delle obbligazioni e dei contratti. Il tal senso si può parlare di codice della ricchezza e della produzione industriale con l'introduzione di una serie di istituti ispirati al *favor creditoris*. Il metro di valutazione della ricchezza di una persona non è più individuato nella quantità di proprietà posseduta ma nella quantità di attività imprenditoriali, partecipazioni societarie, valori mobiliari, e denaro posseduti. Così P. SCHLESINGER, *Il primato del credito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, pp. 825-830.

<sup>2</sup> Le obbligazioni pecuniarie sono disciplinate nel Libro IV, capo VII, Sezione I del Codice Civile vigente.

<sup>3</sup> A. CHIANALE, *La nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 5, p. 588; R. AGOSTINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L'accesso al credito e il "bene casa"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, I, p. 63.

In tale contesto, la *ratio* del richiamato intervento riformatore, probabilmente ispirata alla logica della decodificazione, è stata quella di introdurre una serie di regole speciali a protezione della *partie faible* del rapporto contrattuale, ovvero il debitore.

La cennata rilevanza connessa alla sua estesa applicazione<sup>4</sup>, ha avuto come conseguenza la derivazione, nel corso del tempo, di una serie di problematiche oggetto di interesse sia della dottrina che, su di un piano pratico, della giurisprudenza<sup>5</sup>.

In tale contesto si pongono anche, da ultimo, le Sezioni Unite n. 19597 del 18 settembre 2020, che hanno tentato di offrire un'adeguata risoluzione in ordine all'interrogativo circa la natura degli interessi moratori e sulla loro assoggettabilità alla disciplina protezionistica di repressione dell'usura, e la stessa Suprema Corte che, in due recenti pronunce rese a sezioni semplici, ha riconsiderato il fenomeno anatocistico in chiave usuraria.

Ancora una volta, specie in relazione al fenomeno usurario, assumono rilievo istanze di tutela del contraente debole<sup>6</sup>, qui inteso nel risparmiatore-mutuatario, ma in una prospettiva nuova e diversa rispetto al passato, lontana dall'approccio individualistico più volte accolto dalla giurisprudenza, teso a temperare la sua posizione, certamente da salvaguardare, con quella del creditore che potrebbe subire un eccessivo danno dalla declaratoria di nullità dell'accordo sugli interessi e la conseguente trasformazione dell'operazione di finanziamento da onerosa in gratuita.

L'approccio seguito tende, alla luce del principio costituzionale ed euro-unitario<sup>7</sup> di solidarietà sociale e di quello di sostenibilità del sistema creditizio, ad evitare l'eccessiva ed ingiustificata protezione di una parte ai danni dell'altra, in questo caso il creditore, che non sempre si pone in un atteggiamento predatorio e speculativo nei confronti del proprio debitore.

<sup>4</sup> V. ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2020, p. 294 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2018, p. 379.

<sup>5</sup> A titolo meramente esemplificativo la nota vicenda del rapporto tra interessi moratori e rivalutazione monetaria che ha visto intervenire più volte la giurisprudenza delle Sezioni Unite; tra le principali pronunce: SS.UU. 4 luglio 1979 n. 3777 (in Foro It., I, 102, 1979, pp. 1985 ss.) seguite dalle pronunce 5 aprile 1986 n. 2386 e SS.UU. 16 luglio 2008 n. 19499 il cui rapporto viene ricostruito da D. ACHILLE, *Ritardo nell'adempimento di obbligazioni e danno (ovvero il danno da svalutazione monetaria secondo le Sezioni Unite della Cassazione)*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 2009, II, p. 215.

<sup>6</sup> Cass. Civ., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Corr. giur.*, 2017, 12, p. 1484 ss., con nota di G. Guizzi, *Le sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta* e di S. PAGLIANTINI, *L'usuraietà sopravvenuta e il canone delle SS. UU.: ultimo atto?*

<sup>7</sup> Anche in ambito comunitario ha assunto progressivo rilievo la "clausola di solidarietà" espressamente richiamata all'articolo 42 del TUE, nonché agli articoli 194 e 222 del TFUE. La dottrina ormai assegna al principio in esame il rango di principio del Trattato richiamato altresì all'art. 3 TFUE; sul punto G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, III, p. 211 ss.

Allora, assume portata dirimente, alla luce delle circostanze soggettive ed oggettive del caso concreto, comprendere se la convenzione degli interessi si fondi sulla volontà usuraria del finanziatore, ovvero, contrariamente, il superamento del tasso-soglia rappresenta il frutto di un accordo privo dell'intento fraudolento della parte pseudo-forte del rapporto obbligatorio.

Si pone, quindi, e si impone, una lettura coordinata e sistematica delle disposizioni che disciplinano gli interessi e le pattuizioni convenzionali degli stessi, che non possono portare ad un'applicazione unidirezionale della disciplina di repressione dell'usura, rispondendo ad una funzione e logica parzialmente diversa. Il costo del denaro è cosa ben diversa del ritardo imputabile nell'adempimento della prestazione, nonché dalla compensazione del patrimonio del creditore, anche se sul piano funzionale tanto gli interessi corrispettivi quanto quelli di mora condividono lo scopo principale di remunerare il patrimonio del creditore dalla mancata disponibilità del denaro, il quale nel secondo caso dipende dallo specifico presupposto del mancato o inesatto rispetto del termine esecutivo *ex art.* 1183 c.c. di adempimento della prestazione da parte del debitore.

Invero, l'eterogeneità del meccanismo di operatività degli interessi non può determinare l'irrilevanza della vicenda teleologica ad essi sottesa. In questo senso, anche aderendo ad una prospettiva polifunzionale degli interessi moratori, non potrebbe che pervenirsi ad attribuire anche ad essi, *principaliter*, uno scopo retributivo per il creditore, al pari di quelli corrispettivi.

In tal senso, anche la disciplina che pone il divieto di anatocismo, da considerarsi parimenti come un costo del credito ricevuto idoneo ad innalzare la soglia del dovuto da parte del debitore, per il tramite dell'aumento irreversibile della posta capitale inglobante gli interessi già maturati e non pagati.

Da ciò la necessità di sottoporre oltre all'eventuale clausola convenzionale determinativa del tasso di interesse anche la convenzione anatocistica alla normativa di repressione dell'usura che, ormai, sembra assumere una natura *trans-tipica*<sup>8</sup>, potendosi applicare a qualunque pattuizione riguardante il costo del denaro purché

<sup>8</sup> Invero la suddetta terminologia non è estranea alla giurisprudenza che, in linea con la dottrina, considera dotato di tale natura la disciplina che vieta il *patto leonino* (Cass. Civ., Sez. I, 4 luglio 2018, n. 17648). Si è utilizzato lo stesso termine più volte in materia societaria: F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti esercenti imprese sociali*, in *Notariato*, 5, 2020, p. 861; nella disciplina di tutela dei consumatori: S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2019, p. 651 ss.; in materia di subfornitura: A. PISANI, *"Delitto e castigo": appunti sui rime-di risarcitori ultracompensativi nel vigente ordinamento*, in *Resp. civ. Prev.*, 3, 2019, p. 1036 ss.; in materia di fideiussione *omnibus*: ancora S. PAGLIANTINI, *Responsabilità patrimoniale e proporzionalità: vademecum minimo per l'uso*, in *Eur. Dir. Priv.*, 3, 2018, p. 891; Cass. Civ., Sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1520.

idonea, come nel caso di quelli di mora, a realizzare una remunerazione del capitale nel perseguimento di ragioni di tutela del patrimonio del creditore da mancata disponibilità del proprio denaro.

## 2. Alcuni cenni sulle obbligazioni pecuniarie

Già disciplinata, data la citata diffusività, nel contesto del Codice del 1865<sup>9</sup>, essa è posta al centro del sistema anche nella costruzione del Codice vigente del 42, che, oltre a regolamentarne le specifiche caratteristiche, in più disposizioni variamente collocate utilizza, in linea con il passato, in luogo del termine adempimento quello specifico di “pagamento”<sup>10</sup>, atto solutorio, di norma, volto ad estinguere proprio tale *species* di obbligazioni. Invero, l'utilizzo del sintagma pagamento è la tangibile riprova della già richiamata centralità e dell'ampiezza dell'obbligazione in esame con l'acquisizione, ormai, anche sotto il profilo tecnico-giuridico, dello stesso termine quale formulazione riassuntiva del modo in cui si attua il contenuto di qualsivoglia obbligazione.

Sotto il profilo definitorio, in assenza di un dato normativo esplicito, possono essere qualificate come pecuniarie quelle obbligazioni che hanno ad oggetto il pagamento di una somma di denaro<sup>11</sup>. Il legislatore ha omesso di qualificare questa specie di obbligazione, regolamentando soltanto la fase attuativa della stessa, che *ex lege* deve essere adempiuta attraverso la *traditio* di una somma di denaro.

Dunque, alla base delle obbligazioni pecuniarie si pone l'elemento oggettivo espresso dalla moneta<sup>12</sup>, la quale, oltre a descriverne i termini contenutistici, viene, altresì, considerata quale strumento materiale di

adempimento<sup>13</sup>, assolvendo, ulteriormente, ed in termini strettamente macroeconomici prima che giuridici<sup>14</sup>, ad altre due rilevanti funzioni: quella di adeguato mezzo di quantificazione dei rapporti giuridici<sup>15</sup> e di specifica riserva di liquidità<sup>16</sup>.

In questo contesto, un celebre Autore nella propria opera<sup>17</sup> attribuiva alla moneta la funzione di “strumento di scambio” nell'ambito delle operazioni economiche, in un'ottica “strumentale” alla movimentazione dei beni, analogamente alle altre cose mobili che si pongono alla base dei diversi trasferimenti.

Ritornando alla principale funzione del denaro, quella di pagamento, essa può essere ricavata direttamente dalla lettura dell'art. 1277 comma 1 c.c. nella parte in cui viene regolamentato il fenomeno estintivo delle obbligazioni di valuta, richiamando la norma, espressamente, la “moneta avente corso legale nello Stato” come lo strumento di attuazione del rapporto giuridico.

Proprio in riferimento al profilo attuativo, l'adempimento, in via ordinaria, dei debiti pecuniarci avviene attraverso la consegna materiale di denaro contante; sul punto, però, nel corso del tempo, tenendo conto delle innovazioni tecnologiche, della globalizzazione dei traffici giuridici e degli scambi, oltre che dei mutamenti giuridico-sociali, sono emersi, quali idonei e più celeri mezzi di adempimento, nuovi strumenti di pagamento caratterizzati dal fatto che l'atto solutorio si allontana dalla dazione “materiale” della moneta. Strumenti che consentono, da un lato, al debitore di liberarsi rapidamente dal vincolo, e, dall'altro, al creditore della prestazione di conseguire utilmente e, parimenti, velocemente, quanto dovuto: si pensi, in tal senso, ai pagamenti elettronici ovvero a quelli effettuati mediante intermediari abilitati che si sono affiancati ad altre attività solutorie, quali la consegna di assegni bancari o circolari in luogo del denaro contante.

Ciò che rileva in tutti questi casi, anche seguendo un approccio personalistico di obbligazione<sup>18</sup>, è, dunque, l'adempimento di una prestazione diretta al

<sup>9</sup> Il riferimento è agli articoli 1821 e seguenti del Codice civile previgente e 39 del Codice di Commercio del 1882. Nella vigenza della codificazione unitaria rilevanti le opere di T. ASCARELLI, *La moneta*, Padova, 1928; R.J. POTHIER, *Traité du contrat de prêt de composition*, Paris-Orléans, 1781.; F.C. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, I, p. 375, con trad. di G. PACCHIONI, Torino, 1912.

<sup>10</sup> In termini esemplificatori si possono richiamare gli articoli 1269 c.c. in materia di delegazione, 719, 752 s.s. e 1546 in materia successoria, ovvero l'art. 2940 c.c. per il debito prescritto. Ancora, la centralità della moneta emerge con tutta chiarezza in materia di compravendita ai sensi dell'art. 1470 c.c.; tra le altre, la disciplina dell'indebito richiama il concetto di pagamento all'art. 2033, ovvero in materia cambiaria o di assegni bancari, rispettivamente, i R.D. n.ri 1669 e 1736 del 1933, che in più norme utilizzano il termine pagamento. Sul punto F. GAZZONI, *Manuale di diritto Privato*, Napoli, 2008, p. 577; P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 379.

<sup>11</sup> T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 9 ss.; B. INZITARI, *Le funzioni giuridiche del denaro nella società contemporanea*, in *RDC*, 1982, I, p. 693 ss.; F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Sacco*, Padova, 2015, p. 499 ss.; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, I-9, Torino, 1986, p. 431 ss.; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 141 ss.

<sup>12</sup> E. QUADRI, *cit.*, p. 437. Per la ricostruzione della qualifica di moneta, o meglio della valuta, si veda T. ASCARELLI, *Le obbligazioni cit.*, p. 9 ss.

<sup>13</sup> B. INZITARI, *Le funzioni cit.*, p. 693 ss.; E. QUADRI, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979; V. LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955, p. 17.

<sup>14</sup> Per l'adeguata ricostruzione delle funzioni della moneta si veda G. SCADUTO, *I debiti pecuniarci e il deprezzamento monetario*, Milano, 1924, p. 4. L'Autore, per vero, considera esistente anche una quarta funzione della moneta quale “mezzo di trasporto del valore tanto nel tempo che nello spazio”.

<sup>15</sup> U. BRECCIA, *Diritto privato*, Torino, II, 2010, p. 442; già F.C. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 376.

<sup>16</sup> Tali elementi sono richiamati da A. FORZONI, *La moneta nella storia*, Roma, 1995; per un'ampia sintesi A. MECENATE, *Il deposito del prezzo in criptomonete presso il notaio*, in *Notariato*, 2, IV 2021, p. 385.

<sup>17</sup> T. ASCARELLI, *Obbligazioni cit.*, p. 16 ss. Questo discorso viene parzialmente ripreso da C.M. BIANCA, *L'obbligazione cit.*, p. 142.

<sup>18</sup> Su di tutti, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (Diritto privato). a) nozioni generali*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979, p.184.

soddisfacimento delle pretese creditorie e volta all'estinzione del proprio debito. In questo senso sia la consegna di assegni che il pagamento elettronico<sup>19</sup>, al pari della materiale accettazione del denaro contante, consentono di produrre lo stesso effetto di far conseguire al creditore il risultato economico della prestazione<sup>20</sup>, così da soddisfarsi appieno per quanto dovuto, e liberare il debitore dalla prestazione, estinguendosi l'obbligazione.

Pertanto, similmente a quanto sostenuto dalla letteratura tedesca al riguardo<sup>21</sup>, si è superato l'orienta-

<sup>19</sup> Completamente diversa dai pagamenti elettronici è la possibilità di assolvere il debito monetario attraverso il meccanismo del trasferimento della *criptomonaeta*. La transazione in "criptomonaeta" contempla l'utilizzo del sistema crittografico asimmetrico con presenza di due chiavi, la prima di codifica dei blocchi di criptomonaeta e la seconda di decodifica. Si è discusso, anche dopo l'intervento dell'art. 1 del D.Lgs. 90 del 2017, se tale trasferimento elettronico potesse essere idoneo ad adempiere le obbligazioni pecuniarie. Il problema principale attiene al rispetto del principio nominalistico che impone l'adempimento delle prestazioni monetarie attraverso una "valuta" *avente corso legale nello Stato*, così accogliendo una prospettiva volta a distinguere tra moneta e valuta. Secondo l'orientamento prospettato dalla Cassazione (Cass. Civ., Sez. II, 2 dicembre 2011, n. 25837 in *Giust. civ.*, I, 2012, p. 31, con nota di L. CIAFARDINI, *Offerta di prodotti finanziari mascherata da emissione di moneta: lo stop della Cassazione.*) la moneta in formula cripto è inadatta ad operare alla stregua di una valuta idonea ad assolvere gli obblighi pecuniarie poiché non "accettato" dagli organi statali cui competono le "potestà pubblicistiche di emissione e gestione del valore economico". In tal senso, anche, Trib. Verona 24 gennaio 2017, n. 195, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 4, II, p. 467, che considera le criptomonaete del tipo Bitcoin come "strumenti finanziari" aventi una duplice funzione, solutoria e di investimento. Diversa, invece, è la visione di alcuni Autori (A. INZITARI, *La moneta*, in *Moneta e Valuta, Tratt. dir. comm. Pubb. Economia*, VI, Padova, 1983; S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Illeciti criptovalutari. Note comparatistiche*, Napoli, 2020, p. 74 ss.) che non ritengono ostativa la circostanza del mancato riconoscimento statale all'assolvimento del debito di denaro attraverso altri mezzi riconosciuti dalla collettività come idonei all'adempimento.

La questione affonda le sue radici sulla capacità delle criptomonaete (e, nella specie dei Bitcoin) di assumere un valore d'uso, al pari di alcune merci come l'oro, oltre che configurarsi come mezzi di pagamento. Sul punto la teoria negativa è stata fatta propria dalla CGUE con la pronuncia 22 ottobre 2015, c. 264/14, *Skatteverket v. Hedqvist*, in *Foro it.*, 2015, 11, IV, p. 513, sostenendo chiaramente che il Bitcoin è moneta in quanto mero strumento di pagamento "accettato dalle parti di una transazione quale mezzo di pagamento alternativo... (non avente) altre finalità oltre quella di un mezzo di pagamento". Al contrario, M. MANCINI, *Valute virtuali e "Bitcoin"*, in *An. giur. econ.*, 2015, 1, p. 122; G. GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del "Bitcoin": miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inf.*, 2015, p. 419.

<sup>20</sup> L. MENGONI, voce *responsabilità contrattuale c) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p.1080; Id., *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO - A. ALBANESE - A. NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 299 ss.

<sup>21</sup> La questione della natura giuridica delle obbligazioni pecuniarie è stata affrontata anche dalla dottrina tedesca: la teoria "valoristica" è stata accolta da F. ECKSTEIN, *Geldschuld u. Geldwert in materiellen u. internationalem Privatecht*, Berlin, 1932, p. 26;

mento meno recente che considerava le obbligazioni in esame come generiche<sup>22</sup>, per ricondurre le stesse nella più ampia categoria di quelle specifiche<sup>23</sup>, estinguibili non soltanto quando il creditore riceve materialmente in consegna la moneta pattuita, ma, nel momento in cui questi riesca a realizzare l'utilità economica derivante dall'adempimento della prestazione, individuandosi tale momento nell'effettiva riscossione della somma dovuta, unico fatto giuridico, *rectius* economico, idoneo al soddisfacimento del suo interesse. Si pone in questo senso, anche parte della giurisprudenza<sup>24</sup>, che attribuisce rilievo ad un'ulteriore argomentazione idonea a confermare la natura specifica del debito pecuniario, quale quella della maggiore spersonalizzazione dei pagamenti connessa proprio all'utilizzo degli intermediari abilitati.

Il tutto, beninteso, non rappresenta un'acquisizione immediata ma opera come l'epilogo di un'evoluzione economico-giuridica che ha avuto il suo avvio all'inizio del nuovo millennio.

Nel periodo storico precedente al 2007, l'estinzione del debito di denaro doveva avvenire soltanto con la consegna e la contemporanea accettazione da parte del creditore di denaro contante, così qualificandosi l'emissione e la consegna di un assegno bancario o circolare alla stregua di una vera e propria *datio in solutum* ai sensi degli articoli 1277, 1182 e 1197 c.c.; successivamente, invece, alla nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2007<sup>25</sup>, è stata ravvisata, vista la specificità

B.V. MAYDELL, *Geldschuld und Geldwert*, München, 1974, p. 10. Accoglie la prospettiva mediana FR. LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des BGB*, München, 1929, p. 156.

<sup>22</sup> Una parte della giurisprudenza ritiene ancora le obbligazioni pecuniarie come generiche, così escludendo l'applicazione del rimedio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, dato il principio secondo cui *genus nunquam perit*: Cass. Civ., Sez. II, n. 6594 del 30 aprile 2012, in *Giust. civ.*, 2013, 9, I, p. 1873; Cass. Civ., Sez. II, n. 2691 del 16 marzo 1987, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1209 ss.; in questo senso anche una parte della dottrina come E. GIOGIANNI, *L'inadempimento*. Corso di diritto civile, Milano, 1975, p. 299 ss.; E. GIORGINI, *Cod. Perlingieri* 2, IV, 1, p. 248; F. CARAMINI, *La liberazione dal debito nelle obl. pecuniarie di rilevante importo*, Napoli, 2000, p. 184; B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja - Branca*, 2011, p. 13; E. QUADRI, *Principio nominalistico* cit., p. 122.; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, p. 278.

<sup>23</sup> C.M. BIANCA, *L'obbligazione* cit., p. 143 ss.; B. INZITARI, *Delle obbligazioni* cit., p. 13.

<sup>24</sup> Già le Sezioni Unite civili con la pronuncia del 18 dicembre 2007 n. 26617 (ripresa dalla successiva sentenza, ancora una volta a Sezioni Unite n. 13658 del 04 giugno 2010) avevano posto fine al contrasto giurisprudenziale sorto sull'interpretazione dell'art 1277 c.c. e sull'inciso "moneta avente corso legale nello Stato", ritenendo che con essa si affermava soltanto il principio nominalistico, pertanto ai fini dell'attuazione dell'obbligazione produceva lo stesso effetto tanto il pagamento mediante contanti (purché al di sotto della soglia antiriciclaggio) quanto quello mediante assegni circolari, ottenendo il creditore il medesimo risultato di ricevere le utilità economiche della prestazione.

<sup>25</sup> Le Sezioni Unite civili con la sentenza del 18 dicembre 2007 n. 26617 hanno affermato, in aderenza ad una parte considerevole

dell'obbligazione, la possibilità in capo al debitore di esercitare una facoltà di adempimento del debito pecuniario, tanto con contanti quanto con l'emissione di un assegno. Evoluzione perfettamente in linea con l'estensione della portata della nozione di prestazione, intendendosi per essa qualsiasi atto solutorio teso al soddisfacimento dell'interesse del creditore, a prescindere, dunque, dal *modus* in cui esso viene attuato, sempre che le parti non abbiano raggiunto un accordo che riguardi le modalità esecutive di adempimento della prestazione. Si può parlare, infatti, genericamente di pagamento quando al creditore pervenga l'utilità economica derivante dalla prestazione.

Tracciata la natura dell'obbligazione pecuniaria, il suo statuto normativo prevede, sul piano strettamente esecutivo, l'assoggettamento del debito al principio nominalistico<sup>26</sup>, previsto all'articolo 1277 del Codice civile.

Il principio nominalistico, di ordine pubblico, indica l'immutabilità del credito dal punto di vista nominale e governa l'esecuzione delle prestazioni pecuniarie<sup>27</sup>, vietando di attribuire alla moneta un valore nominale diverso da quello che lo Stato le assegna in un determinato periodo storico.

Per cui, il primo comma dell'art. 1277 c.c. fa espresso riferimento alla moneta corrente sul territorio italiano in un dato momento storico, non potendosi interpretare diversamente la locuzione "avente corso legale nello Stato". Ad essa si coordina, secondo un criterio di interpretazione sistematica, il disposto dell'art. 1278 c.c. che affronta, e risolve, il tema dell'adempimento con valuta estera consentendo al debitore, facoltativamente, di adempiere sia con la propria moneta che con quella circolante, al tempo del pagamento, nello Stato italiano. Sul tema della qualificazione del potere di scelta attribuito al debitore si ritornerà a breve, ma la norma sin da subito sembra aver codificato il criterio della *lex pecuniae*<sup>28</sup> che attribuisce al legislatore

del luogo in cui sarà effettuata la prestazione il potere di fissare il *quantum* di moneta necessaria per estinguere il debito.

La disposizione in esame introduce, allora, l'elemento dell'immutabilità del credito dal punto di vista nominale, il quale è connesso al principio della circolazione monetaria forzosa (espressa dalla locuzione prevista all'art. 1277 c.c. "corso legale nello Stato"), ed esplicita la necessità di vincolare il debitore al pagamento di una somma di denaro pari a quella a cui era obbligato al momento in cui è sorta l'obbligazione.

L'immutabilità, in questi termini, impone la cosiddetta equivalenza numerica, per cui il pagamento del debito deve avvenire secondo il solo valore nominale preesistente, e, non già quello effettivo e reale assunto dal denaro nel corso del tempo, con conseguente insensibilità all'eventuale deprezzamento della valuta<sup>29</sup>.

In tal senso, se la logica di ordine pubblico<sup>30</sup> è quella di salvaguardare le scelte statali sul tipo di moneta circolante ed evitare l'imprevedibilità dei mutamenti repentini del suo valore, non dovrebbero tralasciarsi gli effetti immediati che la sterilizzazione del valore nominale potrebbe avere sui traffici giuridici. I citati effetti sono essenzialmente due, diametralmente opposti tra loro: il primo, favorevole al creditore, opera allorché questi ricava una somma di denaro con valore superiore rispetto a quello esistente al momento della nascita del rapporto obbligatorio, in tutti i periodi di forte rivalutazione monetaria. Il secondo, di tipo sfavorevole e più diffuso nella pratica degli affari, si realizza nei periodi di forte svalutazione monetaria, ottenendo il creditore, al momento del pagamento, una somma di denaro con valore inferiore rispetto a quello esistente nel momento in cui è nata l'obbligazione. In questi casi il carattere nominale del debito pecuniario riversa sfavorevolmente sul patrimonio del creditore il rischio delle variazioni in deprezzamento del potere di acquisto della moneta.

Si pensi, in senso pratico, ad un successivo cambio di moneta e alla svalutazione conseguente alle fluttuazioni derivanti dall'applicazione di un tasso di cambio sfavorevole, considerando che l'articolo 1278 c.c. pre-

della dottrina (sul punto opportunamente G. LEMME, *Moneta scritturale e moneta elettronica*, Torino, 2003, p. 16 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Pagamento (diritto civile)*, in *Nss. D. I.*, XII, Torino, 1965, p. 321), che la smaterializzazione del denaro ha comportato la rilettura del principio nominalistico attenendo solo al sistema della valuta in un determinato momento storico, ma non già ai mezzi di pagamento in concreto utilizzabili. Si affermava, dunque, la sussistenza di una facoltà di adempimento in capo al debitore potendo utilizzare, al pari della consegna di denaro contante anche assegni circolari e bancari, che postulano la solvibilità dello stesso e la presenza della somma corrispondente sul conto, capace di far pervenire immediatamente la moneta al creditore e configurarsi come una prestazione esatta diretta all'adempimento dell'obbligazione.

<sup>26</sup> A. DI MAJO, voce *c) Obbligazioni pecuniarie* cit., p. 233; E. QUADRI, *Le obbligazioni* cit., p. 546. Il principio nominalistico era già presente nel Codice del 65 in materia di mutuo, ma veniva considerato di carattere generale.

<sup>27</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 381.

<sup>28</sup> G. SCADUTO, *cit.*, p. 89. Si ritiene che la previsione originaria del contratto del prezzo in valuta estera determini, al momento del pagamento secondo il disposto dell'art. 1277 c.c., una vera

e propria conversione legale del contenuto della prestazione per effetto dell'applicazione dell'art. 1278 c.c. Esclude, a contrario, la suddetta conversione C. GRASSETTI, in *Giur. cass. Civ.*, 1946, II, p. 586.

<sup>29</sup> Particolarmente artificiose sono le considerazioni di quella parte della dottrina (C.M. BIANCA, *L'obbligazione* cit., pp. 147-148) che traggono dall'art. 1277 c.c. tre diversi principi: quello "nominale in senso stretto" sancito dalla norma citata, quello "liberatorio" che impone al creditore di accettare il pagamento con denaro "legale" e quello del "valore nominale della valuta". Nota anche l'analisi di E. QUADRI, *Principio nominalistico* cit., p. 19.

<sup>30</sup> In questo caso l'ordine pubblico è rivolto a perseguire anche una funzione tutoria di interessi privati poiché idonea a preservare l'equilibrio contrattuale. Sul punto V. FERRARI, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, p. 88 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

vede un'obbligazione facoltativa<sup>31</sup> in favore del debitore, potendo quest'ultimo adempiere il debito pregresso tanto con moneta avente corso legale al momento in cui è sorta l'obbligazione, che con la nuova moneta ragguagliata al tasso di cambio.

Si impone, allora, la necessità di ricercare strumenti di adeguamento reale del valore del denaro con funzione derogatoria del carattere nominale del debito e volti, quindi, a tutelare proprio la posizione del creditore ponendolo al riparo dagli effetti negativi derivanti dall'applicazione del suddetto principio. In questo contesto, dirimente è escludere, o, almeno ridurre, il rischio creditorio connesso all'assoggettamento del debito di denaro al principio nominalistico, attraverso l'introduzione di meccanismi derogatori sia di tipo normativi che contrattuali.

In *limine*, nell'ambito di quest'ultime rientrano strumenti riconducibili all'autonomia privata e ai poteri di libera determinazione del contenuto del regolamento contrattuale, quali le clausole convenzionali di garanzia monetaria o di "salvaguardia"<sup>32</sup>.

Queste pattuizioni consentono di mantenere la prestazione pecuniaria sui binari dell'equilibrio e della proporzionalità evitando che il creditore possa, a proprio danno, ottenere una prestazione di valore inferiore a quello esistente al momento in cui è sorta l'obbligazione. Si determina, per effetto della previsione nel corpo del contratto di una delle dette clausole, una vera e propria trasformazione del credito di denaro in debito di valore, così ponendo al sicuro il valore della prestazione dall'oscillazione dovuta ai rischi valutari, per poi nuovamente convertirlo in valuta, al momento del pagamento.

Sono, tradizionalmente, riconducibili in tale categoria tre principali tipologie di accordi come la clauso-

la effettiva<sup>33</sup>, o altre clausole di "equivalente" significato, prevista dall'articolo 1279 c.c., attraverso la quale si consente, in tutti i casi di cambio moneta, al creditore di evitare che il debitore adempia la prestazione con il denaro circolante al momento del pagamento e al tasso sfavorevole di cambio, imponendogli una prestazione solutoria con il tipo denaro circolante al momento del sorgere dell'obbligazione; la "clausola-oro" o, altrimenti, definita "valore"<sup>34</sup>, che parametrizza il valore della moneta al valore monetario dell'oro al momento dell'estinzione dell'obbligazione, e, infine, le clausole di "indicizzazione" che consentono di individuare il valore della prestazione sulla base di uno specifico indice preventivamente concordato tra le parti.

Si parla in quest'ultimo caso, di *obbligazioni indicizzate*<sup>35</sup>, nella misura in cui viene previsto dalle parti come il valore della prestazione tenga conto dell'andamento del costo della vita (cd. clausola Istat<sup>36</sup>) o del prezzo sul mercato di alcune merci (cd. clausola merci) nel corso degli anni.

Dalle deroghe convenzionali si distinguono, poi, una serie di temperamenti legali<sup>37</sup> e giurisprudenziali

<sup>33</sup> T. ASCARELLI, *Le obbligazioni* cit., p. 343.

<sup>34</sup> Su di tutte anche, Cass. civ., Sez. III, 24 giugno 1980, n. 3971, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2469 e in *Foro it.*, 1981, 5, pp. 1369-1374; sulla nullità della clausola Cass. Civ., Sez. Unite, 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro it.*, 1949, p. 39 ss.

Attraverso siffatte clausole non si modifica il contenuto dell'obbligazione ma si prevede l'adeguamento del valore della prestazione sulla base di parametri certi e prestabiliti, senza alcun potere di intervento discrezionale del creditore. In materia E. QUADRI, *Indicizzazioni, interessi e usura*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, p. 507 ss.; C. VITERBO, *Debito di valuta estera e clausola oro*, in *Foro it.*, 1947, I, p. 195 ss.; A. DALMARTELLO, *Appunti in materia di clausola oro*, Milano, 1942.

<sup>35</sup> Per una prospettiva storica delle obbligazioni indicizzate P. BAFFI, "Indicizzazione", in *La Politica monetaria in Italia*, a cura di F. COTULA - P. DE STEFANI, Bologna, 1979.

<sup>36</sup> La "clausola Istat" è il frutto di un complesso calcolo operato dall'Ufficio italiano di statistica (ISTAT) che tiene conto dell'andamento su base annuale dei prezzi di un *paniere* formato da alcuni beni di largo consumo, aggiornato anch'esso annualmente. Per una opportuna ricostruzione della suddetta clausola vedi F. GAZZONI, *cit.*, p. 606.

<sup>37</sup> Tra le deroghe legali assumono particolare importanza gli articoli 5 e 6 della legge n. 898 del 1970 che, in tema di divorzio, prevedono l'obbligo di indicizzazione dell'assegno divorziale, imponendo al giudice il compito di fissare un criterio di adeguamento automatico, di norma ravvisato in quello Istat, ovvero l'abrogato articolo 24 e, da ultimo l'articolo 32 della legge n. 392 del 1978 che consente alle parti di prevedere l'aggiornamento dei canoni di locazione secondo la variazione accertata dall'Istat dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati.

Di particolare importanza la "clausola di revisione prezzi", che opera in tutti i contratti pubblici di durata (art. 106 del D.Lgs. 50 del 2016, precedentemente art. 115 D.Lgs. 163 del 2006, art. 6 comma 4 Legge n. 537 del 1993). Attraverso la previsione della detta clausola si ottiene il riequilibrio del sinallagma qualora sussistano mutamenti evidenti e lesivi del costo delle materie prime impiegate per effettuare l'opera o gestire il servizio, senza, però *eliminare completamente l'alea tipica del contratto, la quale costituisce proprio oggetto di specifico apprezzamento (al momento*

<sup>31</sup> Si discute sulla natura facoltativa dell'obbligazione contenuta all'art. 1278 c.c.: una prima e prevalente posizione interpretativa considera l'obbligazione pecuniaria come facoltativa. Sul punto le considerazioni di T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni in diritto.*, Padova, 1938, p. 104; G. SCADUTO, *cit.*, p. 100; F. GAZZONI, *cit.*, p. 611. Diversamente altra parte della dottrina considera l'obbligazione pecuniaria come "alternativa" poiché il creditore, allo stato, non potrebbe rifiutare il pagamento con valuta estera considerandosi lo speculare potere del debitore come integrativo del contenuto del regolamento contrattuale: C.M. BIANCA, *L'obbligazione* cit., p. 164.

<sup>32</sup> Il principale fautore delle clausole di garanzia monetaria è stato A. CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milano, 1939. In materia si veda anche P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; A. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, IV, Torino, 1991, p. 9; G.R. PAVONI, *Osservazioni sulle clausole monetarie e sulle obbligazioni che ne derivano*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 9-10, p. 387; E. QUADRI, *Le obbligazioni* cit., p. 485; ID., *Le clausole monetarie*, Milano, 1981, p. 141 ss. Le clausole hanno avuto particolare applicazione in materia di compravendita, consentendo di garantire al venditore la "corrispondenza costante tra il valore della moneta pattuita ed il valore della cosa compravenduta": D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1971, p. 236.

alla rigidità del principio in esame, qualificabili genericamente come legali, a causa del meccanismo di funzionamento distante dalla presenza di un preventivo accordo tra le parti dell'obbligazione.

La categoria legale comprende una pluralità di fattispecie quali la presupposizione, ovvero l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta con applicazione dei conseguenziali rimedi<sup>38</sup>, quello dell'ingiustificato arricchimento con la possibilità di attivare l'azione di cui all'art. 2041 c.c. e, infine, la nota distinzione tra debiti di valuta e debiti di valore<sup>39</sup>.

Centrale in tale assetto derogatorio è quest'ultima distinzione, che, se priva di fondamento normativo, ha assunto particolare importanza, dapprima in dottrina, e soltanto successivamente in giurisprudenza.

Sul punto, la *ratio* dell'emersione della categoria dei debiti di valore<sup>40</sup> si fonda proprio sulla necessità

della formulazione dell'offerta economica) dei concorrenti che intendono concorrere alla gara d'appalto. In questo caso, si impone all'operatore economico di dimostrare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., la sussistenza in concreto dei presupposti di operatività della revisione del prezzo, operando l'eventuale aumento entro i limiti indicati dall'indice FOI come elaborato dall'ISTAT costituendo esso la soglia massima da non superare. Se, invece, l'aumento fosse automatico senza alcuna prova dell'appaltatore si correrebbe il rischio di trasformare la procedura di revisione del prezzo in una clausola automatica di indicizzazione, nulla venendo meno il rischio proprio dei contratti aleatori e non prevista dalla legge. Tar Lombardia, Brescia, Sez. I, 03 luglio 2020 n. 504, in *Foro amm.*, II, 7-08, p. 1542. Cons. Stato, Sez. V, 06 settembre 2022, n. 7756. Da ultimo, l'art. 29, comma 1, lett. a) del D.L. 4 del 2022, conv. in L. 25/2022 ha reso obbligatorio l'inserimento della clausola revisione prezzi per tutti i bandi o gli avvisi pubblicati successivamente al 27 gennaio 2022 e fino al 31 dicembre 2023, estendendosi a tutti i tipi di contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

<sup>38</sup> La giurisprudenza (Cass. civ., Sez. II, 13 gennaio 1995, n. 369) ha affrontato più volte il tema del principio nominalistico ritenendo come la svalutazione monetaria, operando come un accadimento imprevedibile ed inevitabile al pari di ogni evento estraneo alla volontà delle parti ed idoneo ad incidere sull'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, può giustificare la risoluzione del negozio giuridico per eccessiva onerosità, ai sensi e nei limiti dell'art. 1467 c.c., qualora per la sua entità presenti i caratteri fissati dall'ordinamento trattandosi l'obbligazione pecuniaria naturalmente come un contratto di durata. E. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1998, p. 90.

<sup>39</sup> Invero la distinzione nasce in dottrina: il fautore della classificazione è T. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928, p. 231 ss.; sul punto conferma la sussistenza di tali debiti, nonché l'applicazione del menzionato criterio discrezionale anche A. DI MAJO, *Interessi e debiti di valore*, in *CorG.*, 1995, p. 462; B. INZITARI, *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006, p. 602 ss.; D. ACHILLE, *cit.*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 217 ss.; T.D. MASSARA, *Le obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, p. 1 ss.; G. PUGLIESE, *Restituzione della somma ricevuta in base ad un contratto annullato e principio nominalistico*, in *Foro Pad.*, 1951, p. 1085. Non accoglie la distinzione V. LOIACONO, *cit.*, p. 171.

<sup>40</sup> Le obbligazioni di valore non vanno confuse, poi, con i debiti indicizzati poiché i primi non possono essere ancorati ad elementi

di evitare un danno al creditore, limitando gli effetti della svalutazione monetaria, connessa all'applicazione del principio del valore nominale della valuta, sul potere di acquisto della moneta (per questo motivo rappresenta una deroga al principio nominalistico). In altre parole, nell'ambito delle obbligazioni aventi ad oggetto un bene diverso dalla consegna di una somma di denaro si esclude l'applicazione del principio nominalistico, così evitando di gravare il creditore dei danni derivanti dalla svalutazione monetaria che incide sul potere di acquisto della moneta.

Applicata per la prima volta in ambito giurisprudenziale dalle Sezioni Unite civili n. 1464 del 1983<sup>41</sup>, in tema di accessione invertita ed espropriazione appropriativa della PA, si individuava il *discrimen* tra le due tipologie di debiti nella natura dell'oggetto iniziale dell'obbligazione: i debiti di valuta hanno ad oggetto, sin dall'inizio, il pagamento diretto ed immediato di una somma di denaro determinata o determinabile<sup>42</sup>, mentre quelli di valore un bene diverso dal denaro.

In questa seconda tipologia di debiti, la moneta rappresenta un bene succedaneo e sostitutivo che esprime, in termini valutari, la valutazione di convenienza economica del creditore in ordine al bene dovuto, oggetto della prestazione. Sicché, la somma dovuta aumenta quanto più cresce il valore della prestazione, con eliminazione dei rischi svalutativi.

Contesta, però, l'automatismo creato dalla giurisprudenza la stessa dottrina che ha teorizzato la distinzione<sup>43</sup>, a causa del fatto in questo modo si rischia di qualificare l'obbligazione di valore sulla base di "un elemento negativo", che raccoglie prestazioni eccessivamente eterogenee, tutte accomunate dal fatto di ave-

predeterminati, mentre le seconde sono legate a *parametri prestabiliti* idonei ad identificare quanto sarà dovuto in futuro. C.M. BIANCA, *Diritto civile. IV, Le obbligazioni*, Milano, 1993, p. 151. Si supera, almeno in parte, quanto affermato dal principale fautore della distinzione in esame che considerava quale criterio discrezionale quello relativo alla "natura dell'istituto o dello scopo perseguito dalle parti": T. ASCARELLI, *Obbligazioni cit.*, p. 444.

<sup>41</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, p. 626 con nota di ORIANI, nonché in *Dir. e giur.*, 1983, p. 943; in *Riv. Giur. Edilizia*, 1983, I, p. 218; in *Foro Amm.*, 1984, p. 322 e in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 1736, con nota di MASTROCINQUE.

<sup>42</sup> La giurisprudenza ha più volte affrontato la questione sulla natura del debito, considerando di denaro, ovvero di valuta, quello restitutorio di somma di denaro già ricevute (anche quale mero anticipo) dal contraente fedele quale conseguenza della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento (già Cass. Civ., Sez. Un., 29 luglio 1950, n. 2159, in *Giur. it.*, 1950, I, p. 634; Cass. Civ., Sez. Un., 13 luglio 1992 n. 12942, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 322; Cass. Civ. Sez. Un., 17 maggio 1995 n. 5391, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995; ovvero il credito vantato dall'appaltatore nei confronti del committente per le opere già eseguite (Cass. Civ., Sez. II, 27 ottobre 2020, n.23556), e, in generale i crediti vantati dai professionisti nei confronti dei clienti per le attività intellettuali espletate (Cass. Civ., Sez. II, 19 gennaio 2005, n. 1063).

<sup>43</sup> T. ASCARELLI, *Obbligazioni cit.*, p. 448 ss.

re ad oggetto “debiti non soggetti al valore nominale della moneta nazionale”, ovvero il denaro.

Pertanto, la richiamata tesi ritiene che l'unico criterio giustificativo della categoria debitoria in esame possa essere quello della predeterminazione quantitativa della prestazione. Si ritiene, infatti, che potrebbe parlarsi di debiti di valore “ogni qual volta la prestazione sia quantitativamente determinata in funzione di un (determinato) potere d'acquisto”; in questo caso, il valore rappresenta la sola “misura” della prestazione dovuta e non già l'oggetto della prestazione, che normalmente attiene a “debiti illiquidi”<sup>44</sup>.

Le obbligazioni di valore rappresentano un'eccezione al principio nominalistico poiché sottratte al rischio della svalutazione monetaria, limitato solo alla valuta, sicché la determinazione dell'equivalente monetario del bene dovuto dal debitore verrà liquidato all'esito di un complesso calcolo che consente di determinarne il valore economico reale e attuale (cd. *taxatio*). Si può dire che l'applicazione del principio nominalistico, in questo tipo di debiti, non viene totalmente esclusa, ma, soltanto, “posticipata” al momento dell'attualizzazione del valore economico del bene dovuto, ovvero al momento della “liquidazione giudiziale o convenzionale”<sup>45</sup> dello stesso.

L'individuazione di una tempistica certa ha consentito di superare l'opposto orientamento che, pregiudicando il creditore, riteneva sussistente la trasformazione del debito di valore in obbligazione di valuta non dalla *taxatio* ma dall'effettivo pagamento operato dal debitore. Non mancano, altresì, pronunce che hanno posteso la suddetta conversione, che potremmo definire legale, non al momento della liquidazione, ma a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che ha effettuato la trasformazione<sup>46</sup>.

Infine, da ultimo la Suprema Corte ha affrontato, sul piano della liquidazione, i rapporti tra *taxatio* e eventuali acconti versati dal debitore prima della valutazione giudiziale della prestazione inadempita<sup>47</sup>. È

chiaro, infatti, che il debitore potrà effettuare il pagamento della valuta, corrispondente al valore della prestazione inadempita, *uno actu* o attraverso il versamento, nel corso del tempo e sempreché il creditore acconsenta *ex art.* 1181 c.c., di uno o più acconti che culminano nel saldo finale.

In quest'ultimo caso, una prima impostazione prudenziale ha ritenuto necessario calcolare il danno da ritardo (cd. interessi compensativi) sulla differenza tra il valore della prestazione inadempita e gli acconti versati, entrambi de-valutati<sup>48</sup>. La tesi ora espressa viene, però, superata da una diversa corrente interpretativa, che potremmo definire prevalente e attuale<sup>49</sup>, la quale ritiene il cennato meccanismo “insostenibile” e contrario alla “*ratio* e ai principi che disciplinano la mora nelle obbligazioni di valore” poiché idonee a determinare una “sottostima del danno”<sup>50</sup>.

Al fine di evitare la sterilizzazione parziale del credito risarcitorio vantato dal danneggiato è necessario procedere ad una valutazione bifasica dello stesso che passa attraverso la prioritaria individuazione del credito in conto capitale e da *mora debendi*. Il primo deriva dalla decurtazione del valore complessivo dell'acconto rivalutato dal valore del credito, anch'esso rivalutato dalla data del danno (o dell'inadempimento) a quella della decisione. Partecipa della prima fase, ancora, l'individuazione del credito da ritardo che sarà calcolato secondo i criteri fissati dalle Sezioni Unite n. 1712 del 17 febbraio 1995<sup>51</sup>.

monetaria, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949, p. 419; N. RIZZO, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 246 ss.; G. VALCAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 31 ss.; M. TICCOZZI, *Debiti di valore e imputazione del pagamento eseguito prima della liquidazione*, in *Ric. Giur.*, 2016, 5, p. 249 ss.

<sup>48</sup> Cass., Civ., Sez. III, 21 marzo 2011, n. 6357, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, 5-6, I, p. 1222; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2005, n. 3748.

<sup>49</sup> Cass. Civ., Sez. III, 13 gennaio 2023, n. 832.

<sup>50</sup> La questione ha riguardato l'applicazione dell'art. 1194 c.c. a tali poste creditorie ritenendosi, per la teoria precedente, non soggette ad imputazione gli acconti sulla sorta capitale ritenendosi non immediatamente liquidi ed esigibili. Già Cass. Civ., Sez. III, 8 marzo 1988 n. 2352, in *Arch. Giur. circ.*, 1988, p. 1056; Cass. Civ., Sez. III, 1 luglio 1994 n. 6228, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1995, p. 193; Cass. Civ., Sez. VI, Ord. del 12 giugno 2019, n. 15856; Cass. Civ., Sez. III, Ord. del 13 novembre 2018, n. 29031; Cass. Civ., Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 27477; Cass. Civ., Sez. III, Ord. del 20 agosto 2018, n. 20795; Cass. Civ., Sez. VI, Ord. del 5 giugno 2018, n. 14311; Cass. Civ., Sez. VI, Ord. del 18 gennaio 2018, n. 1103; Cass. Civ., Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 25817; Cass. Civ., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 9950; Cass. Civ., Sez. III, 19 marzo 2014, n. 6347.

<sup>51</sup> Cass. Civ., Sez. VI, 13 febbraio 2020, n. 3545, *cit.* esplicita i metodi alternativi di calcolo del danno da ritardo: “(a) applicando un saggio di interesse, scelto equitativamente, sull'intero credito risarcitorio, espresso in moneta dell'epoca del sinistro e poi rivalutato anno per anno, fino alla data di pagamento dell'acconto; in alternativa, sarà possibile applicare il suddetto saggio su una base di calcolo rappresentata dalla somma tra il credito risarcitorio espresso in moneta dell'epoca del sinistro, e il

<sup>44</sup> Posizione contestata da C. VITERBO, *cit.*, p. 196, che sostiene come la tesi abbia reso l'oggetto della prestazione un valore “astratto”.

<sup>45</sup> C.M. BIANCA, *L'obbligazione cit.*, p. 151; Cass. Civ., Sez. I, 28 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, 108, p. 815 ss.; Cass. Civ., Sez. III, 2 aprile 2014, n. 7697; Cass. Civ., Sez. VI, 13 febbraio 2020, n. 3545, in *Giust. Civ. Mass.*, 2020; Cass. Civ., Sez. III, 2 dicembre 2021, n. 38109.

<sup>46</sup> Espressamente Cass. Civ., Sez. III, 11 marzo 2004, n. 4993, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004; in *Foro it.*, 2004, I, p. 2108: “La liquidazione diventa definitiva solo quando la sentenza, che l'ha effettuata, è divenuta definitiva, per cui solo da quel momento vi è l'assoggettamento del debito al principio nominalistico, regolato dall'art. 1224 c.c. (cfr. Cass. 24 ottobre 1986, n. 6231). Non è quindi la sola sentenza di appello che rende la decisione definitiva, ma il passaggio in giudicato di detta sentenza, mentre fino a quel momento il debito rimane di valore.” Nello stesso senso Cass. Civ., Sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19316, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p. 9.

<sup>47</sup> G.B. FERRI, *Tendenze giurisprudenziali in tema di svalutazione*

Successivamente, si dovrà procedere alla somma del credito in conto capitale e quello da mora, entrambi rivalutati secondo le modalità ora individuate<sup>52</sup>.

Si deve dare atto dell'esistenza di un terzo e minoritario orientamento<sup>53</sup> che ha introdotto un diverso criterio di scomputo imponendosi la decurtazione dell'acconto dalla valuta corrispondente al bene della vita dovuto, entrambi de-valutati fino al momento della corresponsione del primo. La rivalutazione monetaria, secondo i criteri fissati dalle Sezioni Unite del 1995, avrà ad oggetto la differenza ora citata.

La categoria dei debiti di valore è stata inizialmente applicata in tema di illecito aquiliano e, successivamente, estesa ai crediti risarcitori derivanti da inadempimento contrattuale di obbligazioni diverse da quelle pecuniarie<sup>54</sup>.

---

medesimo credito espresso in moneta dell'epoca del pagamento dell'acconto; (b) applicando un saggio di interesse, scelto equitativamente, sul credito rimanente dopo la sottrazione dell'acconto, espresso in moneta dell'epoca di pagamento del primo acconto, e poi rivalutato anno per anno, fino alla data della decisione; in alternativa, sarà possibile applicare il suddetto saggio su una base di calcolo rappresentata dalla semisomma tra il credito risarcitorio espresso in moneta dell'epoca del pagamento dell'acconto, e il medesimo credito espresso in moneta dell'epoca della decisione”

<sup>52</sup> Espressamente e da ultimo Cass. Civ., Sez. III, 13 gennaio 2023, n. 832, *cit.*: “c) calcolando gli interessi compensativi individuando un saggio scelto in via equitativa, ed applicandolo prima sull'intero capitale, rivalutato anno per anno, per il periodo intercorso dalla data dell'illecito al pagamento dell'acconto, e poi sulla somma che residua dopo la detrazione dell'acconto, rivalutata annualmente, per il periodo che va da quel pagamento fino alla liquidazione definitiva”.

<sup>53</sup> App. Roma, Sez. III, 25 settembre 2012.

<sup>54</sup> La distinzione, invero, sul piano applicativo è ancora incerta, anche se la giurisprudenza ha, tradizionalmente, considerato crediti di valore quelli per conguagli nel caso di divisione del testatore, nelle ipotesi in cui questi abbia diviso i propri beni immobili attribuendo in denaro la quota di uno dei dividendi, esprimendo l'equivalente economico in termini monetari della sua quota sui beni immobili attribuiti agli altri coeredi: Cass. Civ., Sez. II, 16 gennaio 2007, n. 862, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 1; il credito del legittimario escluso dall'eredità conseguente al vittorioso esperimento, nei confronti dei chiamati, dell'azione di riduzione. In linea con le considerazioni di una parte della dottrina che considera il diritto alla quota di riserva come quel diritto ad una porzione di beni, di valore corrispondente ad una certa frazione della massa, costituita dal patrimonio complessivo netto del *de cuius*: S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 33 ss.; N. DI MAURO, *L'individuazione dell'oggetto delle liberalità ai fini della riunione fittizia, della imputazione ex se e della collazione in alcune fattispecie particolari*, in *Giust. Civ.*, II, p. 641 ss; G. AMADIO, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, in *Riv. not.*, 2009, p. 824 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 19 maggio 2005, n. 10564, in *Corr. giur.*, 2005, 7, p. 904; secondo l'indirizzo prevalente e diversamente dai crediti restitutori quelli per indennizzo da esperimento favorevole dell'azione di cui all'art. 2041 c.c. Cass. Civ., 14 ottobre 2011 n. 21227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 10, p. 1455; Cass. Civ., Sez. Un. 11 settembre 2008 n. 23385, in *Resp. civ. Prev.*, 2009, p. 850.

### 3. L'obbligazione accessoria degli interessi e l'usura

Lo studio delle obbligazioni pecuniarie non può tralasciare la disciplina degli interessi: essi sono alla base di ogni debito di valuta, e rilevano, anche, nell'ambito dei debiti di valore, una volta intervenuta la liquidazione giudiziale del danno ricevuto dall'indebitamento del debitore.

Riconducibili nella categoria delle prestazioni accessorie<sup>55</sup> ex art. 1282 c.c., gli interessi sono dovuti dal debitore quale conseguenza della disponibilità del denaro altrui, ovvero del ritardato pagamento della prestazione pecuniaria.

Prima di affrontare nello specifico la singola tipologia di interesse nonché la loro funzione è necessario, però, sottolineare come tale istituto risente del tradizionale accostamento alla nozione civilistica di frutto<sup>56</sup>. Infatti, si tratta di frutti civili, che maturano per il solo godimento del bene altrui, secondo una nozione legata ad un'impostazione giuridica che poneva al centro del sistema il diritto di proprietà, baricentro intorno al quale, seguendo un approccio esclusivamente patrimonialistico del diritto privato, ruotava l'intera regolamentazione giuridica dei rapporti inter-privatistici<sup>57</sup>.

L'utilizzo di beni di proprietà altrui, compreso il denaro, deve essere remunerato attraverso l'attribuzione di una controprestazione, individuata appunto negli interessi.

Il concetto di interesse, ancora oggi, resta inscindibilmente connesso a tale concezione economica che ricomprende nell'ampio *genus* dei frutti civili anche

<sup>55</sup> I rapporti giuridici possono presentare una connessione tra loro. Tra i criteri richiamati dalla dottrina per classificare i collegamenti tra i rapporti assume rilievo anche quello “per accessorialità”: vedi P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 100.

<sup>56</sup> La nozione di frutto nel nostro ordinamento conferma l'antica distinzione, già presente nel diritto romano, tra quelli naturali e civili. Gli articoli 820 e 821 del Codice civile regolamentano l'operatività dei frutti civili qualificandoli come il corrispettivo del godimento della cosa da parte di altri, ricomprendendo, espressamente, in tale categoria anche gli *interessi di capitali*.

Il disposto normativo rappresenta la conseguenza della trasposizione nel Codice del 1942 di quanto già affermato dal Codice unitario. Nel 1865, infatti, venivano indicati all'art. 444, 3° comma espressamente tra i frutti anche *gli interessi dei capitali (frutti civili quelli che si ottengono per occasione dalla cosa, come gli interessi dei capitali, i proventi dell'enfiteusi, dei censi, dei vitalizi ed ogni altra rendita)*. Tale disposizione, a sua volta, si riprendeva quanto già previsto dal Codice civile napoleonico che all'art. 584 indicava gli interessi quale componente più rilevante della categoria dei frutti civili: *les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes*.

In una prospettiva comparatistica, il codice svizzero omette qualsiasi rinvio ai frutti diversamente da quello tedesco che all'art. 99, Abs 3, BGB. qualifica come frutti i prodotti che una cosa o un diritto procura in virtù di un rapporto giuridico (*Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewärt*).

<sup>57</sup> Anche il Codice del 1865 risentiva dell'accostamento al diritto di proprietà della nozione di frutto; l'art. 444 era, infatti, collocato nella parte che disciplinava la proprietà e nella specie al capo concernente l'accessione sui prodotti della cosa.

quei beni che derivano dalla gestione di una cosa (appunto la somma di denaro altrui) attuata mediante lo svolgimento di un'attività giuridica.

Conferma tale assetto il principio posto a fondamento degli interessi ovvero quello della naturale fecondità del denaro, ritenuto di ordine pubblico, ed espresso dalla regola per cui tutti i crediti di denaro producono *ipso iure* interessi; principio fissato, tra l'altro, agli articoli 1282 c.c., laddove si legge espressamente che "i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto", e 1815 c.c. che, in tema di mutuo<sup>58</sup>, introduce una presunzione di onerosità espressa dalla clausola: "salvo diversa volontà delle parti (mutuo gratuito), il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante".

Su di un piano economico-giuridico, dunque, il denaro rappresenta un bene "naturalmente" fruttifero e gli interessi, caratterizzati dalla decorrenza automatica, sono il frutto che il creditore può ricevere per il mancato godimento della propria moneta, conseguenza dello sfruttamento e l'utilizzazione della stessa da parte del debitore.

Quali frutti civili, gli interessi, si ricollegano, quindi, al godimento, *rectius* vantaggio, derivante dalla disponibilità del denaro altrui. Il beneficio della liquidità giustifica la possibilità offerta al debitore di possedere ed utilizzare i beni altrui e, di converso, compensa il creditore della mancata disponibilità ed utilizzabilità del denaro proprio. Il denaro, sul punto, si concretizza per essere un bene materiale, anche se sotto forma di moneta scritturata, che qualora non disponibile darebbe vita, in ogni caso, ad un danno per il suo titolare. Infatti, anche il creditore più abbiente potrebbe ricevere un pregiudizio dal mancato utilizzo o dalla ritardata restituzione del proprio denaro, ravvisandosi, appunto, negli interessi un bene dotato di funzione riparatoria e reintegratoria della sua posizione patrimoniale.

Il vantaggio della liquidità, nei detti termini, impone al debitore la prestazione degli interessi, distinguendosi soltanto in ordine ai presupposti della loro erogazione.

Sotto il profilo operativo, molteplici sono le caratteristiche degli interessi: in primo luogo, l'accessorietà rispetto all'obbligazione principale<sup>59</sup>, connessa al pagamento di una somma di denaro; ancora, l'omogeneità rispetto al contenuto principale di quanto dovuto, considerandosi ad essa fungibile, la proporzionalità del risultato utile in relazione al periodo di godimento ed, infine, l'elemento della periodicità a cui si lega l'ulteriore distinzione tra maturazione, che avviene giorno

per giorno, e, scadenza, che determina l'immediata esigibilità da parte del creditore<sup>60</sup>.

Affrontata la questione del fondamento, della natura e delle principali caratteristiche degli interessi, il passaggio evolutivo per verificare l'assoggettabilità degli stessi alla disciplina antiusura è, certamente, quello di individuarne la funzione: in linea di principio, l'impianto teleologico degli interessi è di tipo remuneratorio (senza dubbio per quelli corrispettivi e compensativi), a cui si aggiunge, secondo parte della dottrina<sup>61</sup> e della giurisprudenza<sup>62</sup> anche quello risarcitorio in materia di interessi moratori. La funzione remuneratoria si ricollega alla necessità di tutelare il patrimonio del creditore dalla mancata disponibilità del proprio denaro e viene spiegata diversamente a seconda della corrente interpretativa seguita: secondo una prima tesi è possibile qualificare gli interessi come un vero e proprio corrispettivo da ricevere quale conseguenza di un finanziamento legale o convenzionale, altre posizioni<sup>63</sup>, invece, ne sottolineavano la natura di corrispettivo per il mancato godimento del proprio denaro o, ancora, di ristoro a titolo risarcitorio in caso di godimento del denaro altrui da parte del debitore.

Tradizionalmente, poi, sotto un profilo tipologico, gli interessi si distinguono in tre diverse categorie<sup>64</sup>: la prima, i corrispettivi, è contemplata all'art. 1282 c.c. In questo caso il beneficio dell'interesse si ricollega al godimento diretto di una somma di denaro<sup>65</sup> che, di norma o meglio naturalmente, è stata trasfe-

<sup>60</sup> La dottrina prevalente (C.M. BIANCA, *Diritto civile* cit., p. 175) sottolinea come la dazione di interessi rappresenta una *prestazione pecuniaria, periodica, proporzionale e accessoria*.

<sup>61</sup> F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 777 ss.; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 534; A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 629 ss.; ID., *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, pp. 508 e 509; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, p. 248 ss.

<sup>62</sup> Da ultimo: Cass. Civ., sez. III, 06 maggio 2022, n. 14472, *cit.*; CGUE, sez. VII, 10 giugno 2021, n. 192.

<sup>63</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 1975, p. 148 ss.; B. INZITARI, *La moneta* cit., p. 206 ss.

<sup>64</sup> Il punto 570 della Relazione al Codice agli ultimi due capoversi, riprendendo per gli interessi moratori quanto già espresso al punto n. 569, rinvia sia agli interessi corrispettivi e moratori che a quelli compensativi, che sono soggetti ad un precetto di tipicità, applicabili in taluni casi specificatamente previsti dalla legge (articoli 1499, 1815, 1825). In dottrina non mancano soluzioni differenti C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, in *Comm. Scialoja - Branca*, IV, 1967, p. 285 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1959, p. 132 ss. La tripartizione è stata riconosciuta, invece, anche da G. VALCAVI, *Riflessioni sui c.d. crediti di valore, sui crediti di valuta e sui tassi di interesse*, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2112; F. GAZZONI, *cit.*, pp. 603 ss.

<sup>65</sup> F. DIMUNDO, *Frutti civili*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 552.

<sup>58</sup> M. FRAGALI, *Mutuo, sub artt. 1813-1822*, in *Comm. Scialoja - Branca* Bologna-Roma, 1966, p. 357.

<sup>59</sup> Il riferimento all'accessorietà consente di estendere agli interessi talune vicende che attengono all'obbligazione principale: si pensi alle vicende estintive o alla materia del privilegio che, ai sensi dell'art. 2749 c.c., viene esteso anche all'obbligazione degli interessi.

rita a titolo oneroso ovvero dietro il pagamento di un corrispettivo; in tal senso il corrispettivo viene individuato proprio nella prestazione degli interessi, dovuti per l'uso legittimo del denaro altrui. Tale tipologia di interesse assume la funzione di remunerare il creditore dalla mancata disponibilità del denaro e si atteggia come diretta espressione del principio feneratizio a cui si lega quello della produzione *ex lege*, o automatica, degli stessi interessi.

Il presupposto di maturazione degli interessi corrispettivi è che si tratti di un credito liquido ed esigibile: la liquidità ricorre quando il credito sia di certo ammontare ovvero di ammontare facilmente accertabile, attraverso operazioni matematiche o per il tramite dell'applicazione di criteri predeterminati dalle parti; mentre l'esigibilità attiene alla possibilità da parte del creditore di poter far valere immediatamente il credito in sede giudiziale, essendo già scaduto il termine di adempimento<sup>66</sup>.

La regola che tutti i crediti pecuniari producono interessi non manca, però, di talune eccezioni, riconducibili nell'ambito della generica categoria dei crediti infruttiferi<sup>67</sup>, nel cui novero rientrano, per diretta prescrizione normativa, quelli per fitti e pigioni<sup>68</sup> oppure quelli per i quali vi sia un accordo tra le parti sul mancato maturarsi degli stessi (così potendosi attribuire all'art. 1282 c.c. la natura di norma dispositiva e derogabile dai contraenti).

La giurisprudenza<sup>69</sup>, nel corso del tempo, ha individuato, nell'ambito dei debiti di valore un'ulteriore categoria di interessi, quelli compensativi. Dovuti quale conseguenza del danno subito dal creditore per il ritardato conseguimento della prestazione, gli stessi operano in funzione perequativo-equitativa, e, sono volti a compensare il patrimonio del creditore per il danno da mancato godimento dei frutti derivanti dalla indisponibilità del proprio denaro. Il presupposto della loro maturazione non viene individuato, allora, nella sussistenza di un credito liquido ed esigibile ovvero di un ritardo imputabile al debitore, in linea con la specifica funzione assoluta, quale quella di ristabilire l'equilibrio economico-patrimoniale tra i contraenti.

<sup>66</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile* cit., pp. 183-184.

<sup>67</sup> Tale locuzione è utilizzata espressamente dal legislatore all'art. 57 del R.D. 267 del 1942 nella parte relativa agli *effetti del fallimento*.

<sup>68</sup> Il legislatore del '42 ha previsto all'art. 1282 c.c. una norma di favore opportunamente rivolta a tutelare il contraente debole nell'ambito dei rapporti locatizi ovvero il conduttore; in questo caso, infatti, al debito non si accompagna la debenza di interessi, salvo quelli moratori, che maturano *ex persona* dal momento della costituzione in mora da parte del locatore e non dalla scadenza del singolo canone.

<sup>69</sup> Invero gli interessi compensativi non possono essere considerati una categoria meramente prudenziale in quanto erano già previsti al punto 570 della Relazione al Codice che, però, li assoggettava al principio di tipicità ritenendoli applicabili non in via generalizzata ma *in taluni casi specificatamente previsti (articoli 1499, 1815, 1825)*.

Il tradizionale fondamento normativo ravvisato dalla giurisprudenza per tali interessi è l'art. 1499 c.c. in tema di vendita, ma la stessa ha più volte esteso tale categoria in materia di responsabilità da fatto illecito extracontrattuale ed in materia di indennizzo espropriativo.

Infine, la terza tipologia di interesse è rappresentata da quelli di mora, che operano alla stregua di una misura risarcitoria, nell'ambito dei debiti di valuta, in tutti i casi in cui il debitore non esegue, nel tempo dovuto, la prestazione pecuniaria. Si tratta di una "voce di costo del credito rilevante solo nella patologia del rapporto obbligatorio"<sup>70</sup>, legandosi alla fase dell'inadempimento dell'obbligazione, quando il debitore non esegue la prestazione dovuta nel tempo stabilito dal contratto. Essi sono regolamentati nel contesto normativo della mora del debitore, operando come una forma di mora speciale qualora il ritardo, ingiustificato e imputabile al debitore, attenga ai debiti di valuta.

Ancora in materia di interessi, centrale è il dato normativo dell'art. 1284 c.c. che disciplina il tasso o la misura degli stessi. Il legislatore introduce una regola, al contempo, generale e residuale, prevedendo che il tasso "ordinario" degli interessi venga corrisposto nella "misura" legale, come definita ogni dicembre dal MEF, in mancanza (da ciò la residualità) di un diverso accordo tra le parti (misura o tasso convenzionale).

La richiamata disposizione è stata integrata nel corso del tempo da due nuovi commi, introdotti dalla legge 162 del 2014, il cui scopo era quello di evitare che, durante la pendenza del processo, il creditore potesse ricevere un danno derivante dalla bassa soglia dei tassi di interesse legale, così rischiando di far diventare l'interesse come una forma di finanziamento al ribasso favorevole al debitore. L'innovazione menzionata prevede, salvo diverso accordo tra le parti, che dal momento della domanda si applica non più il primo comma dell'art. 1284 c.c., ma la diversa disposizione dell'art. 4 del D.Lgs. 231 del 2002 in tema di interessi moratori nelle transazioni commerciali, equiparando, poi, alla domanda giudiziale l'atto di promovimento del procedimento arbitrale.

Sull'ambito applicativo di quest'ultima innovazione, ritenuta "deflattiva del contenzioso"<sup>71</sup>, è sorto un

<sup>70</sup> Già l'art. 1153 del *Code civil Napoléon* prevedeva l'esistenza e la maturazione di questa categoria di interessi, a prescindere dalla dimostrazione di un danno effettivo e dal momento della domanda. In termini evolutivi si poneva, successivamente l'art. 1231 del Codice civile del 1865, che riconosceva al creditore, in caso di ritardo adempimento, gli interessi moratori dal momento della scadenza dell'obbligazione (e non già dalla domanda) fino al pagamento, senza possibilità per il creditore di ottenere il risarcimento di un danno ulteriore. T. ASCARELLI, *La moneta* cit., p. 81, pp. 388-389; M. LIBERTINI, voce «Interessi», in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 98-99; B. INZITARI, *La moneta* cit., p. 194 ss.; N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 3, p. 362.

<sup>71</sup> Si esprime in tal modo Cass. Civ., Sez. III, Ord., 3 gennaio

rilevante dibattito giurisprudenziale che ha visto una prima posizione<sup>72</sup>, di tipo restrittivo, considerare applicabile la disposizione in esame soltanto alle controverse giudiziarie sorte su “obbligazioni pecuniarie di fonte negoziale”. Contrariamente, altra parte della Suprema Corte<sup>73</sup>, mutando il precedente orientamento, ha applicato la disciplina *de qua* a tutte le obbligazioni “di ogni natura, tanto se derivanti da contratti o negozi giuridici, quanto se derivanti da fatti illeciti o altri fatti o atti idonei a produrle”, al fine di evitare che la stessa disposizione potesse operare come una mera ripetizione dell’art. 1224 c.c. in materia di mora.

La disciplina normativa della misura degli interessi prevede, poi, che sia il potere pubblico nella persona giuridica del MEF, a definire il *quantum* legale degli stessi, attraverso una complessa procedura da concludere ogni anno, entro il mese di dicembre. Il tasso legale così individuato non trova applicazione, come già detto, qualora le parti abbiano concordemente fissato una diversa misura, definita convenzionale.

L’art. 1284 c.c. consente, espressamente, ai contraenti di prevedere la quantificazione concreta degli interessi, così implicitamente riconoscendo e riaffermando i postulati essenziali dell’autonomia privata ed i poteri riconosciuti dall’ordinamento alle parti di determinare in tutto o in parte il contenuto del regolamento contrattuale.

La determinazione convenzionale incide sul *quantum* dovuto in termini di interesse per il godimento del denaro altrui, e si tratta di un accordo che le parti possono concludere nel rispetto di due limiti legali: l’accordo deve essere osservare l’obbligo della forma scritta<sup>74</sup> *ad substantiam* e il saggio convenuto non deve essere usurario<sup>75</sup>.

Di particolare interesse ai fini della trattazione è il secondo limite individuato nell’usura<sup>76</sup>, la quale

nel sistema delle obbligazioni pecuniarie rappresenta una clausola normativa di salvezza volta a tutelare la posizione del debitore nei confronti del creditore, in presenza della fissazione convenzionale di interessi in misura ultralegale. Per effetto di siffatto limite sono vietati, quindi, tutti quegli accordi che hanno ad oggetto la predisposizione di interessi usurari, soggiacendo, sul fronte civilistico, la detta pattuizione alla sanzione più grave della nullità testuale per violazione del divieto imposto dall’art. 1815 c.c. in tema di mutuo.

La norma appena citata, come modificata dalla legge di riforma del fenomeno n. 108 del 1996, viene ritenuta come l’unico e generale rimedio di repressione civilistico del fenomeno usurario<sup>77</sup>, imponendo alle parti, al fine di evitare di incorrere in tale sanzione, di individuare il tasso di interesse convenzionale al di sotto di una particolare misura, definita come “tasso-soglia”.

La definizione del tasso soglia può considerarsi espressione di un principio protettivo riconducibile all’ordine pubblico<sup>78</sup> e rappresenta, altresì, secondo un’impostazione oggettivistica del fenomeno usurario, il limite legale entro il quale le parti possono esercitare i poteri di libera determinazione del contenuto del regolamento contrattuale. Superato lo stesso, oltre alla sanzione civile dell’invalidità della clausola, potrebbe derivare in capo al creditore anche una responsabilità penale ai sensi dell’art. 644 c.p.

Si tratta, al riguardo, di un’invalidità *sui generis*, di tipo parziale<sup>79</sup>, difforme dalla disciplina generale dell’art. 1419 comma 2 c.c., poiché tesa ad abbattere soltanto la clausola pattizia difforme senza alcuna sostituzione con altra legale, ferma la validità della restante parte del contratto. Infatti, attraverso il peculiare rimedio si provvede ad eliminare la sola pattuizione usuraria, ritenuta essenziale dalle parti, con salvezza dell’intero contratto, così trasformando il rapporto pecuniario da oneroso in gratuito. Sulla base

2023, n. 61, in *Giust. Civ. Mass.*, 2023.

<sup>72</sup> Cass. Civ., sez. II, 7 novembre 2018, n. 28409, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018; Cass. Civ., Sez. III, 28 febbraio 2017, n. 5042, in *Giust. Civ. mass.*, 2017.

<sup>73</sup> Cass. Civ., Sez. III, Ord., 3 gennaio 2023, n. 61, *cit.*

<sup>74</sup> Cass. Civ., Sez. III, 07 marzo 2017, n. 5609; Cass. Civ., Sez. I, 20 maggio 2016, n. 10561; Cass. Civ., Sez. I, 29 luglio 2009, n. 17679; Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2014, n. 3017; Cass. Civ., Sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3480 affronta, poi, la questione della determinazione *per relationem*, del tasso di interesse convenzionale, sostenendo che il “requisito della forma scritta per la determinazione degli interessi ultralegali (art. 1284, ultimo comma, c.c.) non postula necessariamente che la corrispondente convenzione contenga una puntuale indicazione in cifre del tasso così stabilito, ben potendo essere soddisfatto attraverso il richiamo, per iscritto, a criteri prestabiliti e ad elementi estrinseci al documento negoziale, purché obiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione, anche unilaterale, del relativo saggio”.

<sup>75</sup> Invero il mancato rispetto della forma scritta, come prevista all’art. 1284 comma 3 c.c., non comporta il divieto di richiedere interessi che saranno, in questa situazione, dovuti secondo il tasso legale.

<sup>76</sup> L’usura storicamente nasce come un fenomeno positivo teso ad

esprimere l’operatività del principio feneratizio implicando l’attitudine del denaro a produrre altro denaro. Nel corso del tempo, però, l’istituto cambia veste ed assume un’accezione negativa come fenomeno da reprimere assumendo una manifestazione patologica del richiamato principio. G. ALPA, *Usura: problema millenario, problemi attuali.*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181; G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975, I, p. 275.

<sup>77</sup> G. BONOLINI, *La sanzione civile dell’usura*, in *Contratti*, 1996, 3, p. 223; N. RIZZO, *cit.*, p. 360; E. QUADRI, *Profili civilistici dell’usura*, in *Foro It.*, 1995, V-14, pp. 337-338; l’Autore qualifica l’art. 1815 come “uno dei fondamentali punti di riferimento della disciplina, sul piano privatistico, della materia, ma, addirittura, è la sola norma che, nel codice civile, al fenomeno dell’usura si richiama esplicitamente col riferirsi «agli interessi usurari» ed al loro trattamento”.

<sup>78</sup> A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 353 ss.; L. NIVARRA, *Il mutuo civile e l’usura*, in *I contratti per l’impresa* a cura di GITTI - MAUGERI - NOTARI, II, *Banca, mercati, società*, Bologna, 2012, p. 25.

<sup>79</sup> V. ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2020, pp. 489-490.

di tali considerazioni si potrebbe definire la disciplina del fenomeno usurario come volta a salvaguardare, in termini rafforzati, la posizione passiva del rapporto obbligatorio, nella misura in cui il finanziamento viene convertito in gratuito, con esclusione in capo al debitore dell'obbligo di restituire, immediatamente, la sorta capitale dovuta. La richiamata disciplina ha, infatti, avuto particolare cura di sottolineare che la nullità colpisce la sola clausola usuraria, senza che possa essere travolto l'intero strumento negoziale.

Ancora, l'usura, su di un piano applicativo e similmente alla disciplina penale, opera su di un duplice livello: viene definita "presunta" nell'ipotesi in cui la clausola convenzionale fissa un interesse o altro vantaggio eccedente la soglia di anomalia legislativa espressa nel richiamato "tasso-soglia"; in mancanza di tale eccedenza, però, non si esclude la possibilità di accertare, comunque, la sussistenza dell'usura allorché astrattamente il tasso pattuito sia inferiore alla soglia legale, ma operi nelle dinamiche concrete in termini usurari a discapito del debitore.

In quest'ultimo caso, definito "concreto", per sanzionare il comportamento vessatorio del creditore è necessario dimostrare l'esistenza del fenomeno usurario imponendosi al finanziato<sup>80</sup>, di norma mutuatario, di provare in giudizio la sussistenza concreta di due presupposti, ritenuti cumulativi tra loro: l'oggettiva sproporzione tra le sue prestazioni e quelle assunte dal finanziatore e la propria condizione di difficoltà economica o finanziaria, effettivamente conosciuta ed approfittata dal creditore, che ha agito con l'unico scopo di abusare della stessa.

Baricentrico in tale contesto è, in relazione all'usura presunta, individuare l'entità del Tasso-soglia al fine di verificare la liceità della clausola pattizia determinativa degli interessi. Il meccanismo di determinazione viene disciplinato dall'art. 2 comma 4 della legge 108 del 1996, modificata dalla legge n. 106 del 2011 di conversione del Decreto Sviluppo (D.L. n. 70 del 11). Il Tasso soglia rappresenta il risultato di un complesso calcolo caratterizzato dalla preventiva definizione del TEGM<sup>81</sup>, dal successivo aumento di un quarto di tale tasso, al quale si aggiunge un incremento o margine ulteriore di quattro punti percentuali, con il limite individuato nell'impossibilità che lo *spread* tra TEGM e Tasso-soglia sia superiore a otto punti percentuali.

<sup>80</sup> Cass. Civ., Sez. II, 7 maggio 2014, n. 18778.

<sup>81</sup> Il presupposto di operatività del Tasso-soglia è, dunque, ravvisato nel TEGM, che viene stabilito dal M.E.F. con Decreto ministeriale, sulla base di rilevazioni trimestrali, sentita la Banca di Italia (cd Istruzioni), tenendo conto, altresì, dei criteri di cui all'art. 644 co. 3 c.p. sulla base degli interessi praticati dalle banche e dagli altri intermediari abilitati per operazioni similari. La classificazione delle operazioni per categorie omogenee, la quale tiene conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie è effettuata ogni anno dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, che affida alla Banca d'Italia la rilevazione dei dati.

Regole particolari e derogatorie rispetto alla previsione del tasso soglia usurario sono previste in tema di interessi moratori nelle transazioni commerciali, laddove il legislatore del 2002 ha previsto che la suddetta misura non tenga conto della disciplina generale dell'art. 1284 c.c. ma, di quella speciale, prevista all'art. 5 del D.Lgs. 231 del 2002<sup>82</sup>.

#### 4. L'anatocismo

La disciplina delle obbligazioni pecuniarie non è completamente asservita agli interessi del creditore, anche nella già accennata svolta patrimonialistica assunta dal Codice del 42, prospettandosi dalla normativa la possibilità di considerare esistenti due diversi strumenti tutori in favore della parte debitrice.

Essi vengono individuati nella disciplina dell'anatocismo e in quella già affrontata dell'usura. L'anatocismo può essere definito come il "diritto agli interessi sugli interessi"<sup>83</sup> ovvero come la capitalizzazione degli interessi già maturati, tali da renderli idonei a produrre ulteriori interessi.

Generalmente ammesso nella codificazione unitaria<sup>84</sup>, l'anatocismo non viene totalmente vietato dal

<sup>82</sup> Il D.Lgs. 231 del 2002 viene adottato in attuazione della Direttiva comunitaria CE/35/00 quale strumento di lotta ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali prevedendo agli articoli 4 e 5 la misura degli interessi moratori legali, eccedente a quella prevista dagli articoli 1224 e 1284 del Codice Civile. Secondo alcuni Autori la misura derogatoria e reale di tali interessi legali ne accentua il carattere sanzionatorio nei confronti del debitore inadempiente; sul punto F. QUARTA, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2016, p. 1159.

<sup>83</sup> C.M. BIANCA, *Obbligazioni cit.*, p. 198 ss.; V. BARBA, *L'anatocismo nei contratti e nelle operazioni bancarie*, Padova, 2010, p. 43 ss.; T. CARAFFA, *Anatocismo*, in *Dig. it.*, 1895, pp. 197-208; T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 165 ss. D. GRIFFO, *Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita*, in *Contratti* 2015, 5, p. 507 ss. F. MAIMERI, *La capitalizzazione degli interessi fra legge di stabilità e decreto sulla competitività*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, p. 8.

<sup>84</sup> Il Codice civile del 1865 all'art. 1232 aveva stabilito che gli interessi scaduti potessero produrre altri interessi, sia nella misura legale in virtù di una domanda giudiziale e del giorno della stessa, che in quella convenzionale, nella misura eventualmente pattuita tra le parti, in seguito ad un accordo posteriore alla scadenza degli interessi.

Sul piano storico il divieto dell'*usurae usurarum*, in termini assoluti, affondava le proprie origini nella Costituzione di Giustiniano del 529 d.c.: CI. 4.32.28.pr-1 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*): *Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissime cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum et totius summae usuras stipulari, quae differentia erat debitoribus, qui re vera usurarum usuras exigebantur? Hoc certe erat non rebus sed verbis tantummodo leges ponere. 1. Quapropter hac apertissima lege definimus nullo modo licere cuidam usuras praeteriti vel futuri temporis in sortem redigere et earum iterum usuras stipulari, sed, si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere et nullum aliarum usurarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantummodo incrementum usurarum accedere.* Nell'ambito del *Corpus Iuris* giustiniano la pratica sia diretta con capitalizzazione degli interessi scaduti (*anatocismus coniunctus*) sia indiretta con

Codice civile vigente che, nel rispetto del principio della naturale fecondità del denaro e avvicinandosi alla omologa disciplina francese<sup>85</sup>, ne ammette l'operatività in presenza di specifici presupposti e nel rispetto di particolari limitazioni.

L'art. 1283 c.c., base normativa di regolamentazione dell'istituto, prevede, infatti, che la capitalizzazione fruttifera possa operare soltanto in presenza di un debito di valuta; si tratta, similmente agli interessi, di un'obbligazione accessoria che richiede la presenza di una prestazione principale pecuniaria, la cui assenza rende nulla la pattuizione, venendo meno il fondamento giustificativo della dazione.

Avallano l'eccezionalità della disposizione la dottrina<sup>86</sup> e la giurisprudenza<sup>87</sup> che limitano l'operatività dell'anatocismo alle sole obbligazioni di valuta, considerando la collocazione normativa della norma che lo prevede e la portata speciale dello stesso, non estensibile anche ai debiti di valore.

Esistono, *per tabulas*, diversi tipi di interessi anatocistici: si parla di anatocismo "legale" per individuare quegli interessi dovuti a seguito di domanda giudiziale o per effetto di una previsione legislativa. Nel primo caso la domanda giudiziale rappresenta uno dei presupposti di operatività della fattispecie e può consentire solo l'erogazione di *ultra*-interessi in riferimen-

---

la pattuizione di un nuovo prestito (*anatocismus separatus*) veniva sanzionata con la *macula infamiae*.

In epoca repubblicana, al contrario, si ammetteva in via pressoché generalizzata la pratica dell'anatocismo. F. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 2002, Napoli, p. 303 ss.

<sup>85</sup> L'anatocismo è previsto all'art. 1154 del *Code Civil* che consente al creditore di ottenere la capitalizzazione di interessi di un debito, purché scaduti ma non pagati, a condizione che siano dovuti almeno per un anno. L'anatocismo potrà essere sia giudiziale (cd. *anatocisme judiciaire*) o convenzionale (cd. *anatocisme conventionnel*). In materia S. BERTHELM - DESVAUX, *Clause d'anatocisme ou de capitalisation des intérêts*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2014, 6; C. BRAGANTINI - BONNET, *L'anatocisme conventionnel*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2008, 28, p. 1240. Precedentemente l'art. 1154 del Codice del 1804 prevedeva l'applicazione dell'anatocismo soltanto per gli interessi dovuti almeno per un anno "intero": espressamente, *Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière*.

<sup>86</sup> F. GAZZONI, *cit.*, p. 606. F. GAMBINO, *cit.*, pp. 540-553; G. GUIDA, *L'anatocismo, Le figure speciali*, a cura di S. PATTI - L. VACCA, in *Tratt. Obbl.* diretto da L. GAROFALO - M. TALAMANCA, Padova, 2010, pp. 529-549.

<sup>87</sup> Cass. Civ., Sez. I, 27 giugno 2017, n. 15944, in *Giust. Civ. mass.*, 2017: "non può trovare, invero, applicazione, nella specie, l'art. 1283 cod. civ., atteso che tale disposizione che ammette l'anatocismo, dettata in materia di obbligazioni pecuniarie, non enuncia un principio di carattere generale, valido per ogni specie di obbligazione, ma ha carattere eccezionale, e non è, quindi, estensibile ai debiti di valore, quali quelli derivanti - come nel caso concreto (occupazione illegittima di un fondo - da responsabilità aquiliana". Nello stesso senso Cass. Civ., Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 25729, in *Giust. Civ. mass.*, 2014; Cass. Civ., Sez. III, 15 luglio 2005, n.15023, in *Giust. Civ. mass.*, 2005.

to a quelli già scaduti, purché dovuti da almeno sei mesi<sup>88</sup>. La domanda deve essere rivolta, in via specifica, a richiedere la dazione degli interessi "composti"<sup>89</sup>, dovendo essere presente nell'atto di citazione ovvero nella domanda riconvenzionale proposta. Quindi, difficilmente potrebbe accogliersi quella impostazione estensiva di una parte della giurisprudenza volta a considerare sufficiente anche la mera richiesta presentata in corso di causa<sup>90</sup> e per la prima volta dopo la fase introduttiva della stessa.

Il secondo presupposto attiene alla necessità che gli interessi divenuti sorta capitale siano già scaduti al tempo di proposizione della domanda; in materia si sono distinte due diverse opzioni interpretative: la prima, che potremmo definire "restrittiva" limita la domanda soltanto agli interessi primari già scaduti al tempo di proposizione della stessa<sup>91</sup>. Ciò implica l'esistenza del credito che determina il superamento di una situazione di incertezza da parte dell'A.G.

Diversamente, una posizione maggiormente liberale estende la suddetta possibilità anche agli interessi maturati ma non ancora scaduti e pagati al tempo della domanda, purché destinati a scadere nel corso del giudizio<sup>92</sup>.

Sul piano strettamente legale è possibile richiamare non solo le richieste giudiziali di interessi anatocistici ma, anche quelle previsioni legislative che, *littera legis*, prevedono una deroga al divieto posto dall'art. 1283 c.c.

Si pensi alla disciplina del prestito vitalizio ipoteca-

---

<sup>88</sup> A. MONTEL, *Anatocismo, voce del Nuovissimo Digesto*, Torino, 1957, I, 1, p. 613; A. FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 1-2, p. 30 ss.

Sembra priva di rilevanza la distinzione dottrinarie tra interessi scaduti da sei mesi rispetto agli interessi dovuti almeno per sei mesi in relazione al godimento per tale periodo temporale della sorta capitale: in quest'ultimo senso P. FERRO LUZZI, *Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "L'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 21; per l'opzione maggioritaria D. SINESIO, *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, p. 76.

<sup>89</sup> Critica l'assimilazione R. MARCELLI, *L'anatocismo nei finanziamenti con rimborso graduale. Matematica e diritto: due linguaggi che stentano a incontrarsi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 5, p. 702.

<sup>90</sup> Cass. Civ., Sez. III, 12 febbraio 2002, n. 1964, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, p. 264: "Secondo la giurisprudenza di questa Corte (1257/85) la domanda giudiziale diretta ad ottenere il pagamento degli interessi sugli interessi a norma dell'art. 1283 cc non si identifica con la sola citazione introduttiva della lite ma comprenda anche qualsiasi ulteriore istanza validamente proposta durante il giudizio di primo grado, ed anche in appello se rigettata, con la quale possono chiedersi pure gli interessi su quelli già scaduti in corso di causa con il limite della esclusione di quelli scadenti nei sei mesi precedenti la pubblicazione della sentenza che li riconosca". Similmente Cass. Civ., sez. I, 19 novembre 1987, n.8500, in *Giust. civ. mass.*, 1987, 11.

<sup>91</sup> Cass. Civ., Sez. I, 30 luglio 2012, n.13560, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, p. 997; Cass. Civ., Sez. II, 11 gennaio 1986, n. 103, in *Giust. Civ.*, 1956, I, p. 2858; Cass. Civ., Sez. Un., 10 ottobre 1992, n. 11065, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 10.

<sup>92</sup> C.M. BIANCA, *L'obbligazione cit.*, p. 199.

rio che, ai commi 12 e 12-*bis* dell'art. 11-*quaterdecies* D.L. 203 del 2005<sup>93</sup>, consente al creditore bancario di pattuire con il proprio finanziato la sospensione della restituzione rateale della sorta capitale con applicazione, al momento del rimborso, degli interessi maggiorati della capitalizzazione annuale degli stessi. Nell'ipotesi in cui le parti, invece, si accordano sul rimborso rateale dei soli interessi e delle spese, la suddetta capitalizzazione viene esclusa, con la rinnovata operatività del divieto di cui all'art. 1283 c.c.

Ancora, nel contesto dell'anatocismo legale operava la disciplina bancaria del mutuo fondiario che prevedeva, prima dell'abrogazione legislativa intervenuta con la Legge n. 175 del 6 giugno 1991 (a sua volta abrogata dal T.U.B.), una forma di anatocismo legale in riferimento a tale tipo speciale di mutuo<sup>94</sup>. Infatti, gli articoli 14 comma 2 e 3 del D.P.R. n. 7 del 21 gennaio 1976 e 16 della Legge n. 175 del 6 giugno 1991, in deroga al divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c., prevedevano che il mancato pagamento di una rata di mutuo avrebbe comportato, previa pattuizione dei contraenti, l'obbligo per il finanziato di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, includendo in essa anche la parte che rappresenta gli interessi di ammortamento.

Una diversa forma di anatocismo è quello convenzionale. Anch'essa viene disciplinata, in termini generali, dall'art. 1283 c.c. poiché si consente alle parti dell'obbligazione pecuniaria di concludere un accordo volto a consentire la capitalizzazione degli interessi già maturati.

In questo caso la legge richiede il rispetto di due ulteriori elementi costitutivi, che possono distinguersi in uno tacito o implicito ed in uno esplicito. Il primo elemento<sup>95</sup> si desume, indirettamente, dagli articoli 117 t.u.b. e 1284 c.c., in materia di interessi convenzionali, nel cui contesto viene ricondotta la disciplina protezionistica dell'anatocismo; le citate norme impongono che, anche, l'accordo anatocistico sia rispettoso dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam*. La *ratio* sottesa all'imposizione dell'obbligo formale è quella di tutelare il debitore, contraente debole dell'operazione negoziale, al quale può sfuggire la portata condizionante e pregiudizievole della clausola. Deve essere espressamente prevista la capitalizzazione degli interessi attraverso l'utilizzo di sintagmi lessicali chiari

<sup>93</sup> La disciplina è stata diffusamente affrontata nei lavori di G.O. MANNELLA - G.C. PLATANIA, *Il prestito vitalizio ipotecario*, Milano, 2015; T. RUMI, *La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Contratti*, 10, 2015, p. 937 ss.; S. CHERTI, *Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito vitalizio ipotecario*, in *Corr. giur.*, 8-9, 2015, p. 1099 ss.; C. PACELLA - P. BUZZONETTI, *Il prestito vitalizio*, Milano, 2010, p. 9 ss.

<sup>94</sup> Da ultimo Cass. Civ., Sez. II, 09 febbraio 2022, n. 4078; Cass. Civ., Sez. III, 31 gennaio 2006, n. 2149; Cass. Civ., Sez. III, 03 maggio 2011, n. 9695.

<sup>95</sup> C.M. BIANCA, *L'obbligazione* cit., p. 201; Cass. Civ., Sez. III, 7 marzo 2017, n. 5609.

e univoci, che consentono ad una persona di media diligenza e cultura di comprendere la portata applicativa del patto concluso.

Il secondo presupposto, esplicito, impone che la suddetta convenzione debba avere ad oggetto, esclusivamente, interessi "primari" esistenti e scaduti da almeno un semestre.

Un aspetto diverso della materia è, invece, la decorrenza dell'anatocismo che, secondo la teoria prevalente<sup>96</sup>, si ritiene sottratta alla volontà delle parti, le quali non potrebbero prevedere una decorrenza retroattiva degli stessi. Diversamente, non vi sono ostacoli a una clausola di "post-datazione" della decorrenza degli interessi anatocistici che non potrebbe, giammai, danneggiare la posizione del debitore, il quale beneficia della produzione tardiva del fenomeno,

Ancora diversa, poi, è la questione riguardante la liceità di un accordo, *ex art.* 1283 c.c., concluso durante il periodo successivo alla maturazione degli interessi corrispettivi, e idoneo a produrre i propri effetti soltanto a partire dal giorno successivo alla scadenza del semestre.

Infine, nella tripartizione delle *species* di anatocismo assume una posizione di tutto rilievo quello "consuetudinario"<sup>97</sup>. Lo stesso articolato normativo generale prevede tra le deroghe al divieto la "mancanza di usi contrari".

Si trattano, chiaramente, di usi normativi<sup>98</sup> e non già contrattuali, che operano in termini eccezionali rispetto alla previsione normativa, purché vengano accertati i tradizionali presupposti, oggettivo e soggettivo, richiesti ai fini dell'operatività degli stessi.

Si ricollega all'anatocismo consuetudinario la particolare problematica che ha riguardato la materia

<sup>96</sup> E. QUADRI, *L'obbligazione pecuniaria* cit., p. 568; G. PACCHIONI, *Le obbligazioni* cit., p. 663; G.C. MESSA, *L'obbligazione degli interessi e le sue fonti*, Milano, 1911, p. 4.

<sup>97</sup> Cass. Civ., sez. III, 6 giugno 1988, n.3804, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 6; Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, p. 191 ss., con nota di A. BLANDINI; Cass. Civ., Sez. I, 16 marzo 1999, n.2374, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, VI, p. 650, con nota di M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*.

<sup>98</sup> *Consuetudo est servanda* rappresenta l'espressione che consente di ritenere, nel rispetto dell'art. 1 Disp. prel. c.c., gli usi come una delle fonti del diritto tali da dar vita, nel contesto del diritto comune, al diritto civile consuetudinario. Si veda in termini generali P. BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 274 ss.; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; G. MIELE, *Profilo della consuetudine nel sistema delle fonti del diritto interno*, in *Stato e dir.*, 1943, p. 24 ss.; A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 71 ss.; M. LONGO, *Introduzione allo studio degli usi giuridici in campo privatistico*, in *Temi*, 1949, p. 526 ss.; A. PAVONE LA ROSA, voce *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 513 ss.; P. VIRGADAMO, *Diritto di famiglia e delle persone "consuetudinario"*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2020, 4, p. 1623 ss.

Per la materia bancaria G. D'AMICO, *Osservazioni in tema di usi e loro estensione soggettiva: materia bancaria, società finanziarie ed anatocismo*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 240 ss.

bancaria e, in particolar modo, la liceità della condotta attuata dagli istituti di credito volta a prevedere una diversa capitalizzazione degli interessi in favore e a discapito del cliente nell'ambito dei contratti di conto corrente *ex art. 1852 c.c.*

Si tratta di una "storia tormentata" che ha visto l'intervento sia del legislatore che della giurisprudenza, i quali, a più riprese, hanno affrontato il tema della validità dell'anatocismo praticato dagli istituti di credito, in danno dei propri risparmiatori attraverso una capitalizzazione trimestrale a debito nell'ambito dei rapporti bancari di durata, quale quello di conto corrente<sup>99</sup>. La questione, che per la verità meriterebbe una trattazione autonoma<sup>100</sup>, viene parzialmente risolta dal legislatore, dapprima nel 2013 con la Legge di Stabilità (per l'anno 2014) n. 147 del 27 dicembre e, successivamente, dall'art. 17-*bis* del D.L. 18 del 2016 convertito dalla Legge 49 del 2016, attraverso la modifica dell'art. 120 comma 2 t.u.b.<sup>101</sup>.

Nel 2013, l'art. 1 comma 629 della citata legge ha regolamentato, espressamente, tanto il tema del conteggio degli interessi, che deve essere almeno annuale ed uguale sia per quelli passivi che per quelli favorevoli al cliente, quanto la materia dell'anatocismo, rendendo *ex lege* "infruttiferi" gli interessi già maturati e capitalizzati. È stato previsto, infatti, che "gli interessi periodicamente capitalizzati non possano produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di

capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale".

Pertanto, si prevede che gli interessi già maturati possano contabilizzarsi nel complesso di quanto dovuto dal finanziato, ma non già annotarsi sul conto, quale voce accessoria del capitale da restituire oppure quale costo del credito, così da divenire fonte della maturazione di nuovi interessi.

Emergeva, quindi, l'idea<sup>102</sup> che il legislatore avesse, per la prima volta, deciso di abolire la pratica pregiudizievole dell'anatocismo bancario, prevedendo, diversamente dal passato e dal D.Lgs. 342 del 1999, quale elemento di novità la previsione, ad opera di una fonte normativa primaria, del divieto senza affidarsi a quella attuativa, individuata nelle "Deliberazioni" del CICR<sup>103</sup>.

Disciplina idonea a produrre i propri effetti dal 2014 in mancanza di un'adeguata regolamentazione del regime intertemporale, con applicazione, dunque, per i contratti conclusi in data precedente, delle clausole anatocistiche eventualmente pattuite nel rispetto delle indicazioni del CICR del 9 febbraio 2000.

La successiva riforma del 2016 dell'art. 120 t.u.b., pur confermando, *in primis* il divieto di anatocismo, fatto salvo il trattamento degli interessi di mora, ha poi previsto, con una disposizione contrastante, la possibilità che i clienti possano autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento, in cui essi divengono esigibili (ovvero dal 1 marzo successivo al decorso dell'anno), cumulandosi al capitale nel momento dell'addebito.

L'autorizzazione può essere revocata dal cliente in qualsiasi momento purché prima dell'addebito.

La rinnovata disciplina bancaria è stata oggetto di un intervento attuativo da parte del Comitato interministeriale del Credito e Risparmio che, con il Decreto n. 343 del 3 agosto 2016 entrato in vigore il 1 ottobre dello stesso anno 2016, ha confermato il divieto di anatocismo e, dunque, di capitalizzazione degli interessi, tranne per quelli moratori, conformemente

<sup>99</sup> Tra i più importanti in ordine cronologico: Cass. Civ., Sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, *cit.*; S.V. GIACALONE, *Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti*, in *Giust. civ.* 1999, I, p. 1301; M. COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione Nota a Cass., 30 marzo 1999, n. 3096 e 16 marzo 1999, n. 2374.*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1585; D. MOSCUZZA, *L'anatocismo nel contratto di conto corrente ordinario e nel contratto di conto corrente bancario*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1588; V. CARBONE, *Anatocismo ed usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 562 ss.; G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: un revirement della Cassazione?*, in *Contratti*, 1999, p. 437 ss.; F. FERRO-LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 167 ss.; M. PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della cassazione in materia di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 6, p. 650 ss. Cass. Civ., Sez. Un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Contratti*, 2005, 3, pp. 221-232, con nota di T. SCOZZAFAVA; Cass. Civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010 n. 24418, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 4, p. 804, nota di F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le Sezioni Unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche*; Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Contratti*, 2012, 6, p. 445 ss.; A. MARINI, *Anatocismo e usi bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 2, 1982.; A. DOLMETTA, A. PERRONE, *Risarcimento dei danni da obbligazioni di interessi e anatocismo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2, 1999, p. 408 ss.;

<sup>100</sup> U. MORERA - G. OLIVIERI, *Il divieto di capitalizzazione degli interessi bancari nel nuovo art. 120, comma 2, T.U.B.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 3, p. 286 ss.

<sup>101</sup> Nel mezzo delle due riforme era intervenuto il D.L. n. 91/2014 (cd. Decreto competitività), che a sua volta aveva modificato l'art. 120 T.U.B., con la rinnovata possibilità di capitalizzare gli interessi, successivamente superata dalla Legge di conversione n. 116 del 2014.

<sup>102</sup> C. DE SINNO, *La disciplina dell'anatocismo bancario fra incertezze, contraddizioni e problemi irrisolti*, in *Annali*, 2019, p. 173 ss. Anche ABF, Collegio di Coordinamento, 8 ottobre 2015, n. 7854. In tal senso sembra operare Trib. Torino, Sez. I, 12 febbraio 2021, n. 728. Utilizza queste espressioni Appello Torino sez. I, 17 settembre 2020, n. 905: essendo anatocismo ed usura fenomeni distinti ed autonomamente disciplinati".

In senso contrario all'applicazione del divieto di anatocismo A. DOLMETTA, *Sopravvenuta abrogazione del potere bancario di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, p. 283; V. FARINA, *L'immediata operatività del (nuovo) divieto di anatocismo*, in *Contratti*, 2005, p. 878.

<sup>103</sup> Depone in materia contraria parte della dottrina che ritiene necessario rispettare un termine di attesa per applicare la nuova disciplina dell'art. 120 comma 2 t.u.b., ovvero l'intervento della nuova circolare CICR. Sul punto: U. MORERA e G. OLIVIERI, *cit.*, p. 286 ss.; G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Tratt. Roppo*, Milano, 2014, 689 ss.; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Roma, 2014, p. 97 s.

ai principi generali fissati dagli articoli 1194, 1234 e 1284 del Codice civile.

Il D.M. del 2016<sup>104</sup> ha, poi, affrontato il tema della decorrenza degli interessi quale deroga legislativa al divieto di anatocismo prevedendo che quando gli interessi divengono esigibili (secondo la previsione dell'art. 120 t.u.b. e 3 del D.M. 343 del 2016), il correntista si troverà dinanzi a tre diverse strade: la prima, consente al debitore di provvedere al pagamento immediato degli interessi; la seconda, invece, di addebitare gli stessi al conto, così sommandosi al capitale.

Infine, se il cliente decide di non pagare gli interessi e di non autorizzare l'addebito sul proprio conto, si applicheranno gli interessi moratori, secondo i termini fissati dal contratto e idonei a produrre ulteriori interessi.

### 5. L'anatocismo: gli ultimi approdi giurisprudenziali

La materia passata in rassegna dimostra come la disciplina dell'anatocismo nei rapporti di credito, specie se a medio e lungo termine, rivesta un'assoluta centralità e, come tale, sia fonte di molteplici problemi applicativi.

Prima fra tutti, è quello della validità della clausola di capitalizzazione pattuita prima dell'entrata in vigore della Delibera CICR del 2000 che, come evidenziato nel paragrafo che precede, ha consentito, anche se con forti limitazioni, il fenomeno dell'anatocismo nei rapporti bancari.

Sulla questione assume una portata dirimente il *dictum* della pronuncia del Giudice delle Leggi del 2000<sup>105</sup> che, nel sancire l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 comma 3 del D.Lgs. 342 del 1999<sup>106</sup>, ha fatto venir meno la "clausola legale" *medio tempore* intervenuta che attribuiva la patente della liceità ai precedenti accordi anatocistici.

L'eccesso di delega realizzato dal Governo non poteva impedire l'applicazione del divieto di anatocismo che doveva ricavarsi dalla disciplina legale dell'art. 1283 c.c. e dalle sentenze della Suprema Corte del 1999 che avevano superato, in via definitiva, la precedente posizione che considerava valide le clausole anatocistiche presenti nei contratti bancari, poiché

fondate su usi derogatori del divieto codicistico<sup>107</sup>.

L'assenza degli usi normativi non poteva, certamente, legittimare la pretesa del creditore, anche sulla base di un accordo con il correntista, all'adempimento degli ulteriori interessi su quelli già maturati e capitalizzati. La nullità radicale *ex art.* 1418 c.c. che colpisce il cennato accordo incide, anche, su quegli interessi capitalizzati successivamente all'intervento della Delibera CICR del 2000.

La nullità, quale difetto originario che colpisce il contratto o una sua parte (come nel caso della clausola anatocistica) determina l'inefficacia *ex tunc* dello stesso, così travolgendo tutte le prestazioni erogate in base agli accordi contrattuali o tenendo conto di usi negoziali, anche se legittimati da una fonte normativa sopravvenuta, divenuta contraria alla carta costituzionale.

Tali affermazioni vengono confermate dalle Sezioni Unite del 2010<sup>108</sup> che, in ragione della richiamata declaratoria di incostituzionalità dell'art. 25 comma 3 D.Lgs. 342 del 1999, hanno ritenuto inapplicabile la Delibera CICR del 2000 e, in special modo, l'art. 7 comma 2, che aveva introdotto un giudizio di comparazione volto a verificare se le nuove pattuizioni abbiano o meno comportato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate. Manca, infatti, il presupposto della verifica ovvero la presenza di una clausola lecita che consente all'A.G. di effettuare il raccordo tra le diverse esigenze<sup>109</sup>.

Anzi, per la verità, l'art. 7 del deliberato rappresenta una "norma transitoria"<sup>110</sup> che si deve, necessariamente, raccordare con la disciplina del Codice civile che vieta l'anatocismo.

Invero, l'intervento successivo della Consulta, anche se dopo il Decreto CICR, aveva avuto il principale merito di eliminare l'addentellato normativo che consentiva accordi con clausole anatocistiche precedenti all'entrata in vigore della fonte speciale. Pertanto, venuta meno la clausola autorizzatoria, il divieto fissato all'art. 1283 c.c. aveva ripreso a rivivere con la conseguente impossibilità di applicare le statuizioni secondarie a contratti stipulati in epoca antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. 342 del 1999<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> Inoltre, l'art. 5 della delibera CICR del 3 agosto 2016 riguarda le modalità di adeguamento dei contratti in corso con l'introduzione di clausole contenenti l'autorizzazione prevista *ex art.* 4, comma 6, della delibera CICR del 3 agosto 2016, che dovrà essere oggetto di specifica approvazione da parte del cliente.

<sup>105</sup> Il riferimento è a Corte Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, pp. 1-20, con nota di G. MUCCIARONE.

<sup>106</sup> 3. Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente

<sup>107</sup> Non mancavano orientamenti che qualificavano i detti usi come normativi e fondati sulle cd. "Norme Bancarie Uniformi". Sul punto si veda Cass. Civ.,

<sup>108</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010 n. 24418, *cit.*

<sup>109</sup> Cass. Civ., Sez. I, 19 maggio 2020, n. 9140, in *Giust. civ. Mass.*, 2020; in *Foro it.*, 2020, 12, I, p. 3906; la teoria corrisponde all'orientamento che di recente ha assunto una posizione preminente. Sul punto F. FIORUCCI, *Controversie bancarie*, Milano 2019; Cass. Civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26769; Cass. Civ., Sez. I, 11 marzo 2019, n. 6987; Cass. Civ., Sez. I, 26 agosto 2021, n. 23489, in *Giust. civ. Mass.*, 2021; Cass. Civ., Sez. I, 23 dicembre 2020, n. 29420.

<sup>110</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26769, *cit.*

<sup>111</sup> Cass. Civ., Sez. I, 21 ottobre 2019, n. 26769, *cit.*, al punto 4, espressamente prevede "...se la clausola di capitalizzazione degli interessi a debito è affetta da nullità, sembra difficile negare che

La seconda questione riguarda l'assoggettamento alla disciplina antiusura delle clausole anatocistiche presenti nei contratti di conto corrente.

La posizione negativa<sup>112</sup> ritiene incompatibile la valutazione usuraria al cospetto di clausole anatocistiche; si considera, quale argomentazione ostativa all'applicazione della disciplina civilistica antiusura, il meccanismo operativo dell'anatocismo che determina la trasformazione degli interessi in sorta capitale, ovvero nella prestazione principale, di per sé non soggetta alla normativa di repressione del fenomeno usurario. I fautori di tale approccio hanno, poi, sostenuto che la trasformazione del cd. "effetto anatocistico" in capitale, per il principio di simmetria degli interessi<sup>113</sup>, non potrebbe essere soggetto alla verifica del rispetto del cd. "tasso-soglia". Mancherebbe, infatti, l'omogeneità tra gli interessi, di norma, soggetti alla valutazione usuraria e gli interessi che, a causa della clausola di immediata capitalizzazione, perdono la originaria natura per cumularsi all'obbligazione principale.

Depongono in tal senso, anche, le iniziali rilevazioni trimestrali del TEGM che utilizzano quale "denominatore" i tassi nominali medi che, secondo condizioni concrete di mercato, sono applicati nei contratti di conto corrente e negli altri contratti bancari, i quali includono anche l'elemento produttivo dell'effetto anatocistico (interesse scaduto inserito nel capitale produttivo di nuovi interessi); per cui la previsione di clausole di questo tipo, per il TEG del singolo rapporto, conduce ad un'asimmetria degli elementi utilizzati per il calcolo rispetto a quello utilizzato per il TEGM, e perciò ad un raffronto tra grandezze e soglie disomogenee, tra loro non comparabili.

Diversamente, la dottrina<sup>114</sup> e la giurisprudenza, maggioritaria e più recente<sup>115</sup>, i quali assoggettano alla disciplina di repressione del fenomeno usurario anche la clausola anatocistica.

Il punto di partenza può essere individuato nell'art. 644 comma 3 c.p. che considera rilevanti, ai fini della

---

l'adeguamento alle disposizioni della Delib. CICR delle condizioni in materia figuranti nei contratti già in essere, comportando una regolazione ex novo dell'anatocismo, segnatamente laddove esso si riverberi in danno delle posizioni a debito, non determini un peggioramento delle condizioni contrattuali. Ed allora la norma applicabile non sarà quella dell'art. 7, comma 2 Delib. CICR – già di per sé, qui caducata di ogni efficacia per quanto osservato in precedenza – ma quella del medesimo art. 7, comma 3 ("Nel caso in cui le nuove condizioni contrattuali comportino un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate, esse devono essere approvate dalla clientela"), con la conseguenza – che perime anche la seconda obiezione in diritto che, non essendo stata approvata dalla S., l'operata variazione contrattuale, pur se in linea con le altre disposizioni della delibera, è inefficace nei suoi confronti e non impedisce alla nullità di dispiegare ogni suo più ampio effetto con riguardo all'intera durata del rapporto".

<sup>112</sup> Appello Venezia, sez. I, 04 aprile 2022, n. 754.

<sup>113</sup> Vedi *infra*, nota n. 118.

<sup>114</sup> F. GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 606.

<sup>115</sup> Cass. Civ., Sez. I, 17 novembre 2022, n. 33964.

valutazione usuraria, tutte le voci del credito, o meglio tutte quelle del carico economico.

Il costo del credito è dato, altresì, dall'applicazione dell'anatocismo che determina un innalzamento della soglia debitoria in capo al finanziato, che incide sulla tollerabilità della condotta del prestatore nei rapporti bancari. Si adotta una visione sostanzialistica che prescinde dalla natura degli interessi trasformati attribuendo rilievo ai soli effetti dell'applicazione della clausola anatocistica, la quale determina un aumento del costo del credito in funzione remuneratoria della Banca o di altro istituto di credito.

Si pensi all'anatocismo applicato su contratti di finanziamento con rimborso rateale per il tramite della previsione della capitalizzazione degli interessi già maturati rispetto a quelli di mora. Quest'ultimi, sia sotto la vigenza della Delibera CICR del 2000 che sotto quella 2016, possono maturarsi sull'ammontare dell'intera rata, comprensiva della quota di capitale e degli interessi corrispettivi già scaduti.

Quindi, gli interessi corrispettivi possono essere aggiunti alla quota capitale, assimilandosi ad essa e produrre ulteriori interessi per il ritardato conseguimento della prestazione dovuta. Gli interessi di mora vengono calcolati sull'intera rata comprensiva della quota di finanziamento ricevuto e degli interessi divenuti sorta capitale.

Gli interessi già scaduti si convertono, per effetto dell'accordo anatocistico, in un costo del credito ricevuto con funzione remuneratoria per il creditore e, come tale, soggetto alla disciplina di repressione del fenomeno usurario.

## 6. Segue... L'ammortamento alla francese

La terza situazione di incertezza che ha avuto maggior ricadute nell'economia reale riguarda l'applicazione dell'anatocismo nei finanziamenti con piano di rimborso rateale, specie qualora le parti si accordino per la restituzione del capitale secondo il metodo dell'ammortamento alla "francese".

Prima di affrontare la questione, si devono inquadrare i due principali modelli praticati in Italia per computare e corrispondere gli interessi nel contesto del contratto di mutuo e degli altri finanziamenti a medio e lungo termine<sup>116</sup>.

È noto, infatti, che i contratti di mutuo prevedono, *ex lege*, la restituzione del capitale ricevuto, in uno con gli interessi, salvo la presenza della clausola di gratuità ai sensi degli articoli 1815 comma 1 e 1282 comma 1 c.c.; restituzione che potrà avvenire attraverso il versamento dell'intero ammontare in un'unica soluzione ovvero per il tramite della corresponsione di rate, frazione dell'intera somma, di norma pagate a cadenza mensile.

---

<sup>116</sup> N. DELUCA, *Interessi composti, preammortamento e costi occulti. Note sul mutuo alla francese e alla italiana*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 371 ss.

Nel corso del tempo si sono sviluppate due forme di restituzione del capitale ricevuto maggiorato degli interessi: il primo modello, definito all'italiana, impone al debitore la restituzione frazionata del capitale in un numero di rate identiche, corrispondenti al tempo e alla periodicità convenute, a cui si aggiungono gli interessi in misura decrescente.

Diversamente, nel mutuo con ammortamento alla francese, e, potremmo aggiungere alla tedesca, la restituzione avviene attraverso rate il cui ammontare, comprensivo della frazione di sorta capitale e interessi, rimane sempre costante per tutta la durata del rapporto. In questo caso non si prevede alcuna diminuzione per effetto della riduzione degli interessi pattuiti.

Ciò che contraddistingue l'ammortamento alla francese, a rata costante, è la composizione della stessa che accorpa una frazione di capitale ed interessi, in misura inversamente proporzionale: gli interessi vengono applicati in quota "variabile" e decrescente rispetto al capitale, che viene computato anch'esso in quota variabile, ma crescente. Ciò incide sulle scelte del debitore e sulla restituzione integrale e anticipata del finanziamento che sarà più conveniente nella fase iniziale, in quanto al mutuatario è offerta la possibilità di risparmiare una quota maggiore di interessi.

Si discute se il piano di restituzione alla francese possa contrastare con il divieto di anatocismo e la disciplina antiusura. La questione di interesse ha visto intervenire, in giurisprudenza, due diverse posizioni interpretative che hanno ricevuto la propria epifania in due pronunce delle corti di merito: una prima, accolta dalla giurisprudenza del Tribunale di Bari<sup>117</sup>, riteneva nulli gli interessi secondo la struttura alla francese per violazione degli articoli 1283 e 1284 c.c.

Il percorso argomentativo seguito dalla giurisprudenza pugliese utilizza la disciplina civilistica dei frutti e la formula matematica, definita "attuariale", utilizzata per il calcolo degli interessi sulla singola rata, la quale comporta una restituzione "con una proporzione più elevata" rispetto all'applicazione della disciplina codicistica, prevista all'art. 1284 c.c.

Viene evidenziata dalla teoria in esame che il piano di ammortamento alla francese avrebbe il demerito di applicare l'interesse composto, vietato dall'art. 1283 c.c., e non quello semplice, previsto dal Codice civile, per effetto di una sostituzione unilaterale del tasso, connotata da indeterminatezza e incertezza. Il piano, infatti, determina, per il tramite dell'imputazione convenzionale dei pagamenti ai sensi dell'art. 1194 c.c., che alla scadenza di ogni singola rata gli interessi maturati vengano addebitati dapprima al capitale e poi pagati nella quota predeterminata, così prestandosi alla violazione del divieto di anatocismo perché capitalizzati<sup>118</sup>.

Si riteneva, in conclusione, necessaria la conversio-

ne della misura dell'interesse applicato in quello semplice, nel rispetto della formula letterale dell'art. 1284 c.c., che impone l'applicazione dell'interesse legale in assenza, o nell'incertezza, di un accordo derogatorio concluso tra le parti.

Sempre, nell'ambito della teoria negativa, è stato evidenziato come la clausola pattizia di determinazione della misura dell'interesse doveva considerarsi invalida poiché indeterminata, *ex art.* 1346 c.c., a causa del fatto che il *quantum* dovuto dal debitore poteva effettivamente ricavarsi dal solo piano di ammortamento e non già dal contratto a cui viene allegato<sup>119</sup>.

La tesi in esame è stata oggetto di un rilevante vaglio critico ad opera di un diverso approccio interpretativo, tutt'oggi prevalente<sup>120</sup>, che ha considerato lecita la struttura di ammortamento alla francese. Si è chiarito, infatti, che la teoria precedente, con un ragionamento errato, considera esistente, in tali tipi di mutui, la capitalizzazione composta sulla base della ritenuta maggiore onerosità del mutuo e su una presunzione logica che ritiene sussistente un automatismo tra la composizione della rata rispetto all'applicazione dell'anatocismo.

L'imputazione del pagamento, eseguito dal debitore, dapprima agli interessi e poi alla sorta capitale secondo la composizione alla francese, non può fondarsi sull'illecita applicazione dell'interesse composto visto che il creditore non ha alcuna intenzione di "incrementare surrettiziamente il tasso, gli interessi e la remunerazione del capitale prestato"<sup>121</sup>, né di realizzare un'indebita capitalizzazione degli interessi maturati, i quali vengono pagati sulla sola quota di capitale e secondo il regime ordinario e non composto.

Per di più, la piena legittimità della struttura richiamata, a prescindere da un accordo secondo il tasso fisso o variabile, trova il proprio fondamento nella disciplina codicistica dell'imputazione convenzionale dei pagamenti, che "privilegia, sotto il profilo cronologico, l'imputazione agli interessi rispetto a quella al capitale, e non determinando alcuna forma di anatocismo"; è pienamente legittima una simile pattuizione, comportando unicamente un'imputazione convenzionale dei pagamenti (pienamente conforme al dettato dell'art.

<sup>119</sup> Trib. Milano, 30 ottobre 2013, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 51, con nota di CAMARDI, *Mutuo bancario con piano di ammortamento «alla francese», nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale.*

<sup>120</sup> Tesi inaugurata da una pronuncia del Trib. Treviso, 5 novembre 2012, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 218, con nota di CECCHETTO, *Ammortamento «alla francese» e forma scritta nei contratti bancari: questioni vecchie e nuove*; si vedano sul punto, ABF (Milano), 12 gennaio 2016, n. 221; Trib. Verona, 24 marzo 2015; Trib. Arezzo, 24 novembre 2011; Trib. Aquila, 16 giugno 2021, n. 423; Trib. Cremona, 12 gennaio 2022, n. 8.

Da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, 19 maggio 2022, n. 16221; Cass. Civ., Sez. VI, 26 aprile 2022, n. 13038.

<sup>121</sup> Ancora, sul punto, Trib. Bari, Sez. distaccata di Rutigliano, n. 113 del 29 ottobre 2008.

<sup>117</sup> Trib. Bari, Sez. distaccata di Rutigliano, n. 113 del 29 ottobre 2008, in *Contratti*, 2009, p. 221.

<sup>118</sup> Trib. Napoli, 13 febbraio 2018, n. 1558.

1194 c.c.) che “privilegia, sotto il profilo cronologico, l'imputazione agli interessi rispetto a quella al capitale, e non determinando alcuna forma di anatocismo”<sup>122</sup>.

Anche sul piano strettamente economico, si deve escludere la “capitalizzazione composta degli interessi, risultando calcolata per ogni rata l'ammontare di detta voce sul capitale di volta in volta residuo”, sicché la dazione, da parte del debitore, di una “quantità nominale di interessi superiore rispetto a quella dovuta se fosse adottato altro sistema di rimborso”, quello all'italiana per intenderci, rappresenta la conseguenza dell'applicazione “della formula di matematica finanziaria adottata e volta a riflettere la circostanza che nel piano di ammortamento “alla francese” il debitore detiene una maggiore parte di capitale mutuato per più tempo, così come specularmente per più tempo il creditore ne perde la disponibilità, conseguendone un maggiore onere per il primo ed una maggiore remunerazione per il secondo” Quanto al piano di ammortamento adottato, è da escludere, anche in questo caso nel solco di un orientamento costante di questo, come di altri Tribunali, che quello denominato “alla francese” produca l'effetto proprio di una capitalizzazione composta degli interessi, risultando calcolata per ogni rata l'ammontare di detta voce sul capitale di volta in volta residuo; la circostanza che il debitore, in ultimo, vada a corrispondere una quantità nominale di interessi superiore rispetto a quella dovuta se fosse adottato altro sistema di rimborso – e così per il piano di ammortamento cd. all'italiana” in cui tutte le rate, sempre di importo costante, prevedono una eguale quota di capitale e di interessi – altro non è se non l'effetto della formula di matematica finanziaria adottata volta a riflettere la circostanza che nel piano di ammortamento “alla francese” il debitore detiene una maggiore parte di capitale mutuato per più tempo, così come specularmente per più tempo il creditore ne perde la disponibilità, conseguendone un maggiore onere per il primo ed una maggiore remunerazione per il secondo”<sup>123</sup>.

Quindi, la logica securitaria perseguita dalla posizione minoritaria, favorevole al debitore, si scontra, però, con il dato fattuale che non consente di ricavare alcun automatismo tra la formula francese e l'applicazione dell'interesse composto; anzi, l'iniziale maggior ammontare degli interessi, diversamente dal sistema all'italiana (verosimilmente più conveniente al debitore nell'eventuale estinzione anticipata), “dipende non dall'applicazione di interessi composti, e quindi da un effetto anatocistico, ma dalla diversa costruzione delle rate”.

Rappresenta un equivoco di fondo considerare il regime composto della singola rata, frazione dell'intero, come sinonimo di interesse composto ex art. 1283 c.c., riguardando lo stesso il collegamento tra obbli-

gazioni, principale e accessoria, senza la previsione di alcuna capitalizzazione degli interessi già maturati<sup>124</sup>.

Per la teoria in esame viene meno l'indeterminatezza derivante dalla violazione degli articoli citati, incidendo l'andamento decrescente del tasso di interesse nella sola determinazione quantitativa della rata, senza essere la fonte di alcuna capitalizzazione degli stessi, in violazione del divieto.

Il prioritario riferimento, nella prima parte del rapporto di durata, agli interessi rispetto alla restituzione della sorta capitale non viola il divieto di anatocismo, comportando, l'applicazione di siffatto metodo, il calcolo degli stessi “unicamente sulla quota capitale via via decrescente e per il periodo corrispondente a quello di ciascuna rata”<sup>125</sup>. Gli interessi non divengono sorta capitale, ma vengono calcolati e pagati in misura non eccedente a quella semplice secondo un criterio decrescente e ancorato, in ogni caso, al solo valore del capitale da restituire.

Non è mancata, poi, una critica ulteriore al denunciato *deficit* di determinatezza dell'oggetto dell'accordo sugli interessi, conferendosi natura negoziale al piano di ammortamento collegato al regolamento contrattuale, al pari delle varie “schede di sintesi” previste nella prassi bancaria e nel rispetto del Testo unico bancario, improntate al rispetto del precetto di trasparenza<sup>126</sup>.

## 7. Riflessioni Conclusive

La disciplina delle obbligazioni pecuniarie rappre-

<sup>124</sup> Testualmente Trib. Santa Maria Capua Vetere, 30 marzo 2022: «l'interesse [non produce mai] altro interesse, non venendo accumulato al capitale ma, tramite pagamenti periodici, viene scisso dal capitale, quest'ultimo solo, per sua natura, produttivo di interessi».

<sup>125</sup> Trib. Trapani, 24 gennaio 2022, n. 824.

<sup>126</sup> Sulla trasparenza quale clausola generale E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa Tit. cred.*, 1997, I, p. 94 ss.; S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2012, V, p. 1285; G. LIACE, *Contratto bancario: trasparenza e leggibilità*, in *Giur. Comm.*, 2021, 5, p. 888; A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, p. 4.

P. RESCIGNO, “*Trasparenza*» bancaria e di diritto «comune», in *Banca, borsa tit. cred.*, 1990, I, p. 301; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Diritto fallimentare*, 2008, p. 1 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, p. 784 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961; ID., *Obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 311. A. QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, p. 170. G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, pp. 144-165.

<sup>122</sup> Trib. Terni, Sez. I, 25 febbraio 2022, n. 195.

<sup>123</sup> Trib. Lecce, Sez. III, 22 marzo 2021, n. 799.

senta la maggiore espressione, nel contesto della codificazione vigente, del temperamento di due diverse esigenze di tutela: la salvaguardia delle istanze di realizzazione del credito e della posizione debole del debitore.

Ciò rappresenta la plastica espressione dell'autorevolezza dell'opera effettuata dai compilatori del Codice civile vigente che, pur risentendo delle spinte del liberismo economico e dell'economia industriale, hanno fortemente ridimensionato le pretese del creditore nella prospettiva tutoria del patrimonio del debitore. L'intollerabilità delle pretese del creditore, anatocistiche o usurarie, si riverberano non soltanto sulla controparte contrattuale, ma sulle movimentazioni economiche generali del mercato, specie creditizio.

Il pericolo da evitare è quello di un eccessivo rallentamento dell'economia dovuto all'applicazione di siffatte clausole inibitorie dell'accesso della generalità dei consociati al credito, al fine di evitare che il debito di valuta contratto diventi una sorta di finanziamento illimitato favorevole al creditore.

D'altra parte, però, le società moderne si reggono sul buon andamento del mercato creditizio e finanziario, per cui bisogna essere molto attenti nell'applicare quegli istituti che proteggono unilateralmente una parte con esclusione dell'altra.

Si può riscontrare, e questo rappresenta un dato certo, la presenza di un fenomeno di ridimensionamento di quelle forme di protezione introdotte a presidio di una sola parte del regolamento contrattuale, ogni qual volta il risultato finale possa essere individuato in una sperequazione eccessiva dei rapporti tra i contraenti. La protezione di quelli che possono considerarsi, per presunzione legale o economica, parti deboli del rapporto negoziale, non potrebbe determinare l'insorgenza di una diversa iniquità a carico dell'altro contraente, specie quando questi assuma un contegno diligente e scevro da qualsivoglia intento lesivo dell'altrui sfera giuridica.

Un ruolo centrale in tale fenomeno di riequilibrio delle posizioni contrattuali spetta, certamente, alle clausole generali di buona fede e correttezza, oltre che ai principi costituzionali di uguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale, che impongono di evitare la salvaguardia esclusiva di una parte ai danni dell'altra.

In questo *trend* di riequilibrio dei rapporti giuridici, nel silenzio del legislatore, assume un ruolo centrale la giurisprudenza che ha adottato, per alcune importanti controversie, un orientamento rivolto a creare una condizione di equilibrio tra i contraenti, evitando in questo modo di invertire la posizione di debolezza contrattuale che, tradizionalmente, ricade su talune specifiche categorie di soggetti, come i consumatori.

Si potranno leggere in questa direzione le pronunce in materia di nullità selettive degli ordini di investimento esecutivi di contratti di investimento finanziari ovvero in tema di gestione e mantenimento della

costruzione realizzata sul bene comune da parte dei comproprietari del fondo. In questi casi, la Suprema corte<sup>127</sup> ha ritenuto necessario tutelare anche la posizione dell'emittente e del realizzatore delle opere imponendosi una verifica, nel primo caso, dei valori tra gli ordini di investimento oggetto di azione giudiziaria (a seguito della verifica della nullità del contratto per violazione della forma scritta per come richiesta dall'art. 23 t.u.f.) e quelli estranei al rito giudiziario attivato dall'investitore.

Anche nel secondo caso, le Sezioni Unite della Corte di cassazione<sup>128</sup> hanno sostenuto la necessità di verificare il rispetto dei canoni di buona fede e correttezza in relazione alla domanda di demolizione del manufatto realizzato da parte dei comproprietari non costruttori.

La suddetta opera di perequazione è stata ripresa anche in materia di obbligazioni pecuniarie e di interessi, a partire dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite civili del 2020<sup>129</sup>, allorché si è deciso, in una

<sup>127</sup> Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 2020, n. 10505; Cass. Civ., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 26 ss.; R. DE PAMPHILIS, "Azione «selettiva» di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle sezioni unite", in *Giur. Comm.*, 2021, p. 806 ss.; A. VALITUTTI, "I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. profili processuali e sostanziali della c.d. nullità selettiva", in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 202; D. RUSSO, *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020, p. 107 ss.; A. BARBA, "Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori", in *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 902; C. SCOGNAMIGLIO, *La Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; G. D'AMICO, *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020, p. 633; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del 'di protezione')*, in *Contratti*, 2020, p. 11; D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2020, p. 160; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 163 ss.; A. DALMATELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuov. Giur. Civ. Com.*, 2020, p. 32; G. VETTORI, *Nullità selettive e 'riequilibrio effettivo'. L'evoluzione della buona fede*, in *Persona mercato*, 2019, p. 21 ss.; C. SARTORIS, *Contratti di intermediazione finanziaria – nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. It.*, 2019, p. 765; M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite*, in *Corriere Giuridico*, 2019, p. 173 ss.; F. GRECO, *La nullità «selettiva» e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle sezioni unite*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, p. 835 ss.

<sup>128</sup> Cass. Civ., Sez. Un. 16 febbraio 2018, n. 3873, in *Foro it.*, 2018, I, c. 1200 ss., con nota di BONA, *Accessione, comunione e Verwirkung*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 854 ss., con commento di TORMEN, *Accessione e alterità soggettiva tra proprietario e costruttore: il chiarimento delle sezioni unite* (p. 847 ss.).

<sup>129</sup> Cass. Civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, in *Eur. Dir. Priv.*, 2021, 2, p. 349; R. FIORELLA, *Interessi moratori usurari: disciplina applicabile e interesse ad agire*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2022, 3, p. 380; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle*

prospettiva nuova che tiene conto della posizione del creditore, che gli interessi di mora convenzionali eccedenti il tasso soglia di usura fossero sostituiti dalla misura prevista per quelli corrispettivi, qualora non ultra-legale.

Si colloca in tale percorso la posizione ermeneutica<sup>130</sup> rivolta a preservare il principio della naturale fecondità del denaro evitando il “cumulo” tra i diversi interessi ai fini dell’applicazione della disciplina antiusura.

Dunque, se da un lato si sostiene, sulla base del principio di simmetria degli interessi, l’applicazione della disciplina civilistica di repressione del fenomeno usurario a tutti gli interessi, compresi quelli di mora, dall’altro è necessaria una rilettura ermeneutica della materia che preservi il prezzo del denaro, tutelando, anche se in via ridimensionata, la posizione del creditore.

Al fine di evitare di spostare eccessivamente l’ago della bilancia in favore del debitore, non segue al superamento della soglia legale di mora *la sanzione della non debenza di qualsiasi interesse*, ovvero la sola inefficacia (quale conseguenza della nullità per violazione dell’art. 1418 comma 3 c.c.) degli stessi, ma limitatamente al tipo che quella soglia abbia superato. La natura *trans-tipica* della disciplina legale antiusura non preclude, quindi, l’accoglimento di una nuova visione interpretativa dell’art. 1815 comma 2 c.c. che non determina la mera gratuità del rapporto di valuta, ma, soltanto, il ridimensionamento del saggio pattuito a titolo di interesse.

tutele, in *Giust. Civ.*, 2020, 4, p. 713 ss.;

<sup>130</sup> Orientamento che sembra essersi consolidato nella giurisprudenza di legittimità: a partire da Cass. Civ., Sez. I, 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2013, 5, p. 501, con nota di A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*; Cass. Civ., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, *cit.*; Cass. Civ., sez. VI, 04 novembre, n. 31615, in *Giust. Civ. mass.*, 2021; Cass. Civ., sez. III, 06 maggio 2022, n. 14472, *cit.*

Nello stesso senso anche CGUE, sez. VII, 10 giugno 2021, n.192, *cit.*, che al punto n. 39 della pronuncia: “Inoltre, la Corte ha precisato, al punto 76 della suddetta sentenza, che dalla direttiva in parola non consegue che la disapplicazione o l’annullamento della clausola di un contratto di mutuo che fissa il tasso degli interessi moratori, a motivo del carattere abusivo della clausola stessa, debba determinare altresì la disapplicazione o l’annullamento della clausola di tale contratto che fissa il tasso degli interessi corrispettivi, e ciò tanto più per il fatto che queste differenti clausole devono rimanere chiaramente distinte. La Corte ha rilevato, in tale punto, che, a tal proposito, gli interessi moratori mirano a sanzionare l’inadempimento da parte del debitore del proprio obbligo di effettuare i rimborsi del mutuo alle scadenze contrattualmente pattuite, a dissuadere tale debitore dall’accumulare ritardo nell’esecuzione delle proprie obbligazioni e, eventualmente, a indennizzare il mutuante del danno subito a causa di un ritardo nel pagamento. La Corte ha indicato che, per contro, gli interessi corrispettivi hanno una funzione di remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro da parte del mutuante fino al rimborso della somma stessa”.

Si è ritenuto, infatti, quale strumento di tutela sufficiente per la parte debole del rapporto obbligatorio, la sostituzione del tasso ultralegale con quello convenzionale, previsto per una diversa tipologia di interesse non eccedente la soglia usuraria.

In tal senso operano le citate pronunce in materia di anatocismo che, seppur soggetto alla normativa usuraria, così confermandosi la richiamata natura *trans-tipica* del rimedio, hanno talvolta escluso la presenza di tale pattuizione in danno del debitore.

In primo luogo, sfuggono alla nullità tutti gli accordi di capitalizzazione conclusi nella vigenza della delibera CICR del 2000 (sono invalidi quelli precedenti), e successivi a quelli del Deliberato del 2016, così meritando l’inefficacia assoluta e senza alcuna deroga pattizia soltanto quelle convenzioni precedenti alle modifiche dell’art. 120 t.u.b.

La tensione al riequilibrio dei rapporti è stata ancora più evidente in materia di mutuo bancario, allorché si sono superati tutti i dubbi di incompatibilità tra il sistema di ammortamento alla francese e la disciplina generale delle obbligazioni pecuniarie. La struttura della rata alla francese non determina l’esistenza automatica dell’anatocismo ma si preoccupa, soltanto, di dover disciplinare il *quantum* degli interessi dovuti rispetto alla sorta capitale.

La presenza di una determinazione peculiare della debenza degli interessi non determina, *ex se*, la capitalizzazione di quelli già maturati in danno del soggetto finanziato. Non sembra ragionevolmente supportata la posizione, allora, di quella parte della giurisprudenza di merito che riteneva sussistere una sorta di automatismo, sulla base della disciplina legale dell’imputazione dei pagamenti, tra il metodo di computo alla francese e il divieto di interessi sugli interessi.

In conclusione, bisogna astenersi dal trarre conclusioni affrettate e presuntive al solo fine di conformarsi ad una funzione tutoria richiesta dal principio di ordine pubblico sotteso a taluni istituti. Ciò non significa arretrare la soglia di tutela predisposta dall’ordinamento in favore di parti che si sostengono deboli nella dinamica contrattuale, ma solo di verificare, in concreto, se l’effettiva efficacia della clausola pattuita possa determinare, in nome di astratte considerazioni protezionistiche, la salvaguardia sovrabbondante di un solo contraente.

Bisogna evitare di dar vita ad un vero paternalismo legale<sup>131</sup> che rischia di far diventare insostenibile il sistema di tutela generale, giustificandosi, infatti, la condotta di tutti quei soggetti che, consci della funzio-

<sup>131</sup> R. SACCO, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, p. 159 ss.; F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 119 ss.; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 771 ss.; F. BENATTI, *Che ne oggi del testo del contratto?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, I, p. 1 ss.

ne protettiva di un istituto, lo utilizzino per perseguire esclusive finalità di guadagno.

Bisogna evitare di applicare, in maniera disinvolta, quegli istituti formati sulla base di “pregiudizi legali” circa la condizione di debolezza di un soggetto nei confronti di altri appartenenti ad una specifica categoria (si pensi alle norme del Testo unico del Consumo), o nell’ambito di una situazione giuridica (la disciplina dell’usura). È necessaria una rilettura degli stessi in modo da tener conto del legame tra la singola clausola ed il complesso di quelle che formano il regolamento contrattuale, in modo da verificare l’effettiva condizione di tutti gli attori del contratto e le ripercussioni che possono avere pronunce di invalidità sulla posizione di coloro che ne subiscono direttamente gli effetti.

Nell’ambito di tale rilettura non possono che rilevare i principi di ragionevolezza e proporzionalità che impongono, e non suggeriscono, una vera e propria conformazione del contenuto contrattuale in una visione tesa a equilibrare la posizione dei contraenti.

## Tutela del marchio: cosa succede dopo la Brexit?

### abstract

*The essay traces the evolution of the discipline of trademarks and patents both nationally and internationally, focusing in particular on the evolution of sector legislation following the historical phenomenon identified with the term “Brexit” which created lights and shadows in the complex apparatus of intellectual property and in community and international commercial relations.*

### keywords

*Trademarks and patents – Brexit – Industrial property – Intellectual property – EU – In-England.*

### abstract

Il saggio ripercorre l'evoluzione della disciplina dei marchi e dei brevetti sia in ambito nazionale che in ambito internazionale, soffermandosi in particolare modo sull'evoluzione della normativa di settore a seguito del fenomeno storico individuato con il termine “Brexit” che ha creato luci ed ombre nel complesso apparato della proprietà intellettuale e nei rapporti commerciali comunitari ed internazionali.

### parole chiave

*Marchi e brevetti – Brexit – Proprietà industriale – proprietà intellettuale – UE – Inghilterra.*

### sommario

1. Premessa. – 2. Il marchio. Tra storia e normazione. – 3. Disciplina italiana del marchio. – 4. La tutela giuridica del marchio italiano. – 5. Il “rincarò” delle tutele: il riconoscimento di marchio europeo e di marchio internazionale. – 6. Il caso specifico della proprietà intellettuale inglese. – 7. Il marchio inglese. – 8. L'incidenza della Brexit sulla tutela del marchio e le innovazioni in materia di dematerializzazione. – 9. L'epilogo dell'evoluzione dei tempi e delle norme: uno sconquasso normativo.

### 1. Premessa

Il presente lavoro è finalizzato a ripercorrere l'evoluzione della disciplina dei marchi e dei brevetti, soffermandosi in particolar modo sulla sorte e sull'evoluzione degli stessi e della disciplina di settore a seguito del fenomeno storico identificato con il termine

“Brexit”<sup>1</sup> che ha creato luci ed ombre nel complesso apparato della proprietà intellettuale.

In particolare modo, si ci soffermerà sulla dizione di marchio, inteso nella nella comune esperienza (ed anche nell'ambiente anglofono) come un segno che si imprime o si applica su un oggetto, come segno distintivo rispetto agli altri oggetti della medesima categoria, ovvero per indicarne qualità e/o caratteristiche. Per marchio, oggi, si intende il contrassegno originale, grafico o figurativo, applicato ai prodotti di un'impresa, avendo mantenuto la medesima funzione distintiva rispetto a prodotti simili di altrui fabbricazione, ovvero di riconduzione ad un prodotto di determinate qualità e/o caratteristiche.

Proprio per la sua *ratio*, il marchio ha iniziato ad essere attenzionato dal mondo giuridico, fino a comportare la necessaria adozione di una disciplina ad hoc per la sua tutela, sia in ambito nazionale che in ambito internazionale e, poi, comunitario.

### 2. Il marchio. Tra storia e normazione

Il marchio è uno dei c.d. segni distintivi che fanno parte della tutela della proprietà intellettuale.

Per diritto della proprietà intellettuale si intende quell'insieme di norme finalizzate a riconoscere rango giuridico e, dunque, tutelare i frutti dell'inventiva e dell'ingegno umano.

Due sono le finalità che la proprietà intellettuale si prefigge: 1) una protezione legale del prodotto, inteso non come oggetto ma come creazione intellettuale in quanto tale, idea e/o bene immateriale, in grado di costituire per il creatore l'incentivo ad investire nella creazione, regolamentando in tal modo anche l'accesso da parte di terzi al prodotto; 2) uno stimolo per la creatività, mediante la messa a disposizione a favore di terzi dell'oggetto della creazione, favorendo la disseminazione della conoscenza generata e, dunque, promuovendo lo sviluppo economico e sociale.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Trattasi del processo che ha posto fine all'adesione del Regno Unito all'U.E., in attuazione del disposto di cui all'art. 50 del T.U.E., a seguito del referendum popolare del 2017.

<sup>2</sup> La proprietà intellettuale ricomprende in sé due anime: 1) la proprietà industriale; 2) il copyright o diritto d'autore inteso come diritto di copia su un'opera, tutelando l'aspetto morale dell'invenzione intellettuale. Il copyright nasce in Gran Bretagna, mentre la disciplina italiana è frutto delle idee innovative

Accanto all' proprietà intellettuale si affaccia anche la tutela del c.d. copyright o diritto d'autore.<sup>3</sup> Sempre più frequente è l'inserimento di nuovi e differenti tutele di beni immateriali prodotti dall'invenzione umana. In linea generale, esso ricomprende già i lavori artistici e letterali, le composizioni musicali, le opere d'arte. Con l'avvio del riconoscimento di ulteriori forme di creazione umana quali essenza di posizioni giuridiche da tutelare, il diritto italiano ed internazionale si sono avviati verso una fase di dematerializzazione della tutela. Si pensi, ad esempio, alle L. n. 248/2000 che ha esteso la tutela del copyright anche ai programmi per elaboratore; ovvero alla L. n. 62/2021 sull'editoria che ha ricompreso sotto la tutela del copyright anche la filmografia.<sup>4</sup>

Ritornando al marchio è necessario, preliminarmente, definirne la ratio giuridica ed il fondamento normativo.

Il marchio è un segno distintivo ricompreso nella branca della c.d. proprietà industriale la quale racchiude in sé altri segni distintivi, le indicazioni geografiche, le denominazioni di origine, i disegni ed i modelli, le invenzioni, i modelli di utilità, le topografie dei prodotti semiconduttori, le informazioni aziendali riservate, le nuove varietà vegetali. Tali diritti si acquistano mediante differenti processi: 1) brevettazione<sup>5</sup>; 2) registrazione<sup>6</sup>; 3) altre procedure regolamentate dal D.lgs. n. 30/2005 (c.d. Codice della proprietà industriale).

Per marchio si intende un segno distintivo finalizzato ad identificare un prodotto di un soggetto e distinguerlo dagli altri prodotti simili, ovvero per conferire ad un prodotto una certa identificazione e/o qualità. Le finalità del marchio sono, infatti: 1) permettere di riconoscere l'impresa nelle sue varie manifestazioni; 2) dichiarare l'appartenenza di un prodotto, di un edificio, fino a tutelarne l'esclusività da un punto di vista legale; 3) sottolineare graficamente e stilisticamente il momento storico-culturale in cui esso opera; 4) esprimere un messaggio in maniera connotativa e simbolica.

Una delle prime forme di marchio risale all'epoca dell'antico Egitto, nella quale venivano marchiati gli animali per identificarne l'appartenenza; alla Mesopotamia ed ai Romani che usavano contrassegnare le

terracotta ed i mattoni distinguendo le varie fornaci di provenienza. Nel Medioevo, accanto al marchio o sigillo pubblicitario della corporazione, era altresì imposto obbligatoriamente, e sotto pena di gravi sanzioni in caso di omissione e/o falsità, il marchio individuale del fabbricante sulle creazioni dello stesso. Nell'epoca successiva, tuttavia, con la decadenza delle corporazioni, il marchio ritornò ad essere uno strumento di identificazione facoltativa, salva l'eccezione dei marchi pubblici di garanzia<sup>7</sup>.

In epoca moderna, poi, data la sua ascendente importanza, il marchio si è conformato alle più disparate esigenze. Si parla di marchio emblematico, denominativo o misto, a seconda che esso sia costituito da segni e figure, o da vocaboli di fantasia, o dalla combinazione dei due elementi. Esso può essere, ancora, qualificato come caratteristico o distintivo, a seconda che abbia una funzione differenziatrice o meno.

In ogni caso, il marchio deve risultare "nuovo", ovvero deve essere non conosciuto e distintivo, non deve essere caduto in pubblico dominio né illegittimo (in quanto contrario all'ordine pubblico ed al buon costume o perché mendace, o perché vietato dalla legge). Lo stesso, infine, per ricevere adeguata tutela legale deve essere registrato. Il marchio registrato, infatti, è tutelato indipendentemente dalla sua diffusione e notorietà, ed è lasciato "fuori" dal concetto di effettiva concorrenza. Il marchio non registrato, invece, è protetto soltanto nella misura della sua notorietà e diffusione, nei limiti dell'effettiva concorrenza creata dall'uso di terzi.

Il marchio, proprio per la natura che lo contraddistingue, può essere oggetto di diritti dispositivi da parte dei soggetti giuridici<sup>8</sup>. Esso può essere trasferito per atto tra vivi o mortis causa; può seguire, nel trasferimento, l'azienda che rappresenta, salvo convenzione contraria; può essere ceduto in usufrutto, pegno, locazione ecc ecc. Il diritto al marchio, inoltre, si estingue per non uso, per cessazione dell'industria cui inerisce,

<sup>7</sup> Si pensi, in Italia, al marchio concesso con la legge 23 giugno 1927 all'Istituto nazionale per l'esportazione (I.N.E.) ed a quello concesso con legge 23 agosto 1926 all'Ente nazionale per le piccole industrie, aventi lo scopo di garantire la bontà dei prodotti nazionali; al marchio che la legge 7 marzo 1924 consente di adottare ai produttori di vini tipici riuniti in consorzio; al marchio unico, depositato al nome dell'Ente nazionale serico, imposto ai filati, tessuti e articoli di seta, dalla legge 18 giugno 1931 e regolamento 1° maggio 1932. Questi marchi, istituiti con disposizioni speciali, sono soprattutto regolati dalle leggi che li concessero, e sono intrasmissibili. Tuttavia, avendo, come i marchi di fabbrica ordinari, la funzione preminente di garantire la qualità e l'origine del prodotto, rientrano anch'essi nell'ambito generale della legge organica del 1868, le cui norme sono ad essi applicabili.

<sup>8</sup> Il marchio straniero (ovvero legalmente riconosciuto ed utilizzato all'estero) trova tutela anche nel nostro ordinamento, in applicazione delle disposizioni nazionali, in applicazione del principio di equiparazione del marchio straniero al marchio nazionale ai sensi dell'art. 4 della L. del 1868 ed accolto anche nella convenzione internazionale della Unione di Parigi del 20.03.1883, agli artt. 2 e 3 del testo firmato all'Aia e recepito in Italia con il R.D.L. n. 169/1926.

della rivoluzione francese e dell'illuminismo, che poneva al centro della sua impostazione ideologica l'uomo.

<sup>3</sup> Esso trova regolamentazione in Italia nella L. n. 633/1941 e ss.mm.ii.

<sup>4</sup> Particolare tendenza è quella, sviluppata a partire dagli anni 2000, del c.d. copyleft, che consiste nel rendere completamente disponibile al pubblico la creazione informatica generata, conio vincolo che chi utilizza il prodotto è obbligato a mantenerlo disponibile a tutti anche nelle sue parti modificate (c.d. open source).

<sup>5</sup> Si acquistano per brevettazione: a) le invenzioni; b) i modelli di utilità; c) le nuove varietà vegetali.

<sup>6</sup> Si acquistano per registrazione: a) i marchi; b) i disegni e modelli; c) le topografie dei prodotti e semiconduttori.

per abbandono (espresso o tacito), ma non per decorso del tempo in quanto il diritto è perpetuo<sup>9</sup>.

In Italia, è con la legge del 1868 che si è dato peso giuridico al marchio come bene da tutelare. Da questo momento entra nell'ordinamento italiano la definizione di marchio, qualificato come segno che taluno adotta per distinguere i prodotti della sua industria, le mercanzie del suo commercio, gli animali di una razza a lui appartenenti. Il concetto moderno di marchio si forma a far data dalla nascita delle prime produzioni artigianali, per distinguere le opere dei singoli artigiani, al fine di renderle visibili e garantirne una divulgazione tra gli acquirenti. Nei primi del '900, poi, a seguito dell'invenzione della stampa tipografica, prima in bianco e nero e poi a colori, è nata l'industria pubblicitaria che vive dei marchi dei singoli produttori. Ecco che a far data da quella invenzione i simboli iniziarono ad avere sempre più importanza e ad essere utilizzati per far veicolare concetti ed idee<sup>10</sup>.

Il marchio, dunque, diventa l'elemento portante dell'identità visiva di un'azienda (si pensi, ad esempio, alle pubblicità ed al famoso programma televisivo "Carosello" incentrato proprio sulla propaganda tramite la conoscenza del marchio, fino ad animare lo stesso in un cortometraggio, come nel caso del caffè Paulista!). Oggi si è arrivati alla creazione di una vera e propria scienza del marchio, nella quale vengono

utilizzate tecniche visive raffinate per creare simboli di alto impatto, con lo scopo di suscitare il desiderio nei potenziali acquirenti verso i prodotti forniti, utilizzando anche il metodo della c.d. psicologia sociale. A tanto si aggiunge la regolarizzazione della pubblicità di prodotti nei programmi televisivi e l'ultima frontiera pubblicitaria, ovvero i social network quali "vetrine" pubblicitarie, e gli influencer, questi ultimi diventati veri e propri "persone-marchi" nella sponsorizzazione di un prodotto.

### 3. Disciplina italiana del marchio

Il marchio è il "segno distintivo"<sup>11</sup> per eccellenza che viene tutelato in maniera rafforzata a seguito di richiesta di registrazione del titolare all'Ufficio Italiano di Brevetti e Marchi (c.d. UIBM), a seguito della quale lo stesso viene "coperto" per n. 10 anni e la predetta tutela è estensibile per egual durata<sup>12</sup>. Ai sensi dell'art. 13 del Codice della proprietà intellettuale il marchio deve garantire una capacità distintiva tra i concorrenti e nei

<sup>9</sup> v. per approfondimenti, COTTARELLI F., *Brevetti, marchi, ecc.*, in *Encicl. giur. it.*, 1892; AMAR M., *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni*, Torino 1893; BRAUN, CAPITAINE, *Les marques de fabrique*, Bruxelles 1908; CARNELUTTI F., *Diritto al marchio e registrazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, p. 340; POUILLET E., *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Parigi 1912; CHEVENARD C., *Traité de la concurrence déloyale, I, II e III*, Ginevra-Parigi 1914; GHIRON M., *Il marchio nel sistema del diritto industriale italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1915; PESTALOZZA F., *Commento al disegno di legge sui marchi di fabbrica 16 ottobre 1918*, in *Riv. dir. comm.*, 1918, p. 750; PESTALOZZA F., *Rassegna critica della giurisprudenza in materia di concorrenza illecita (1916-1918)*, in *Riv. dir. comm.*, 1919; PESTALOZZA F., *Usurpazione di marchio denominativo*, in *Foro della Lombardia*, 1933, p. 20; DE SANCTIS V., *La funzione sindacale nella repressione della concorrenza sleale e in materia di marchi di fabbrica*, in *Il diritto del lavoro*, I (1927), p. 553; Vivante C., *Trattato di dir. comm.*, III, 5<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> rist., 1929, pp. 22-58; ALBASINI SCROSATI E., *Marchi e nomi nella recente giurisprudenza italiana (1918-28)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 465; SRAFFA A., *Monopoli di segni distintivi e monopoli di fabbricazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, p.i; ROTONDI M., *Marchio, denominazione del prodotto e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 65; INVREA F., *Il carattere costitutivo del deposito del marchio*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 351; AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2016.

<sup>10</sup> La storia del marchio ha attraversato un periodo significativo durante le avanguardie artistiche degli anni '20 ed, in particolare modo, in ambito bauhasiano in cui "l'impronta funzionalista e razionale produce nella progettazione del marchio preferenze per il segno astratto, per la struttura compatta e geometrica rigorosamente sintetica, intimamente connessa agli studi sulla teoria della visione e sulla fenomenologia della percezione, che trova in quegli anni terreno fertile nei postulati estetici della scuola della Gestalt" cit.

<sup>11</sup> Nel nostro ordinamento ci sono, poi, altri segni qualificati come distintivi, ma non soggetti alla tutela della brevettazione e della registrazione e quindi all'esercizio del potere dell'UIBM, ma che comunque l'ordinamento giuridico italiano riconosce e tutela con forme differenti. Si pensi alla ditta, intesa quale nome mediante il quale un imprenditore individuale esercita la propria attività; od ancora, si pensi alla ragione sociale o denominazione sociale, che individua il nome di una società di persone e di una società di capitali; od ancora, l'insegna, che contraddistingue un luogo fisico ove si esercita l'attività; od, infine, al nome di dominio, che identifica un sito internet.

<sup>12</sup> Differente è la tutela dei disegni e modelli, intesi quale intero prodotto o di una sua parte quale risulta dalle caratteristiche delle linee, dei contorni, dei colori, della forma, della struttura superficiale e/o dei materiali del prodotto stesso e/o del suo ornamento, a condizione che tali aspetti siano nuovi ed abbiano carattere individuale. La tutela del modello e/o disegno concerne, dunque, il suo aspetto esteriore, nel suo complesso. La tutela di tali prodotti ha durata quinquennale, a decorrere dalla data di presentazione della domanda all'UIBM e può essere rinnovata, a seguito di pagamento della tassa di mantenimento in vita, per 4 quinquenni, fino ad un totale di massimo 25 anni. La tutela, peraltro, è valevole unicamente nel Paese in cui è stata richiesta. Ai fini della individuazione della categoria in cui inserire i prodotti oggetto di richiesta di tutela, viene utilizzata la c.d. Classificazione di Locarno, adottata nella Conferenza diplomatica dell'08.10.1968 tra i Paesi membri della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, che si è conclusa con l'adozione dell'Accordo di Locarno che istituisce una classificazione internazionale per i Disegni Industriali. Tale classificazione comprende un elenco di classi e sottoclassi; un elenco alfabetico dei prodotti che costituiscono disegni industriali, con la indicazione delle classi e sottoclassi in cui rientrano; note esplicative. La classificazione di Locarno ha carattere esclusivamente amministrativo e non vincola i Paesi contraenti per quanto riguarda la natura e la portata della protezione accordata al disegno o modello in quei Paesi. L'unico vincolo imposto da tale classificazione è determinato dalla circostanza che l'ufficio della proprietà industriale competente per ciascun Paese debba inserire negli atti ufficiali per il deposito o la registrazione di disegni o modelli e, se pubblicati ufficialmente, nelle pubblicazioni in questione, i numeri delle classi e sottoclassi della classificazione internazionale a cui appartengono i prodotti che incorporano i disegni ed i modelli.

confronti dei consumatori. Inoltre, ai sensi dell'art. 7 c.p.i. "non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni privi di carattere distintivo e in particolare quelli costituiti esclusivamente dalle denominazioni generiche di prodotti o servizi o da indicazioni descrittive che ad essi si riferiscono, come i segni che in commercio possono servire a designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica ovvero l'epoca di fabbricazione del prodotto o della prestazione del servizio o altre caratteristiche del prodotto o servizio".

Nell'ordinamento italiano il marchio assume una funzione specifica, ovvero quella di distinguere prodotti e servizi del titolare da prodotti e servizi di soggetti terzi. I principi che regolano la tutela di tali prodotti sono: 1) il principio di esclusività; 2) il principio di specialità; 3) il principio di novità; 4) il principio di unitarietà.

Il principio di esclusività si configura nel tenere esclusi gli altri dall'esercizio del diritto all'uso del segno distintivo ed è efficace erga omnes. Il principio di specialità, invece, si configura nella tutela del marchio rispetto a qualunque ipotesi di sfruttamento illegittimo e non autorizzato dello stesso, nonché della notorietà dello stesso da parte dei terzi. Il principio di novità impone, poi, l'obbligo di differenziazione rispetto ad altri segni distintivi esistenti. Infine, il principio di unitarietà dei segni distintivi disincentiva la potenziale confusione tra segni simili.

La normativa italiana del marchio prevede che, affinché lo stesso riceva la necessaria tutela, debba essere registrato. Per la registrazione è necessario che il marchio sia: 1) nuovo; 2) distintivo; 3) rappresentabile graficamente. Oggetto di registrazione quale marchio possono essere le parole, i nomi di persona, i disegni, i suoni, la forma del prodotto o della confezione, le combinazioni e le tonalità cromatiche. Non sono, invece, oggetto di registrazione i segni contrari alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume, nonché quelli idonei ad ingannare i consumatori circa la provenienza geografica, la natura o la qualità dei prodotti e servizi offerti, ovvero che siano in contrasto con i diritti di proprietà intellettuale di soggetti terzi.

La funzione del marchio ha subito, nel corso degli anni, mutamenti (id est ampliamenti) di contenuto. Prima della riforma del 1992, il marchio aveva soltanto una funzione distintiva (indicazione di provenienza) nei limiti del principio di specialità e del rischio di confusione. Esisteva, infatti, un legame indissolubile tra il marchio e l'impresa, il cui titolare era l'unico legittimato alla registrazione dello stesso ed al trasferimento dello stesso unitamente all'azienda.

Con la riforma del 1992 viene meno la regola "un marchio, un'impresa".<sup>13</sup> La registrazione può avvenire

da parte di chiunque, a prescindere dalla qualifica di imprenditore ed a prescindere dall'esistenza di un'entità aziendale di riferimento. Ai sensi dell'art. 91 c.p.i., infatti, può ottenere la registrazione per un marchio di impresa "chi lo utilizzi o si proponga di utilizzarlo, nella fabbricazione o commercio di prodotti o nella prestazione di servizi della propria impresa o di imprese di cui abbia il controllo o che ne facciano uso con il suo consenso".

In virtù di tale dissociazione tra marchio ed azienda, al cessare dell'una non cessa necessariamente l'utilizzo dell'altro. In tal modo, il marchio può circolare a prescindere dall'azienda, con possibilità di cessione parziale e di licenze non esclusive, come disposto dall'art. 23 c.p.i. In tale ultimo caso, il licenziatario deve obbligarsi espressamente ad usare il marchio per contraddistinguere prodotti o servizi eguali a quelli corrispondenti messi in commercio o presentati nel territorio dello Stato con lo stesso marchio dal titolare o da altri licenziatari.

Il titolare del marchio può far valere il proprio diritto esclusivo dell'uso del marchio stesso contro il licenziatario che violi le disposizioni di cui al contratto di licenza relativamente alla durata dello stesso; al modo di utilizzazione del marchio; alla natura dei prodotti o servizi per i quali la licenza è stata concessa; al territorio in cui il marchio può essere usato; alla qualità dei prodotti fabbricati e dei servizi resi dal licenziatario. E' l'art. 20 c.p.i. che identifica i diritti riconosciuti al titolare del marchio registrato. Questi può fare uso esclusivo dello stesso, potendo vietare a terzi, salvo proprio consenso, di usare nell'attività economica: "a) un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; b) un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza fra segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni; c) un segno identico o

ria)", in *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, 1975; FRANCESCHELLI R., *Sulla funzione del marchio*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, I, Padova, 1965; FRANCESCHELLI R., *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1972; FRANCESCHELLI R., *Trattato di diritto industriale*, Milano, 1960; GHIDINI G., voce "Monopolio e concorrenza" in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1975; GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001; GHIDINI G. (a cura di), *La riforma della legge marchi*, Padova, 1995; MANGINI V., *Manuale breve di diritto industriale*, Padova, 2001; MANGINI V., *Il marchio e gli altri segni distintivi*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, V, Padova, 1982; MANSANI L., *La funzione di indicazione d'origine del marchio nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2000; RICOLFI M., *I segni distintivi. Diritto interno e comunitario*, Torino, 1999; VANZETTI A., *I marchi nel mercato globale*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, p. 91, Milano, 2002; VANZETTI A., voce "Marchio", in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1988; VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di Diritto industriale*, Milano, 2000.

<sup>13</sup> Per approfondimenti, v. LECCE G., *Il marchio nella giurisprudenza*, Milano, 1996; ARE M., voce - "Marchio", in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975; DI BENEDETTO M. A., voce "Marchio (sto-

simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi<sup>14</sup>.

Mediante la registrazione il titolare del marchio, dunque, acquista un diritto incondizionato all'uso in via esclusiva del segno e la facoltà di vietare a terzi l'uso di un marchio identico o simile, per prodotti o servizi identici o affini a quelli rivendicati nella registrazione, a condizione che sussista un rischio di confusione o di mera associazione dei segni da parte del pubblico dei consumatori ed utenti<sup>15</sup>.

Se il marchio è qualificabile come "rinomato"<sup>16</sup>, poi, il titolare ne può vietare l'uso non autorizzato da parte di terzi anche per prodotti e servizi non affini a quelli registrati. Tale tutela rafforzata si impone per evitare i fenomeni del c.d. dilution, od annacquamento, inteso quale perdita di distintività di un marchio per l'utilizzazione di un marchio simile, essendo sufficiente ai fini della violazione del marchio anche un

nesso psicologico e non confusorio con il marchio notorio<sup>17</sup>.

Tuttavia, alla tutela della funzione attrattiva del marchio notorio si accompagna un affievolimento della funzione distintiva in ottica proconcorrenziale, ammettendo la possibile coesistenza sul mercato di marchi uguali usati da imprenditori diversi a mezzo del consenso del titolare e di licenze plurime. Tale facoltà d'uso rischia comunque di ingannare il consumatore, configurando una situazione di opacizzazione del mercato con la costituzione di posizioni di forza economica che suggestionano le scelte degli utenti.

Il diritto di uso esclusivo del marchio ha durata decennale, prorogabile previa richiesta di 10 anni in 10 anni, per mezzo di domanda di rinnovazione. Il titolare del marchio può disporre dello stesso sia mediante contratto di cessione, che mediante contratto di "licenza", esclusiva o meno, e per tutto o parte del territorio nazionale, senza dover per tale motivo cedere anche l'azienda od il ramo d'azienda.

Caso peculiare è quello del c.d. preuso, ovvero di marchio già utilizzato da terzi prima del deposito della domanda di registrazione del marchio che ha conseguito, per effetto dell'uso, una notorietà ben oltre la portata locale. In tal caso il marchio non può essere registrato (per i prodotti o servizi già identificati) se non dal preutente. Se, invece, la notorietà non supera i confini locali, il marchio può essere soggetto a registrazione da parte di terzi e formare, al contempo, oggetto di sfruttamento da parte del preutente nei termini in cui ne faceva uso prima della registrazione.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Si richiama, sul punto, anche il disposto dell'art. 12 c.p.c., sulla novità, il quale dispone che "Non sono nuovi, ai sensi dell'articolo 7, i segni che alla data del deposito della domanda: b) siano identici o simili ad un segno già noto come marchio o segno distintivo di prodotti o servizi fabbricati, messi in commercio o prestati da altri per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell'identità o somiglianza tra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o i servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni (...) f) siano identici o simili ad un marchio già da altri registrato nello Stato o con efficacia nello Stato, in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti o servizi anche non affini, quando il marchio anteriore goda nella Comunità, se comunitario, o nello Stato, di rinomanza e quando l'uso di quello successivo senza giusto motivo trarrebbe indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del segno anteriore o recherebbe pregiudizio agli stessi".

<sup>15</sup> Per ulteriori chiarimenti, v. SPOLIDORO M.S., *La registrazione e il rinnovo del marchio*, in AA.VV., *Commento tematico alla legge marchi*, Torino, 1998 e GHIDINI G., DE BENEDETTI F. (a cura di), *Codice della proprietà industriale. Commento alla normativa sui diritti derivanti da brevettazione e registrazione*, Milano, 2006.

<sup>16</sup> v. per approfondimenti, CALBOLI I., *Marchio che gode di "rinomanza": brevi osservazioni alla luce della recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Segni e forme distintive. La nuova disciplina*, Milano, 2001; GALLI C., *Funzione del marchio e ampiezza della tutela*, Milano, 1996; GALLI C., *Rinomanza del marchio e tutela oltre il limite del pericolo di confusione*, in *Dir. ind.*, 1/2007, p. 83 ss.; GALLI C., *I limiti di protezione dei marchi rinomati nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, *Riv. Dir. Ind.*, II, 2004, p. 137; BOTTERO N., *Marchi notori, beni affini ed usi atipici nella giurisprudenza comunitaria*, *Giur. comm.*, II, 2004, p. 369; MONTUSCHI P., *Nuova decisione della Corte di giustizia CE sul rischio di associazione: il commento*, *Dir. Ind.*, I, 2001, p. 17; MOSTERT F. M., *Well - known and famous marks. Is harmony possible in the global village?*, 86 TMR, p. 103, 1996; OSWALD L. J., *"Tarnishment" and "blurring" under the Federal Trademark Dilution Act of 1995*, 36 Am. Bus. L. J., p. 255, 1999.

<sup>17</sup> Con riferimento a tale fattispecie si configurano due ipotesi: 1) dilution by blurring, quando un marchio noto viene usato in connessione con i prodotti di un altro (confondibilità); 2) dilution by tarnishment, quando un marchio è utilizzato in modo da metterne a rischio la reputazione.

<sup>18</sup> Sul punto, v. anche art. 10 della direttiva 2015, secondo cui "La registrazione di un marchio d'impresa conferisce al titolare diritti esclusivi. Fatti salvi i diritti dei titolari acquisiti prima della data di deposito o della data di priorità del marchio registrato, il titolare di tale marchio registrato ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nel commercio, in relazione a prodotti o servizi, qualsiasi segno che: a) sia identico al marchio d'impresa ed è utilizzato per prodotti o servizi identici a quelli per cui è stato registrato; b) sia identico o simile al marchio d'impresa ed è utilizzato in relazione a prodotti o servizi che sono identici o simili ai prodotti o ai servizi per i quali il marchio d'impresa è registrato, se può dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, compreso il rischio che si proceda a un'associazione tra il segno e il marchio d'impresa; c) sia identico o simile al marchio d'impresa a prescindere dal fatto che sia utilizzato per prodotti o servizi che sono identici, simili o non simili a quelli per cui esso è stato registrato, se il marchio d'impresa gode di notorietà nello Stato membro e se l'uso immotivato del segno consente di trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio d'impresa o reca pregiudizio agli stessi. 3. Si può in particolare vietare a norma del paragrafo 2: a) di apporre il segno sui prodotti o sul loro imballaggio; b) di offrire o immettere in commercio o stoccare a tali fini i prodotti ovvero offrire o fornire servizi contraddistinti dal segno; c) di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno; d) di utilizzare il segno come

Accanto alla tutela dei segni distintivi tipici, l'ordinamento italiano (e quello comunitario) ammette la tutela dei segni distintivi atipici, sulla base dell'art. 2598 c.c. e sulla base dell'applicazione analogica delle norme del c.p.i. I marchi "atipici", descritti nell'art. 7 c.p.i. in un elenco esemplificativo e non tassativo, si identificano nella categoria della "comunicazione concorrenziale usando ogni segno utile" pur nei limiti del carattere distintivo e della riproducibilità grafica dello stesso. Tra i segni distintivi atipici si evidenziano: 1) i jingle e gli slogan pubblicitari; 2) gli emblemi aziendali; 3) i segni di gruppo; 4) i marchi di lettere o di cifre; 5) i marchi sonori o musicali; 6) i marchi colore<sup>19</sup>. Peculiare ipotesi è quella del marchio di forma che viene riconosciuto e disciplinato dall'art. 7 c.p.i., il quale ammette l'esistenza anche di marchi tridimensionali<sup>20</sup>. Ai sensi della norma sopra menzionata, possono

nome commerciale o denominazione sociale o come parte di essi; e) di utilizzare il segno nella corrispondenza commerciale e nella pubblicità; f) di utilizzare il segno nella pubblicità comparativa secondo modalità contrarie alla direttiva 2006/114/CE. 4. Fatti salvi i diritti dei titolari acquisiti prima della data di deposito o della data di priorità del marchio d'impresa registrato, il titolare di tale marchio registrato ha anche il diritto di vietare ai terzi di introdurre prodotti, in ambito commerciale, nello Stato membro di registrazione del marchio, senza la loro immissione in libera pratica in tale Stato, quando tali prodotti, compreso il loro imballaggio, provengono da paesi terzi e recano senza autorizzazione un marchio che è identico al marchio registrato in relazione a tali prodotti o che non può essere distinto nei suoi aspetti essenziali da detto marchio. Il diritto del titolare del marchio d'impresa conformemente al primo comma si estingue se, nel corso del procedimento volto a stabilire se il marchio d'impresa registrato è stato contraffatto, avviato conformemente al regolamento (UE) n. 608/2013, il dichiarante o il detentore dei prodotti dimostra che il titolare del marchio d'impresa registrato non ha diritto a vietare l'immissione in commercio dei prodotti nel paese di destinazione finale".

<sup>19</sup> Per ulteriori approfondimenti v. anche MORRI F., *La rappresentazione grafica del marchio nelle decisioni dell'UAMI e degli organi giurisdizionali comunitari*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2006, p. 252 ss; SANDRI S., *La giurisprudenza comunitaria in tema di marchi non convenzionali*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2004, p. 212; VANZETTI A., *Marchi di numeri e di lettere dell'alfabeto*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2002, p. 897 ss.; DELL'ARTE S., *I marchi d'impresa nella Comunità europea*, Forlì, 2005; FRASSI P., *Considerazioni sul giudizio di confondibilità fra segni composti da più elementi: esame sintetico o prospettiva analitica?*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2004, p. 241 ss.

Di particolare, anche il marchio di fatto, in CANTARELLA M., *Marchio di fatto e marchio registrato. Profili differenziali*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2002, p. 309; CASABURI G., *Concorrenza sleale, marchi di fatto e altri diritti di proprietà industriale non titolati nel C.p.i.*, in *Dir. ind.*, 4/2005, p. 393; SENA G., *Confondibilità e confusione. I diritti non titolati nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2006, p. 17; VANZETTI A., *Osservazioni sulla tutela dei segni distintivi nel codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2006, p. 5; VANZETTI A., *Capacità distintiva e confondibilità: segni registrati e non registrati*, in *Dir. ind.* 1/2007, p. 7, nonché, FLORIDIA G., *Segni e confondibilità nel Codice della proprietà industriale*, *ibidem*.

<sup>20</sup> v. anche, VANZETTI A., *Il problema dei marchi di forma*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 413 ss; VANZETTI A., *I diversi livelli di tutela delle forme ornamentali e funzionali*, in *Riv. dir. ind.*, 1994,

costituire oggetto di registrazione come marchi d'impresa tutti i segni suscettibili di essere rappresentati graficamente e, quindi, anche la forma del prodotto o della confezione dello stesso. L'art. 9 c.p.i., tuttavia, pone dei limiti alla legittimità dei marchi di forma, statuendo che: "non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni costituiti esclusivamente dalla forma imposta dalla natura stessa del prodotto, dalla forma del prodotto necessaria per ottenere un risultato tecnico, o dalla forma che da un valore sostanziale al prodotto". Il marchio di forma, dunque, deve essere un segno (non un concetto), determinato, preciso, differente dalla forma comune dei prodotti e che identifica un determinato progetto, quale espressione dell'opera dell'ingegno, al fine di evitare la monopolizzazione del prodotto.

Accanto ai marchi comunemente intesi ed ai segni distintivi ordinari e speciali, infine, l'ordinamento giuridico riconosce i c.d. marchi di qualità, i quali certificano un prodotto con determinate caratteristiche qualitative o produttive, nonché la conformità a determinati standard previsti dalla legge<sup>21</sup>. Si tratta, in particolare, della sigla D.O.P.<sup>22</sup> ovvero "Denominazione d'origine protetta", riconosciuto a tutti i prodotti le cui caratteristiche sono legate al territorio di provenienza. Con tale "etichetta", si individuano quei prodotti le cui fasi di produzione, trasformazione ed elaborazione devono avvenire in un'area geografica delimitata, seguendo regole rigide stabilite dal disciplinare di produzione il cui rispetto è garantito da un organo di controllo. Peculiare è la prescrizione normativa secondo cui la domanda di registrazione del marchio possa essere presentata esclusivamente da un'associazione intesa quale qualsiasi organizzazione di produttori e trasformatori di materie prime che trattano il medesimo prodotto agricolo od il medesimo prodotto alimentare, a prescindere dalla forma giuridica o dalla composizione

I, p. 319 ss; CARTELLA M., *Marchi di forma o marchi "deformi"?*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, II, p. 39 ss; BOSSHARD M., *Divieto di imitazione servile confusoria, marchio di forma e "nuova"privativa sul design*, in *Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti*, I, p. 255 ss.; SARTI D., *I marchi di forma fra secondary meaning e funzionalità*, in *Studi di diritto industriale in onore di A. Vanzetti*, II, p. 1411 ss; FRASSI P., *L'acquisto della capacità distintiva delle forme industriali*, in *Segni e forme distintive. La nuova disciplina*, Milano, 2001, p. 275; ID., *Forma del prodotto, secondary meaning e standardizzazione*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1999, p. 142 ss.

<sup>21</sup> Un esempio è la marcatura CE che attesta che il prodotto è conforme alle direttive UE ad esso applicabili. Ci sono, poi, i titoli riconosciuti in ambito agricolo ed alimentare, ovvero la sigla DOP, IGP ed STG.

<sup>22</sup> Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento UE 510/2006 si intende per "a) "denominazione d'origine", il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare: - originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese, le cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico, inclusi i fattori naturali e umani e, - la cui produzione, trasformazione e elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata".

della stessa<sup>23</sup>. La domanda deve comprendere, altresì, la descrizione del legame del prodotto con l'ambiente geografico o con l'origine geografica di riferimento.

Accanto al marchio D.O.P. il nostro ordinamento individua anche il marchio I.G.P.<sup>24</sup>, ovvero "Identificazione Geografica Protetta" che viene riconosciuto a tutti quei prodotti per i quali una determinata qualità, la reputazione o un'altra caratteristica tipica dipendono dall'origine geografica e la cui produzione, elaborazione e/o trasformazione avviene in un'area geografica delimitata. Ai fini del riconoscimento dell'etichetta di I.G.P. è necessario che almeno una fase della produzione avvenga in una specifica area. A differenza del marchio D.O.P., il marchio I.G.P. lascia maggior libertà nella scelta delle materie prime non vincolando la scelta del produttore in base alla loro provenienza, ed in quanto tale è finalizzato a tutelare i processi produttivi tipici di una determinata zona geografica ma non l'origine del prodotto nel suo complesso<sup>25</sup>.

Altro marchio d'origine in senso lato è il marchio S.T.G. inteso quale "Specialità tradizionale garantita", finalizzato a tutelare le produzioni caratterizzate da composizioni o metodi di produzione tradizionali. Esso è riferito a prodotti agricoli od alimentari che abbiano una specialità legata al metodo di produzione e non al luogo e/o zona di elaborazione. Ai sensi del Regolamento CE/509/2006<sup>26</sup> sui regimi dei prodotti agricoli ed alimentari, la certificazione S.T.G. è riconosciuta ai prodotti agricoli ed alimentari che abbiano una produzione e/o una composizione "specificata", ovvero differente dagli altri prodotti simili, e "tradizionale", ovvero esistente da almeno 20 anni.

Ferma restando la tutela generalizzata del marchio, in qualunque forma esso costituito, come sopra meglio descritta, si richiama l'attenzione sull'art. 14 della Direttiva 2015, poi recepito nel nostro ordinamento, il quale, per primo, individua dei limiti alla stessa: il diritto conferito dal marchio non può estendersi all'uso da parte dei terzi, nel commercio, del nome o dell'indirizzo del terzo, qualora si tratti di una persona fisica;

di segni o indicazioni che non sono distintivi o che riguardano la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica, l'epoca di fabbricazione del prodotto o di prestazione del servizio o altre caratteristiche del prodotto o servizio; del marchio d'impresa per identificare o fare riferimento a prodotti o servizi come prodotti o servizi del titolare di tale marchio, specie se l'uso del marchio è necessario per contraddistinguere la destinazione di un prodotto o servizio, in particolare come accessori o pezzi di ricambio. Resta ferma la necessità che gli usi di cui sopra siano conformi alle consuetudini di lealtà in ambito industriale e commerciale.

Inoltre, il diritto al marchio registrato non si estende fino al divieto da parte dei terzi dell'uso in commercio di un diritto anteriore di portata locale, qualora tale diritto sia riconosciuto dalla legislazione dello Stato membro interessato e qualora l'uso di tale diritto rientri nei limiti del territorio in cui è riconosciuto<sup>27</sup>.

A controbilanciare la situazione di "prepotenza" del titolare del marchio vi è, poi, il c.d. "Statuto di non decettività" del marchio, che individua l'insieme delle regole che impongono il divieto di ingannare il pubblico con riferimento ai segni distintivi e ricomprende: 1) il divieto di uso ingannevole del marchio (art. 26 - art. 14, comma 2, c.p.i.); 2) la nullità del marchio ingannevole (art. 25 e 14, comma 1, c.p.i.); 3) il divieto di inganno del pubblico nella cessione/licenza del marchio (art. 23, comma 4, c.p.i.).

#### 4. La tutela giuridica del marchio italiano

Il diritto del marchio, alla stessa stregua di ogni diritto riconosciuto nel nostro ordinamento, è meritevole di tutela ed in quanto tale è soggetto a prescrizioni normative a tanto finalizzate. A tutela del diritto di uso esclusivo del marchio l'ordinamento giuridico individua una serie di rimedi più o meno incidenti sulla sfera giuridica dei soggetti terzi che, a fronte del diritto

<sup>23</sup> La norma disciplina anche le equiparazioni soggettive ai fini di tale registrazione, ammettendo una equiparazione anche di persone fisiche e giuridiche diverse dalle associazioni come sopra intese, purché sia conforme alle norme particolareggiate di cui all'articolo 16, lettera c), del regolamento (CE) n. 510/2006.

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento CE/510/2006 si intende per "b) "indicazione geografica", il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare: - come originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e - del quale una determinata qualità, la reputazione o altre caratteristiche possono essere attribuite a tale origine geografica e - la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata".

<sup>25</sup> I settori maggiormente interessati dai marchi d'origine sono i vini, gli aceti, le carni, i formaggi, gli oli, i prodotti ortofruttilicoli ed i cereali, le spezie.

<sup>26</sup> La disciplina precedente era contenuta nel Regolamento CEE/2082/1992.

<sup>27</sup> Sul punto, v. per approfondimenti ECONOMIDES N. S., *The Economics of Trademarks*, 78 TMR, p. 523, 1988. FOLSOM R. H., TEPLY L. L., *Trademarked generic words*, 89 Yale L. J., p. 1323 ss, 1980; LANDES W., POSNER R. A., *Trademark Law: An economic perspective*, 30 J. Law & Econ., p. 265, 1987; DI CATALDO V., *I segni distintivi*, Milano, 1993; LANDES W., POSNER R. A., *The Economics of Trademark Law*, 78 TMR, p. 267, 1988; POSNER R. A., *Economic analysis of law*, Boston, 1992; FRANCESCHELLI R., *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Studi in onore di G. Menotti De Francesco*, 1, Milano, 1957; FRANCESCHELLI R., *Struttura monopolistica degli istituti di diritto industriale*, in *Studi in onore di F. Messineo per il suo XXXV anno di insegnamento*, Milano, 1959; MANGINI V., *Il marchio fra monopolio e concorrenza*, in *Studi in onore di A. Arena*, Padova, 1981; AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2016; GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2015; RICOLFI M., *Trattato dei marchi*, Torino, Giappichelli, 2015; MUSSO A., *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario al Codice Civile e codici collega7 Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 2012.

al marchio, si affievoliscono e si ritraggono.

La normazione nazionale, di ispirazione comunitaria, inserisce tra le prime forme di tutela del titolare del marchio, lo strumento cautelare del divieto di contraffazione che si esprime nell'adozione da parte del giudice di un provvedimento che vieta al contraffattore di proseguire nella vendita di un prodotto contraffatto, una volta accertato sia tale, disponendo il sequestro dei prodotti e comminando una penale in caso di condotta reiterata.

Accanto agli strumenti cautelari, l'ordinamento italiano disciplina il rimedio della richiesta risarcitoria in caso di danno subito dal titolare del marchio, il quale deve preconstituire tutti gli elementi probatori idonei per quantificare il danno stesso in termini di perdita economica (art. 125 c.p.i.). A tale danno può essere aggiunto anche il danno morale soggettivo subito, risarcibile nei limiti e secondo le modalità di cui all'art. 2059 c.c. Altra forma di tutela pararisarcitoria si rinviene nel diritto riconosciuto al titolare del marchio di richiedere al terzo utilizzatore illegittimo la restituzione degli utili realizzati dall'uso del marchio stesso.

Nel diritto positivo, poi, si veda l'art. 19 c.p.i. in virtù del quale viene punito con la dichiarazione di nullità della registrazione il soggetto che abbia provveduto a registrare con mala. Per mala fede si intende la consapevolezza dell'altruità del segno, ovvero della notorietà dello stesso.

Si configura, invece, decadenza dal diritto di uso esclusivo del marchio, quale forma di tutela del diritto all'uso esclusivo con riferimento diretto al titolare dello stesso, ai sensi dell'art. 26 c.p.i. nei seguenti casi: 1) volgarizzazione; 2) illiceità sopravvenuta; 3) non uso. In tal caso, il marchio deve formare oggetto di uso effettivo da parte del titolare, o a seguito di consenso e/o licenza, da parte di soggetti terzi, entro i 5 anni dalla registrazione, in assenza del quale il titolare ne perde il diritto di uso. Per volgarizzazione, che determina la decadenza dall'uso del marchio, si intende un utilizzo contrario all'ordine pubblico, al buon costume od alla legge. Ed infine, c'è la illiceità sopravvenuta, configurabile nell'ipotesi in cui il titolare non provveda ai controlli ed alle prescrizioni normativamente previste per la tenuta del diritto di uso esclusivo del marchio, pur legittimamente richiesto e registrato ab origine.

In tutti questi casi, a far data dal 2015, il titolare del marchio può adire l'UIBM per la tutela dei propri diritti, senza dover "scomodare" la già scarsa risorsa giustizia.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Per ulteriori approfondimenti v. ROMANO R., *Uno studio sul marchio di fatto*, in [www.e-l.unifi.it](http://www.e-l.unifi.it); PIERINI L., *La tutela del marchio offerta dal Codice della proprietà industriale*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it); AA.VV., *La proprietà intellettuale. Vademecum su diritto d'autore, dei marchi e dei brevetti*, in [www.unipa.it](http://www.unipa.it); UMBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, Cedam, 2019; PAPA A., *Espressione e diffusione*

## 5. Il "rincarare" delle tutele: il riconoscimento di marchio europeo e di marchio internazionale

Il marchio ha vissuto, come meglio sopra richiamato, una evoluzione che ha visto un'ascesa della sua dignità giuridica fino ad arrivare ad un coinvolgimento anche del diritto internazionale e comunitario e non solo di quello nazionale e locale.

In ambito internazionale, oggi il marchio viene tutelato a seguito di domanda presentata dall'interessato presso le Camere di Commercio, le quali fungono da tramite con l'OMPI. La validità della registrazione è decennale, rinnovabile di 10 anni in 10 anni. Il marchio "internazionale" viene inteso quale marchio registrato presso Paesi terzi rispetto al Paese di appartenenza del soggetto titolare della richiesta, aderenti rispettivamente all'Accordo o al Protocollo di Madrid, ai sensi del Regolamento CE/40/1994.

Differente è, invece, il c.d. "marchio comunitario", la cui domanda va avanzata all'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale, con sede a Ginevra. Ai fini della registrazione la disciplina normativa impone un iter semplificato che consente di presentare la domanda contestualmente sia direttamente all'UAMI o tramite l'UIBM. La tutela è riconosciuta tutto il territorio dei Paesi aderenti alla UE ed ha validità decennale, prorogabile di 10 anni in 10 anni.

In caso di rigetto della domanda, i soggetti richiedenti possono peraltro presentare opposizione, cui consegue la possibilità per gli stessi di registrare il marchio nei soli Paesi ove non risultino impedimenti, ferma restando la data originaria di deposito del marchio.

Con l'entrata in vigore del Regolamento UE/2015/2424<sup>29</sup>, a far data dal 23.03.2016, sono state apportate significative modifiche alla disciplina del marchio "comunitario", ora "Marchio dell'Unione Europea". Disciplina, questa, che si accompagna a quella di armonizzazione delle normazioni nazionali

*del pensiero in internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Napoli, Giappichelli, 2009; D'ALBO I., *Il marchio di colore e di forma. Industrial design, packaging e sfumature cromatiche*, Aracne, 2018; GIUDICI S., SENA G., *La nuova disciplina di marchi e brevetti*, Giuffrè, 2019; SENA G., *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, Giuffrè, 2007; AA.VV., *Proprietà industriale, intellettuale e IT. Con Contenuto digitale (fornito elettronicamente) di Studio Trevisan&Cuonzo (a cura di)*, Ipoa, 2017; GAUDENZI A. S., *Manuale pratico dei marchi e dei brevetti*, Maggioli Editore, 2019; PEROTTI R., *Proprietà industriale e intellettuale. Manuale teorico-pratico*, Pacini Giuridica, 2021; AA.VV., *Marchi, brevetti e know-how. Gestione internazionale degli intangibili*, Ipoa, 2014; MICARA A. G., *Tutela del marchio e competitività nell'Unione Europea*, Giappichelli Ed., 2018; LA VILLA G., *Introduzione al diritto dei marchi d'impresa. Aggiornata con i riferimenti agli accordi Trips (DL 19 marzo 1996, n. 198)*, Giappichelli Ed., 1996; COLANGELO G., *Diritto comparato della proprietà intellettuale*, Il Mulino, 2011; AA.VV., *La proprietà (intellettuale) è un furto? Riflessioni su un diritto per il futuro*, Rubettino, 2006.

<sup>29</sup> v., sul punto, anche CAPPALÀ A., *La riforma della disciplina dei marchi dell'Unione Europea sotto l'albero: regali o carbone per le imprese che operano nell'Unione Europea?*, in *Bugnon News*, 14.

in materia di marchi a seguito dell'adozione della Direttiva UE/2015/2436<sup>30</sup>, e che è diretta all'adozione da parte di ciascuno Stato membro di regole maggiormente condivise che permettano ai titolari dei marchi nazionali di Paesi dell'UE di poter fare affidamento su principi, procedure e prassi comuni tra i diversi Paesi. Disciplina, questa, che ha inciso anche nella realtà inglese, quanto meno fino alla Brexit.

La riforma ha portato con sé molteplici novità, prima fra tutte la modifica del nome dell'Ufficio, prima denominato UAMI (Ufficio per l'Armonizzazione nel Mercato Interno), sostituito dal nome EUIPO (Ufficio dell'UE per la proprietà intellettuale). È stata abolita la tutela giudiziaria precedentemente necessaria per la dichiarazione di decadenza e/o nullità dei marchi, ora possibile mediante semplice richiesta di invalidazione dinanzi all'ufficio competente (UIBM). È stato superato l'obbligo di riproducibilità grafica del marchio per ottenere la registrazione dello stesso; concetto, questo, frutto di una concezione "cartacea" del marchio, costitutivo di un elemento di certezza del diritto, in quanto garantiva la piena conoscibilità dell'oggetto della registrazione mediante la semplice consultazione del Registro (si pensi, ad esempio, al marchio olfattivo<sup>31</sup>). È

stato, poi, imposto il divieto dell'uso del marchio nella pubblicità comparativa se utilizzato in violazione della Direttiva CE/114/2006; il tutto a tutela dell'altro principio comunitario della concorrenza, ormai solido negli ordinamenti degli Stati membri.

Inoltre, a contrasto della circolazione di merce contraffatta nell'UE ed a tutela dell'integrità delle merci nell'ambito comunitario viene riconosciuto al titolare del marchio il potere di impedire l'immissione, il transito, il trasbordo, il deposito, le zone franche, la custodia temporanea, il perfezionamento attivo o l'ammissione temporanea di prodotti contraffatti nel territorio UE, anche quando tale merce sia destinata a mercati esteri.

È stata, infine, riconosciuta una nuova figura di marchio, ovvero il marchio di certificazione per prodotti e/o servizi certificati dallo stesso titolare in relazione al materiale, al procedimento di lavorazione/alla prestazione, alla qualità, alla precisione o altre caratteristiche, affinché il prodotto e/o servizio sia distinguibile per tali peculiari caratteristiche da altri prodotti e/o servizi non certificati<sup>32</sup>. Quanto sopra, nell'ottica di dematerializzazione del concetto di marchio, ormai sempre più svincolato dall'idea "fisica" di bene quale frutto dell'ingegno umano.

<sup>30</sup> V. sul punto anche GINDING, STAZIA, CAPUZZI G., *Codice generale del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2007; GHIDINI G., DE BENEDETTI F. (a cura di), *Codice della proprietà industriale. Commento alla normativa sui diritti derivanti da brevetto e registrazione*, Milano, 2006; SCUFFI M., FRANZOSI M., FITTANTE A., *Il Codice della proprietà industriale*, Padova, 2005; UBERTAZZI L. C., *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004 (con Appendice 2005 sul C.p.i.); FLORIDIA G., *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006; *Il numero monografico dedicato al .c.p.i de "Il diritto industriale"*, Ipsos (n.1/2005); VANZETTI A., GALLI C., *La nuova legge marchi*, Milano, 2001; AA.VV., *Commento tematico alla legge marchi*, Torino, 1998; GHIDINI G. (a cura di), *La riforma della legge marchi*, Padova, 1995; GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001; GHIDINI G., *Intellectual property and competition law. The innovation nexus*, Cheltenham-Northampton, 2006; RICOLFI M., in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2005; VANZETTI A., DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Milano, ed. 2003 e 2005; SENA G., *Il diritto dei marchi. Marchio nazionale e marchio comunitario*, Milano, 2007.

<sup>31</sup> In relazione ai marchi olfatti vi erano posizioni discordanti in dottrina, mentre la giurisprudenza era nel senso di ammetterne la tutela, ammettendo la possibilità di rappresentare il marchio mediante la descrizione verbale del segno olfattivo. Successivamente, anche la giurisprudenza si pose su posizioni più rigorose ritenendo che "qualora si tratti di un segno olfattivo, i requisiti di rappresentazione grafica non sono soddisfatti attraverso una formula chimica, mediante una descrizione formulata per iscritto, con il deposito di un campione di un odore o attraverso la combinazione di tali elementi". Anche in relazione ai marchi gustativi si pongono gli stessi problemi in relazione al criterio di rappresentazione grafica. Lo stesso dicasi con riferimento alle sequenze di immagini in movimento, sequenze di illustrazioni (ad es. brevi spot televisivi), marchi di posizione, marchi tattili, e marchi luce. Anche in relazione ai marchi sonori la dottrina e la giurisprudenza erano addivenute ad affermare che era necessario che il segno fosse rappresentato "mediante un pentagramma diviso in battute

## 6. Il caso specifico della proprietà intellettuale inglese

Il sistema di Common Law riconosce e tutela, alla stessa stregua degli ordinamenti di Civil Law, la proprietà intellettuale, nei limiti e secondo le prescrizioni del diritto UE (almeno fino al fenomeno della Brexit).

Principio cardine della tutela del marchio inglese è il c.d. "first to use", in virtù del quale acquista la proprietà del segno distintivo e/o dell'opera d'ingegno chi per primo ne ha effettivamente fatto uso. Ai fini della registrazione e/o brevettazione delle opere d'ingegno è necessario l'effettivo uso presso le attività commerciali degli Regno Unito in relazione a prodotti e/o servizi rivendicati.

Nel diritto inglese vengono tutelate, innanzitutto, le invenzioni protette da brevetto, le quali devono essere originali; devono essere creative; devono essere adatte ad avere applicazione industriale; 4) non devono essere escluse dalla brevettabilità. Il brevetto può avere tutela limitatamente al territorio inglese, tramite lo UK Intellectual Property Office (UKIPO), ovvero avere tutela in tutto il territorio europeo – fino all'avvento della Brexit – mediante lo European Patent

in cui figurino, in particolare, una chiave, note musicali e pause la cui forma indichi il valore relativo e, eventualmente, alterazioni". Successivamente, poi, si è ammessa la possibilità di registrare un suono attraverso sonogrammi e spettrogrammi.

<sup>32</sup> Ai fini della richiesta di registrazione è necessario il deposito del regolamento d'uso, indicante i soggetti abilitati all'uso di tale marchio, le caratteristiche oggetto della certificazione, le modalità di verifica di tali caratteristiche e le modalità di sorveglianza sul marchio stesso.

Office (EPO); od ancora avere tutela a livello internazionale tramite il Patent Cooperation Treaty (PCT).

Per l'industria della moda, poi, sono stati introdotti i c.d. European Community unregistered designs (UCD), il cui diritto sorge automaticamente, garantendo così una protezione a breve termine del prodotto, senza dover attendere i tempi della registrazione. Tuttavia, la tutela è ammissibile solo contro le imitazioni dei soggetti terzi.

Novità introdotta a seguito dell'avvento di internet è la tutela dei nomi di dominio, i quali sono soggetti oggi a registrazione in un apposito registro. La giurisdizione del dominio viene individuata dal dominio di secondo livello. È il IACANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) che stabilisce le regole relative alla registrazione, alla titolarità ed alle controversie relativi ai domini.

Le informazioni confidenziali, infine, pur non rientrando in senso stretto nella nozione di proprietà intellettuale, trovano comunque tutela quale diritto accessorio che viene utilizzato per informazioni sensibili a livello commerciale, ovvero per informazioni preziose o private che non trovano altra e differente tutela<sup>33</sup>.

Con riferimento specifico al marchio, nel Regno Unito si tutelano: 1) i trademarks, intesi come parole, nomi, simboli, loghi o loro combinazione, idonei ad identificare l'origine dei prodotti o dei servizi da quelli attribuibili ad altri soggetti; 2) i trade dress, che tutelano la grafica, il colore o la forma della confezione di un prodotto e che, dopo un certo periodo di uso, identificano il prodotto stesso; 3) i service marks, che servono ad identificare servizi, contraddistinguendoli da quelli altrui e indicandone l'origine; 4) i certification marks, che servono ad individuare i prodotti o servizi rispondenti a requisiti specifici (ad esempio, pura lana vergine); 5) i collective marks che identificano prodotti, servizi o membri di un'organizzazione collettiva. Accanto a tali categorie, emerge quella delle indicazioni geografiche o GIs, considerate una sottocategoria del marchio.<sup>34</sup>

Con riferimento specifico al procedimento di dematerializzazione del marchio, in Inghilterra ed, in generale nel mondo del common law, in base alla riconoscibilità o meno del marchio, si distinguono varie categorie: 1) ci sono i marchi di fantasia, ovvero i c.d.

fanciful mark, consistenti in parole od espressioni coniate od inventate. Esse ottengono la più ampia protezione in quanto sono immediatamente associate al prodotto cui si riferiscono, essendo parole non esistenti nel mondo fenomenico e non facendo riferimento ad alcun elemento presente nella realtà; 2) ci sono, poi, i marchi arbitrati e/o causali che, invece, si configurano in parole che hanno un significato nel linguaggio comune, ma che non hanno alcuna relazione con il prodotto che identificano (ad es. Apple per i computer); 3) altri sono i marchi suggestivi o allusivi che, pur richiamando alcuni peculiari aspetti dei prodotti che individuano, necessitano di uno sforzo di intuizione ed immaginazione da parte dell'utente per comprendere la natura del prodotto stesso; essi garantiscono un minor investimento pubblicitario necessario per creare un collegamento logico tra il nome ed il prodotto; 4) infine, si individuano i c.d. marchi descrittivi, che individuano immediatamente un elemento, una qualità, una caratteristica del bene o del servizio, ovvero danno informazioni circa la natura, la funzione, lo scopo o le modalità di utilizzo del prodotto che distinguono. In tale ultimo caso, data l'immaterialità dell'elemento che vanno a distinguere, per essere riconosciuti quali marchi necessitano di una prova di uso sufficiente ad affermarli presso una sfera non irrilevante di pubblico in quanto prodotti provenienti da una determinata azienda.

## 7. Il marchio inglese

Il marchio inglese si caratterizza per essere soggetto ad una duplice tutela: quella nazionale e quella comunitaria. Alla stessa stregua del marchio italiano, anche il marchio inglese per ottenere una tutela "rafforzata" necessita del procedimento di registrazione (c.d. Trade Mark), la cui autorità competente è l'Intellectual Property Office, con sede a Newport-South Wales. Anche in Inghilterra, ai fini della registrazione, il marchio deve avere i caratteri di: 1) novità; 2) verità; 3) liceità.

Gli effetti della registrazione del marchio nel Regno Unito sono evidenti e tangibili ai fini della tutela del diritto all'uso esclusivo dello stesso. La registrazione, in primo luogo, scoraggia la concorrenza per l'utilizzo del marchio senza permessi e/o licenze; conferisce al titolare di poter agire in giudizio per la tutela della propria posizione soggettiva relativamente al marchio (uso abusivo del marchio, uso illegittimo ecc ecc); consente agli enti coinvolti nel procedimento di registrazione (polizia o Trading Standard Officers) di attivarsi ed agire in giudizio contro i contraffattori nel caso di utilizzo irregolare del marchio; infine, garantisce al titolare dello stesso di avere possesso di una proprietà che può essere dagli stessi liberamente disposta (venduta, concessa in esclusiva, o ceduta a terzi)<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Si pensi, ad esempio, alla tutela dei segreti commerciali che, solo recentemente, ha trovato una sua tutela specifica nella direttiva Trade Secrets Directive.

<sup>34</sup> V. sul punto anche RIZZA G., *Speciale Proprietà intellettuale. Marchi, domini e copyright: U.S.A.*, in [www.consulentelegaleinformativo.it](http://www.consulentelegaleinformativo.it); ORLANDINI M.E., *La tutela del fashion design nei Paesi di Common Law*, in [www.iusinitinere.it](http://www.iusinitinere.it); GIALLANZA S., *Confini della tutela del marchio nel diritto statunitense e comunitario. Protezione delle forme e concorrenza*, in [www.studiotorta.com](http://www.studiotorta.com); MORRISON D., *Registrazione dei marchi negli Stati Uniti d'America*, in [www.staticI.squarespace.com](http://www.staticI.squarespace.com); AA.VV., *Guida pratica sul sistema di proprietà intellettuale negli Stati Uniti*, in [www.uibm.gov.it](http://www.uibm.gov.it).

<sup>35</sup> Differenze si riscontrano con riferimento alla tutela del mar-

## 8. L'incidenza della Brexit sulla tutela del marchio e le innovazioni in materia di dematerializzazione

Da quanto sopra esposto appare evidente che la tutela del marchio inglese rimarca i passi regolatori dell'ambito comunitario, pur nella peculiarità dell'ordinamento normativo di common law.

A tale armonioso sistema di tutela riconsociuto in favore del marchio inglese nell'ambito comunicato è succeduto, in virtù del fenomeno della Brexit, un momento di sbandio che ha portato alla necessità di interventi regolatori transitori i cui effetti sono di difficile immaginazione e di facile ed intuitiva problematicità.

Con il termine "Brexit" si fa riferimento al fenomeno giuridico dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea. È la sintesi della espressione "Britain exit", con la quale si indica quel processo che ha posto fine all'adesione dell'UK all'Unione Europea, ai sensi dell'art. 50 del TFUE<sup>36</sup>. La decisione del governo inglese, annunciata a marzo del 2017, di uscire dalla UE è stata determinata a seguito dei risultati del referendum tenutosi in data 23 giugno 2016, nel quale il 52% degli elettori britannici ha votato per abbandonare la UE, a fronte del 48% che aveva, invece, votato per rimanere nella UE. Sono stati, così, avviati i negoziati di recesso.

Preliminarmente, sul punto, si devono fare delle considerazioni di carattere generale e sociale. L'Inghilterra fa parte del Regno Unito, Stato insulare dell'Europa occidentale nato a seguito dell'Atto di Unione del 1800 che univa il Regno di Gran Bretagna ed il Regno d'Irlanda. A conclusione della Seconda Guerra Mondiale, l'Inghilterra ottenne il seggio permanente con

---

chio non registrato, la cui regolamentazione è complessa e richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria, al fine di dimostrare l'uso consolidato nel tempo del marchio stesso da parte del titolare.

<sup>36</sup> La norma dispone che "1. Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione. 2. Lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo. Alla luce degli orientamenti formulati dal Consiglio europeo, l'Unione negozia e conclude con tale Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. L'accordo è negoziato conformemente all'articolo 218, paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esso è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo. 3. I trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine. 4. Ai fini dei paragrafi 2 e 3, il membro del Consiglio europeo e del Consiglio che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio che lo riguardano. Per maggioranza qualificata s'intende quella definita conformemente all'articolo 238, paragrafo 3, lettera b) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 5. Se lo Stato che ha receduto dall'Unione chiede di aderirvi nuovamente, tale richiesta è oggetto della procedura di cui all'articolo 49".

diritto di veto nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. È membro fondatore dell'ONU, della NATO e membro del G7 e del G8, nonché membro dell'UE e dell'EURATOM a far data dal 1973 (come membro della CEE) e fino al 31.01.2020, pur non avendo aderito all'unione economica e monetaria dell'UE<sup>37</sup>. Il Regno Unito è stato uno dei 12 membri fondatori dell'UE al suo lancio nel 1992 con la firma del Trattato di Maastricht. L'idea di una unione di Paesi Europei nacque dalla volontà di uscire dalla violenza dei recenti eventi bellici, in nome della stabilità europea che interessasse l'intero continente europeo. Venne, così, adottata la c.d. Carta Atlantica, sottoposta al vaglio del Presidente degli USA Roosevelt e del primo ministro britannico Winston Churchill nel 1941, poi adottata nel 1949 alla fine della seconda guerra mondiale, con la stipula del Patto Atlantico. I 6 Paesi fondatori di quest'unione firmarono il Trattato di Parigi nel 1951, istituendo la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA). Con i Trattati di Roma del 1957 furono istituite la Comunità economica europea (CEE), la cui nomenclatura fu modificata nel 1967, diventando Comunità Europea (CE), e la Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM).

A partire dal 1963 il Regno Unito presentò domanda di adesione alla CE, ma le fu opposto sempre il veto della Francia, fino a quando nel 1972 riuscì ad ottenere l'ammissione all'unione dei Paesi europei. Sin dalla sua adesione, nel Regno Unito nacquero dei filoni di pensiero di tipo euroscettico, i quali ritenevano che l'adesione alla Comunità Europea non fosse adatta alla realtà politica, sociale ed economica del Regno Unito e spingevano per la sua uscita. Nell'ottobre del 1990, nonostante i vari contrasti interni, il Regno Unito, confermando la propria permanenza nella Comunità Europea, aderì agli Accordi europei di Cambio, con la sterlina ancorata al marco tedesco.

Tuttavia, proprio in considerazione delle opposizioni all'eurocentrismo, a seguito del referendum del 2016, il Regno Unito si è arreso alla volontà popolare di uscita dalla UE ed ha, così, comunicato al Consiglio d'Europa l'intenzione di uscire dall'UE, avviando i trattati per un accordo commerciale con l'UE. L'uscita dall'UE e dall'EURATOM è avvenuta in data 31.01.2020; i trattati per l'accordo commerciale si sono conclusi il 30.12.2020, con applicazione provvisoria a far data dal 01.01.2021<sup>38</sup>, data a partire dalla quale il Regno Unito ha cessato anche di essere membro del mercato europeo comune, non più soggetto al diritto UE.

---

<sup>37</sup> L'UK non ha mai adottato, infatti, la moneta unica, ovvero l'euro, sottoscrivendo nei Trattati di Maastricht una deroga che rendeva facoltativa l'adozione dell'euro in sostituzione della sterlina.

<sup>38</sup> L'Accordo di commercio e cooperazione tra UE e Regno Unito è entrato definitivamente in vigore in data 01.05.2021.

Da quella data, dunque, il Regno Unito è a tutti gli effetti un Paese terzo rispetto all'UE, anche se provvisto di un accordo che disciplina le relazioni tra le due entità, soprattutto in considerazione dei rapporti pregressi.

Nonostante il fervente movimento inglese della maggioranza di chi voleva uscire subito e drasticamente dall'UE avesse prevalso all'inizio del periodo storico del fenomeno politico e sociale individuato con il termine "Brexit", tuttavia, il parlamento britannico ha previsto, sin dall'inizio, una uscita rallentata dall'UE, anche a causa di disaccordi su alcuni punti dei negoziati<sup>39</sup>.

A seguito delle elezioni generali del 2019, con l'ascesa quale primo ministro del Sig. Boris Johnson, il Parlamento ha ratificato l'accordo di recesso dall'UE, sposando una linea di "abbandono" non troppo dura come quella immaginata dai sostenitori della hard Brexit. È iniziato un periodo di transizione, fino agli accordi raggiunti alla fine del 2020, durante il quale il Regno Unito è rimasto soggetto al diritto UE ed all'unione doganale ed al mercato unico dell'UE, senza però poter prendere parte agli organi od alle istituzioni politiche dell'UE, con una partecipazione "passiva" all'Unione che l'aveva vista tra gli Stati fondatori nel lontano 1973.

Con l'accordo sottoscritto il 24.12.2020, è stata poi introdotta una fonte di regolamentazione normativa dei rapporti tra Regno Unito ed UE che prevede limitazioni severe allo spostamento di persone, nonché in materia doganale ed in materia di mercato comune europeo. Nonostante tale accordo, la Brexit ha creato non pochi ostacoli al commercio ed agli scambi transfrontalieri a far data dal 01.01.2021 che, anche in virtù della pandemia da Covid-19, hanno avuto un impatto significativo anche in termini economici. Inoltre, pur nell'applicazione dell'Accordo di Recesso che concerne la protezione dei diritti dei cittadini UE che vivono nel Regno Unito e dei cittadini britannici che vivono nell'UE, la tutela degli impegni finanziari assunti dal Regno Unito come Stato Membro e la chiusura delle frontiere, gli esperti hanno fatto rilevare le problematiche che tale uscita ha comportato e che comporterà in termini di vivere quotidiano<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Sul fronte del recesso si contrapponevano, infatti, due linee di pensiero: quella dei sostenitori della soft Brexit, e quella dei sostenitori dell'hard Brexit. Con l'adesione alla linea della soft Brexit il Regno Unito avrebbe mantenuto una gestione strettamente allineata all'UE, potendo ottenere un accesso speciale al mercato unico europeo, minimizzando l'impatto sul commercio e sulle imprese, soprattutto con riferimento alla problematica dell'unione doganale. Con l'adesione alla linea della hard Brexit, invece, il Regno Unito sarebbe stato portato completamente fuori dall'aura dell'UE, ivi compreso il mercato unico europeo e l'unione doganale, con tutto quanto da tanto ne sarebbe derivato in termini commerciali ed economici, oltre che sociali.

<sup>40</sup> Se è pur vero che i cittadini UE possono continuare a vivere e lavorare nel Regno Unito e viceversa, questi debbono possedere –

Con specifico riferimento ai rapporti commerciali, grazie all'Accordo raggiunto tra UE e Regno Unito, gli scambi continuano ad essere liberi, seppur soggetti a quote o tariffe. Sono stati, infatti, attivati i controlli alle frontiere nel rispetto delle regole del mercato interno. Le aziende britanniche, inoltre, hanno perso il loro automatico diritto di offrire i loro servizi nell'UE, dovendo a tal fine inevitabilmente stabilirsi nell'UE per poterlo fare. Con l'avvicinarsi degli effetti della Brexit anche in ambito commerciale ed economico, era inevitabile che l'uscita del Regno Unito dall'UE avesse ripercussioni importanti anche in materia di regolamentazione della tutela della proprietà intellettuale in generale, e del marchio in particolare.

Nella regolamentazione dei rapporti normativi tra UE e Regno Unito è stato previsto un periodo di transizione, con termine in data 31.12.2020, durante il quale la normativa europea in materia di proprietà intellettuale ha trovato applicazione (seppur con le dovute prescrizioni e limitazioni) anche sul territorio del Regno Unito<sup>41</sup>.

Con riferimento ai brevetti, la Brexit non ha avuto alcun impatto in ambito normativo, avendo la disciplina generale fondamento a livello internazionale; lo stesso dicasi con riferimento al diritto d'autore, disciplinato da normative internazionali e non soggetto, sostanzialmente, ad alcun cambiamento<sup>42</sup>.

oggi – dei permessi concessi dalle autorità nazionali dei vari Stati per poter permanere sul territorio nazionale reciproco. Lo stesso dicasi con riferimento alle qualifiche che, a seguito della Brexit, non trovano riconoscimento automatico nei Paesi UE, come accadeva in precedenza. Con riferimento, poi, alla permanenza nei Paesi UE dei cittadini britannici, questi, ove volessero permanere nell'UE per più di 90 giorni, devono rispettare le stesse condizioni di entrata e di soggiorno dei Paesi Terzi, anche se possiedono una seconda casa in Europa. Lo stesso dicasi per i cittadini UE che vogliono andare nel Regno Unito, i quali dovranno munirsi di apposito visto rilasciato dal governo britannico.

<sup>41</sup> Per approfondimenti v. LENZI E., *Marchio europeo e Brexit: tra continuità e nuovi diritti*, in [www.studiolegalestefanelli.it](http://www.studiolegalestefanelli.it); AA.VV., *Brexit, marchi e disegni europei: cosa cambia dal 1 gennaio 2021?*, in [www.mrchiodimpresa.it](http://www.mrchiodimpresa.it); AA.VV., *Brexit: gli effetti sui marchi e design europei*, in [www.brevettinews.it](http://www.brevettinews.it); AA.VV., *Brexit-Conseguenze del ritiro del Regno Unito dall'Unione Europea su marchi europei e modelli comunitari*, in [www.jacobacci.com](http://www.jacobacci.com); AA.VV., *Brexit: quali conseguenze per marchi e design dell'UE?*, in [www.marbre.it](http://www.marbre.it); AA.VV., *Brexit e marchi europei: quali conseguenze?*, in [www.meplaw.net](http://www.meplaw.net); AA.VV., *Brexit, il marchio CE valido nel Regno Unito fino al 2023, in www.industriaeformazione.it*; ZANGA M., *Brexit, slitta al 2023 l'obbligo del marchio di conformità UKCA. Ad alcune condizioni*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it); AA.VV., *Brexit*, in [www.regip.it](http://www.regip.it); AA.VV., *Brexit e i diritti di proprietà industriale*, in [www.marchiedisgni.eu](http://www.marchiedisgni.eu).

<sup>42</sup> Diverso è, invece, il caso delle indicazioni geografiche e della tutela dei prodotti agroalimentari. Questi, infatti, sono tutelati nell'UE mediante il sistema delle Indicazioni Geografiche che prescrive disposizioni specifiche e dettagliate per la loro tutela, prevedendo la istituzione di vincolanti regimi normativi di qualità a tutela dei consumatori, nonché a tutela dei produttori quale strumento di valorizzazione delle specifiche caratteristiche del prodotto e protezione da pratiche sleali. Proprio perché la disciplina della tutela dei prodotti agroalimentari trova fondamento

Cosa succede, invece, ai marchi? Tutto dipende da quando sia stata accolta la domanda di registrazione, ovvero se prima o dopo il Brexit day<sup>43</sup>.

Ed infatti:

1) ai marchi e disegni o modelli europei già registrati prima del Brexit day si applica la tutela europea anche nel Regno Unito. Tanto avviene mediante la creazione automatica da parte dell'Ufficio Britannico per Marchi e Brevetti (c.d. UKIPO) di una corrispondente registrazione inglese che da vita ad un titolo nazionale equivalente a quello europeo (c.d. clone), con la stessa data di deposito e di registrazione, di priorità e la medesima classificazione del titolo europeo. Resta ferma la possibilità per il titolare del marchio di esprimere la volontà di non mantenere i diritti del proprio marchio anche nel Regno Unito, potendo rinunciare a tale clone di registrazione (c.d. opt-out). Ove sia stato creato il clone di registrazione anche nel Regno Unito, all'atto della scadenza della registrazione del marchio europeo, il titolare dovrà comunque provvedere alla richiesta di rinnovo anche della registrazione del clone, oltre a dover corrispondere le relative tasse per il rinnovo del marchio europeo ove volesse mantenere la vigenza del proprio marchio anche in ambito europeo<sup>44</sup>;

europeo, la stessa vede un mutamento nella sua applicazione nel territorio del Regno Unito a seguito della Brexit. Ed infatti, non è prevista un'automatica continuità di tutela delle indicazioni geografiche che, per ottenere tutela nel Regno Unito, dovranno essere sottoposte a nuova registrazione secondo il sistema nazionale britannico della tutela della catena agroalimentare. Stesso discorso deve seguirsi con riferimento alle privative comunitarie per novità vegetali. A livello UE è stata introdotta una normativa che garantisce la protezione delle nuove varietà vegetali mediante la presentazione di una domanda di privativa, che riconosce le peculiari caratteristiche del mondo agricolo ed i complessi meccanismi di produzione. Tuttavia, nonostante il fondamento UE della disciplina in tema di privative vegetali, è stata prevista negli Accordi di recesso l'automatica garanzia in continuità anche nel territorio del Regno Unito, purché le privative siano già concesse alla data del Brexit day, senza necessità di alcun ulteriore adempimento da parte del titolare. Nel caso di domande ancora pendenti, invece, i titolari dovranno presentare una domanda di tutela nazionale nel Regno Unito che, comunque, manterrà la medesima data della domanda presentata a livello UE.

<sup>43</sup> La continua applicazione dei regolamenti sui marchi dell'UE e sui disegni e modelli comunitari durante il periodo di transizione ha riguardato: le disposizioni di convalida e procedurali; le norme di riferimento dei procedimenti di rappresentazione dei marchi dinanzi all'EUIPO; i procedimenti dinanzi all'EUIPO relativi a motivi di rifiuto che riguardano il territorio del Regno Unito, diritti anteriori sorti nel Regno Unito, o parti e/o rappresentanti domiciliati nel Regno Unito.

<sup>44</sup> L'art. 54, comma 1, lett. a), dell'Accordo di recesso prevede, in proposito, che il titolare del marchio UE registrato prima della fine del periodo di transizione diventa automaticamente titolare di un marchio equivalente anche nel Regno Unito, registrato ed opponibile, ma pur tuttavia tutelato dalla normativa britannica. Il marchio UE diventa anche marchio UK, con la medesima data di deposito e di priorità del marchio UE. Esso non può essere dichiarato decaduto per il solo fatto che il marchio UE non è stato precedentemente utilizzato nel territorio del Regno Unito. E' soltanto il titolare del marchio UE che può disporre della sua

2) se il marchio non è ancora registrato alla data del Brexit day non è garantito l'automatico riconoscimento di titolo equivalente a quello nazionale ed europeo, una volta riconosciuto. Il titolare del marchio che ha presentato domanda per la registrazione del marchio europeo e nazionale, affinché possa vederne riconosciuta la tutela anche nel territorio del Regno Unito, dovrà infatti effettuare il deposito di una nuova domanda di registrazione presso l'UKIPO entro 9 mesi dal giorno designato per l'uscita del Regno Unito dall'UE. La domanda di registrazione verrà processata secondo le disposizioni normative del Regno Unito;

3) con riferimento, poi, al marchio notorio, se tale marchio ha acquistato notorietà nell'UE prima del periodo di transizione, il titolare può esercitare i medesimi diritti nel Regno Unito se dopo il 01.01.2021 la notorietà sia basata anche sull'uso del marchio fatto nel territorio del Regno Unito;

4) infine, ove il marchio UE sia dichiarato nullo, decaduto ed annullato, a seguito di procedimento ancora pendente all'atto del Brexit day, anche il corrispondente clone britannico sarà a sua volta dichiarato nullo, annullato e decaduto.

Resta inteso che a seguito della conclusione del periodo di transizione regolamentato dagli Accordi di recesso tra UE e Regno Unito, il Regolamento UE 2017/1001 sul marchio dell'Unione Europea, nonché tutta la normativa europea in materia di proprietà intellettuale non trova più applicazione nel territorio nazionale dell'UK, con tutte le conseguenze che da tale previsione ne derivino, con forti ripercussioni sul commercio e sullo scambio di merci in ambito (ora) extracomunitario.

Accanto all'accordo di transizione, che regola i rapporti già pendenti al momento del Brexit day, l'UE ed il Regno Unito hanno stipulato altresì l'Accordo di Cooperazione nel quale sono stati disciplinati i futuri rapporti anche in materia di marchi.

Al fine di garantire comunque una omogeneità di disciplina e regolamentazione, al fine di garantire una interazione ed interconnessione di discipline, necessaria per i marchi in quanto strettamente collegati alle politiche di commercio internazionale e ad ogni valutazione (qualità, salute, standard ecc ecc) connessa, secondo tale accordo ogni Stato deve mantenere un sistema di classificazione dei marchi coerente con l'Accordo di Nizza sulla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi del 15 giugno 1957, con le successive modifiche ed integrazioni intervenute. Vengono resi omogenei anche i diritti conferiti con il riconoscimento del marchio, ovvero il diritto di privativa inteso quale diritto del titolare di impedire che terzi che non hanno il consenso possano utilizzare nel commercio un segno identico al marchio registrato per prodotti o servizi identici

validità anche nel territorio del Regno Unito.

a quelli di cui al marchio registrato, nonché il diritto a pretendere che terzi non utilizzino un segno identico o simile per prodotti o servizi diversi che, comunque, contraddistinguono i prodotti e servizi del titolare, evitando così il rischio di confusione e di associazione tra il segno ed il marchio registrato<sup>45</sup>.

È imposta, poi, come comune denominatore tra il diritto UE ed il diritto UK in materia di marchi anche la disciplina in tema di nullità e decadenza del marchio. Il tutto, con l'evidente scopo di evitare una discrasia tra i due ordinamenti (quello europeo e quello britannico), per garantire un passaggio di disciplina in termini di "soft Brexit", in attuazione dei principi libertari in materia di commercio e di spostamenti. Accanto a tali regolamentazioni comuni è stata imposta, per le finalità di cui sopra, a ciascuno degli Stati partecipanti l'adozione di una banca dati elettronica delle domande e delle registrazioni dei marchi da tenere a disposizione degli Stati interessati.

Con l'attuazione della Brexit, il Regno Unito ha dovuto adottare una nuova forma di marchio di conformità (UKCA) da riconoscere a tutti i prodotti immessi sul mercato a seguito della Brexit. L'esigenza è nata proprio dalla considerazione che il Regno Unito è un Paese che si fonda sulla importazione della maggior parte dei prodotti dall'estero; nonché dalla vicinanza con l'Irlanda del Nord che è rimasta nell'UE. Ecco che è nato il marchio UKCA che è un nuovo marchio di certificazione del Regno Unito, sostitutivo della marcatura CE. Già istituito con il Regolamento UE 756/2008 per l'accreditamento e la sorveglianza sul mercato, tale marchio testimonia che il prodotto è conforme a tutti i requisiti legislativi applicabili nel Regno Unito e che è conforme alle procedure di valutazione di conformità prescritte. Il suo utilizzo è iniziato a far data dal 01.01.2022, data nella quale la marcatura CE sui prodotti importati nel Regno Unito non ha più alcun valore<sup>46</sup>.

## 9. L'epilogo dell'evoluzione dei tempi e delle norme: uno sconquasso normativo

Attraverso il percorso giuridico evolutivo sopra richiamato si è addivenuti a comprendere che – a prescindere da qualsivoglia evoluzione sociale ed economica, nonché commerciale, pur incidente in materia – la proprietà intellettuale con il passare del tempo è diventata sempre più importante nel vivere quotidiano ed oggi costituisce l'oggetto prevalente dei rapporti interpersonali, giuridici e commerciali. Il tutto, ovviamente, giustificato dall'evoluzione dei tempi, ed

in particolare dall'evoluzione tecnologica che impone una evoluzione anche delle tutele giuridiche, sempre più applicabile a beni "immateriali". Non esiste più l'oggetto della tutela concepito nel senso di oggetto materiale; l'oggetto di tutela è meglio inquadrabile in una dimensione altra, a volte astratta, a volte semplicemente relativa ad un altro "mondo" (quale quello dell'informatica e della telematica), realtà nuove che impongono una innovazione anche del mercato e degli operatori del mercato, oltre che del diritto che ne regola i rapporti.

Ecco che sempre maggiore importanza acquisisce la tutela della proprietà intellettuale, e sempre maggior sforzo il legislatore deve fare per adattare gli istituti giuridici esistenti alle nuove realtà fattuali e fenomeniche. Ecco, dunque, che sempre maggiore importanza ha acquistato nel corso del tempo il marchio, quale segno distintivo di un'opera d'ingegno dell'uomo, di un prodotto frutto di un procedimento costruttivo, che porta alla creazione di una "res", materiale od immateriale che sia, che di per sé sola va tutelata dalla ingegneria dei terzi.

La disciplina europea ed internazionale del marchio è finalizzata proprio a raggiungere questo obiettivo: tutelare il titolare del marchio dall'ingerenza altrui e garantire allo stesso la migliore efficienza sul mercato evitando qualunque tipo di situazione confusionaria o similare relativamente ai beni di sua produzione. Lo stesso dicasi con riferimento alla disciplina italiana che, accanto a quella europea ed a quella internazionale, tendono ad un unico disegno regolamentare in materia di proprietà intellettuale.

L'Inghilterra ha vissuto, negli ultimi anni, quale espressione del proprio pensiero sociale e politico, la necessità di recesso dall'Unione Europea, con tutte le conseguenze che da tale scissione ne sarebbero derivate. Come in molti settori, anche in materia di marchi si è reso necessario un riempimento del vuoto normativo lasciato dalla Brexit nel periodo di passaggio dall'appartenenza all'UE all'essere uno Stato terzo rispetto all'UE, al fine di tutelare quei diritti di proprietà intellettuale, destinati a vivere sotto l'egida di un ibrido normativo. A tanto ci hanno pensato gli Accordi di transizione che, di fatto, hanno fatto salve le previsioni di tutela dei marchi europei ed internazionali, pur garantendo autonomia ed una identità al diritto britannico in materia di marchi, sempre maggiore a fronte dell'allontanarsi della data di transizione.

Ferma restando la fase emergenziale da Covid-19, che ha ulteriormente aggravato le condizioni di difficoltà del periodo di transizione della Brexit, oggi si assiste ad un tiepido tentativo da parte dell'ordinamento inglese di regolamentare in modo del tutto innovativo – pur nella necessaria (ed imposta) compatibilità con le norme UE anche in considerazione della vicinanza e della forzata convivenza con l'Irlanda del Nord – la proprietà intellettuale in generale, ed il marchio in

<sup>45</sup> Omogeneità nella regolamentazione si rinviene anche nel procedimento di registrazione e nel riconoscimento di strumenti di tutela in favore del titolare del marchio stesso.

<sup>46</sup> A causa della pandemia da Covid-19, il governo britannico ha previsto una proroga circa l'applicazione di tale nuovo marchio al 01.01.2023, eccezione fatta per i dispositivi medici, per i quali la proroga è fissata fino al 01.07.2023.

particolare. Emblema di tale sforzo è la creazione del marchio UKCA, finalizzato a sostituire (e soppiantare) il marchio CE, per la valutazione di conformità del prodotto a degli standard normativi britannici pre-costituiti e che, tuttavia, stenta a partire. Espressione, questa, di tutta la difficoltà che deve affrontare l'Inghilterra in termini di autonoma rinascita.

a cura di  
Mario de Bellis  
Avvocato

## Rassegna di legittimità

**Difensori – onorari professionali a carico del cliente – liquidazione – adeguamento al valore effettivo e sostanziale della controversia – necessità – poteri del giudice – individuazione – obbligo motivazionale – contenuto.**

*Nei rapporti tra avvocato e cliente sussiste sempre la possibilità di concreto adeguamento degli onorari al valore effettivo e sostanziale della controversia, ove sia ravvisabile una manifesta sproporzione rispetto a quello derivante dall'applicazione delle norme del codice di rito; pertanto, il giudice deve verificare, di volta in volta, l'attività difensiva che il legale ha svolto, tenuto conto delle peculiarità del caso specifico, in modo da stabilire se l'importo oggetto della domanda possa costituire un parametro di riferimento idoneo ovvero se lo stesso si riveli del tutto inadeguato all'effettivo valore della controversia, perché, in tale ultima eventualità, il compenso preteso alla stregua della relativa tariffa non può essere ritenuto corrispettivo della prestazione espletata; ciò accade proprio nell'ipotesi in cui il legale abbia esagerato in modo assolutamente ingiustificato la misura della pretesa azionata, in evidente sproporzione rispetto a quanto poi attribuito alla parte assistita, perché in tali casi – a prescindere dai profili di responsabilità ascrivibili al professionista – il compenso preteso alla stregua della relativa tariffa non può essere considerato corrispettivo della prestazione espletata, stante la sua obiettiva inadeguatezza rispetto alla attività svolta. In tali ipotesi, tuttavia, è necessario che di tale operazione di adeguamento del compenso all'effettiva attività esercitata – come di ogni operazione ermeneutica – il giudice renda nel suo provvedimento adeguata motivazione, riportando la ricostruzione dell'effettivo valore della causa, delle specifiche attività professionali svolte e le ragioni della scelta del diverso scaglione applicabile invece di quello indicato dal difensore istante. La Suprema Corte, accogliendo il ricorso, ha cassato con rinvio l'ordinanza impugnata che aveva rideterminato notevolmente al ribasso l'entità dell'importo richiesto dai due avvocati ricorrenti per le prestazioni giudiziali rese a favore del proprio cliente: nella circostanza, infatti, il giudice del merito, dopo aver ritenuto "...al di fuori di ogni logica..." – cioè avulsa da ogni realistico calcolo – la quantificazione del credito operata dai ricorrenti, aveva poi ritenuto applicabili al giudizio, per cui erano stati pretesi i compensi, i parametri del terzo scaglione, limitando tuttavia la motivazione alla "...effettiva consistenza delle questioni..." e senza esporre le ragioni di siffatta scelta.*

Cass., sez. II, ordinanza 01/08/2023, n. 23457 - Pres. Carrato, Est. Papa

**Diritto di abitazione e uso ex art. 540, comma 2, c.c. - coniuge separato senza addebito - spettanza - sussistenza - eccezioni - abbandono della casa o perdita di collegamento con l'originaria destinazione familiare.**

*I diritti di abitazione e uso, accordati al coniuge superstite dall'art. 540, comma 2, c.c. spettano anche al coniuge separato senza addebito, eccettuato il caso in cui, dopo la separazione, la casa sia stata lasciata da entrambi i coniugi o abbia comunque perduto ogni collegamento, anche solo parziale o potenziale, con l'originaria destinazione familiare. Con tale principio si è inteso superare il precedente orientamento secondo cui il riconoscimento degli indicati diritti è subordinato all'effettiva esistenza, al momento dell'apertura della successione, di una casa adibita ad abitazione familiare; evenienza che non ricorre allorché, a seguito della separazione personale, sia cessato lo stato di convivenza tra i coniugi.*

Cass., sez. II, 26/07/2023, 22566 - Pres. Giusti, Est. Tedesco

**Impugnazioni – giudizio di appello – effetto devolutivo – portata – riesame dell'intera problematica compresi i profili impliciti nelle deduzioni espresse – ammissibilità – presupposto – fattispecie relativa a domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto preliminare di compravendita immobiliare.**

*Il principio “tantum devolutum quantum appellatum” preclude al giudice di appello l’indagine sui punti della sentenza di primo grado non direttamente investiti dal gravame, ma solo in quanto essi non siano compresi nel “thema decidendum” neanche per implicito, perché non necessariamente connessi con i temi censurati. Ne consegue che, quando dal complesso delle deduzioni e delle richieste formulate nell’atto di appello risulti in maniera chiara la volontà dell’appellante di sottoporre al giudice dell’impugnazione tutte le questioni dibattute dalle parti in primo grado circa la natura di un rapporto ed i diritti e gli obblighi che ne derivano, il giudice di secondo grado deve riesaminare l’intera problematica, compresi i profili impliciti nelle deduzioni formulate espressamente. Nel caso di specie, la Suprema Corte, nel cassare con rinvio la decisione gravata, ha ritenuto che l’impugnazione di parte ricorrente concernente il rigetto della domanda proposta ex articolo 2932 cod. civ. implicava necessariamente la censura della declaratoria di nullità del contratto per falsità della sottoscrizione, in forza della quale il giudice di prime cure aveva negato l’esecuzione specifica, tanto più che il dispositivo della sentenza di primo grado non riportava un capo autonomo sulla reiezione della domanda originaria.*

Cass., sez. II, 28/07/2023, n. 23100 - Pres. Di Virgilio, Est. Mocci

**Insinuazione al passivo di credito per prestazione d’opera professionale - eccezione di prescrizione presuntiva formulata dal curatore - deferimento a quest’ultimo del giuramento decisorio sull’avvenuto pagamento - dichiarazione del curatore di non sapere al riguardo - conseguenze.**

*In tema di accertamento del passivo fallimentare, qualora, in sede di controversia insorta per il rigetto della ammissione di un credito, maturato in forza di un rapporto riconducibile alla previsione dell’art. 2956, primo comma, n. 2, c.c., sia eccepita dal curatore la prescrizione presuntiva del credito e il creditore deferisca giuramento decisorio, la dichiarazione del curatore di non sapere se il pagamento sia avvenuto o meno produce gli effetti del mancato giuramento.*

Cass., sez. un., 29/08/2023, n. 25442 - Pres. Amendola, Est. Federici

**Minori - diniego di assenso al rilascio di passaporto a genitore avente prole minore - decreto di autorizzazione del giudice tutelare - reclamo - decreto del tribunale - ricorso per cassazione ex art. 111 cost. - ammissibilità - fondamento.**

*Le Sezioni Unite Civili – decidendo una questione di massima di particolare importanza – hanno affermato che:*

- *sia il giudice tutelare, sia il tribunale (in sede di successivo reclamo), possono autorizzare o negare il rilascio del passaporto al genitore di prole minore valutando e decidendo se la limitazione del diritto alla libertà di circolazione del genitore suddetto sia necessaria in ragione della preminente salvaguardia dei diritti dei minori e, dunque, allo scopo di evitare che il genitore, espatriando, si sottragga ai propri doveri verso i figli;*
- *la statuizione relativa a tale autorizzazione implica una decisione su diritti contrapposti;*
- *la qualificazione del decreto che decide sul reclamo relativamente al rilascio del passaporto nei confronti di genitore di prole minore non è (e non può essere) quella di un semplice provvedimento di volontaria giurisdizione, perché non riguarda la semplice cura degli interessi in gioco, ma la definizione di un conflitto intersoggettivo nel profilo che inerisce alla tutela del diritto del minore a ricevere dai genitori l’adempimento degli obblighi di mantenimento, istruzione, educazione e assistenza anche morale (art. 147 c.c.) in contrapposizione col diritto del genitore di munirsi del titolo che gli consenta di esercitare la libertà garantita (salvi gli obblighi di legge) dall’art. 16 Cost.;*
- *ne deriva che il procedimento oppositorio del reclamo ha natura sostanzialmente contenziosa, anche se è disciplinato secondo il più duttile e sollecito modello del rito camerale: conseguentemente, il decreto finale ha valenza decisoria (insita nella natura del procedimento) e un ambito evidente di definitività (perché, in caso di rilascio dell’autorizzazione seguita dall’espatrio, il provvedimento – adottato o confermato in sede di reclamo – ha raggiunto anche il suo fine pratico ed è definitivo, non essendo altrimenti impugnabile, né destinato a essere assorbito in un provvedimento distinto a sua volta impugnabile, sostanzialmente formando un giudicato allo stato degli atti);*
- *la decisorietà e la definitività del decreto (nei significati sopra indicati) legittimano l’assoggettamento del decreto al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost.*

Cass., sez. un., 24/07/2023, 22048 - Pres. Raimondi, Est. Terrusi

**Minori - provvedimenti “de potestate” - sospensione dell’esercizio della responsabilità genitoriale - ordinanza del tribunale ordinario nell’ambito di giudizio di cessazione effetti civili del matrimonio - disciplina antecedente al D.Lgs. n. 149 del 2022 - ricorso straordinario per cassazione - inammissibilità - fondamento.**

*Le Sezioni Unite Civili – decidendo una questione di massima di particolare importanza – hanno affermato che i provvedimenti cd. de potestate adottati dal tribunale ordinario, quando competente ai sensi dell’art. 38 disp. att. c.c., nel corso dei giudizi aventi ad oggetto la separazione e lo scioglimento (o cessazione degli effetti civili) del matrimonio, nel sistema normativo antecedente alla riforma di cui al d.lgs. n. 149 del 2022 (cfr. art. 473-bis.24,*

commi 2 e 5, c.p.c.), non sono impugnabili con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7, della Costituzione, trattandosi di provvedimenti temporanei incidenti su diritti soggettivi (in tal senso decisori) ma non definitivi, in quanto privi di attitudine al giudicato seppur rebus sic stantibus, essendo destinati ad essere assorbiti nella sentenza conclusiva del grado di giudizio e, comunque, revocabili e modificabili in ogni tempo per una nuova e diversa valutazione delle circostanze di fatto preesistenti o per il sopravvenire di nuove circostanze.

Cass., sez. un., 25/07/2023, 22423 - Pres. Raimondi, Est. Lamorgese

**Notariato - responsabilità professionale stipulazione di mutuo ipotecario - identificazione del mutuuario fondata anche sulla corrispondenza dei dati identificativi della persona con quelli riportati nella documentazione dell'istruttoria effettuata dalla banca - concorso colposo della banca nella causazione del danno - sussistenza - ragioni.**

*In tema di responsabilità professionale, ove il notaio, nella stipulazione di un contratto di mutuo ipotecario, abbia proceduto all'identificazione della persona del mutuuario, poi risultata inesistente, fondandosi anche sulla corrispondenza tra i dati risultanti dal documento di identità esibito dalla parte con quelli riportati nella documentazione dell'istruttoria effettuata dalla banca, è configurabile il concorso colposo dell'istituto di credito in ordine alla causazione del danno, per avere fornito al professionista un ulteriore elemento di convincimento circa l'effettiva identità del mutuuario, trasmettendogli la delibera di concessione del mutuo indicante come destinatario la persona inesistente.*

Cass., sez. III, ordinanza 13/09/2023, n. 26463 - Pres. De Stefano, Est. Fanticini

**Patti parasociali - "russian roulette clause" - validità - sussistenza - applicabilità del principio di equa valorizzazione delle azioni - esclusione.**

*La Sezione Prima civile, affrontando per la prima volta il tema della validità ed efficacia della c.d. "Russian roulette clause" (ossia della pattuizione che, al verificarsi di una situazione di stallo societario - "deadlock" - attribuisce a ciascuno dei soci la facoltà di rivolgere all'altro un'offerta di acquisto della sua partecipazione ad un dato prezzo, con la corrispondente facoltà dell'oblato di accettare e, quindi, vendere la propria partecipazione o, al contrario, acquistare per il medesimo prezzo la partecipazione del proponente), ha affermato che detta clausola, nella specie inserita nei patti parasociali di una società di scopo coinvolgente due soci con identica partecipazione, è valida ed espressione dell'interesse degli stessi di evitare situazioni di stallo e di possibile liquidazione della società che proprio il paritetico esercizio del diritto di voto potrebbe determinare.*

*La stessa decisione ha inoltre affermato che l'inserimento nei patti parasociali della clausola "Russian roulette", quindi volontariamente accettata dai soci contraenti, esclude la necessità di applicare il principio di equa valorizzazione della partecipazione sociale, dettato nella società per azioni dagli artt. 2437-ter (in caso di recesso del socio) e 2437-sexies c.c. (in caso di riscatto di azioni), tenuto altresì conto che il destinatario dell'offerta non è in una situazione di soggezione pura a fronte dell'altrui diritto potestativo, ma fruisce a propria volta di un diritto di scelta.*

Cass., sez. I, 25/07/2023, 22375 - Pres. De Chiara, Est. Fraulini

**Procedimento civile - difensori - rappresentanza tecnica in giudizio - procura alle liti - difetto di rappresentanza o di autorizzazione - art. 182, comma 2, c.p.c. - portata applicativa - inesistenza o mancanza in atti della procura alla lite - sanatoria - ammissibilità - esclusione - fattispecie relativa ad azione di risarcimento danni promossa contro il curatore fallimentare.**

*L'articolo 182, comma 2, cod. proc. civ., nel testo applicabile alla controversia "ratione temporis" ed anteriore alla riformulazione operata dall'articolo 3, comma 13, lett. a) del Dlgs n. 149/2022, c.d. "Riforma Cartabia", non consente di "sanare" l'inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite. La Suprema Corte, accogliendo il ricorso, in applicazione del richiamato principio, ha cassato senza rinvio la sentenza impugnata ex articolo 382, ultimo comma, cod. proc. civ., atteso che la causa non poteva essere proposta dal Fallimento attore, odierno intimato, privo di difensore munito di procura "ad litem": nella vicenda, infatti, la corte territoriale, preso atto della acquisita circostanza che il giudizio di primo grado era stato avviato e coltivato dal curatore del Fallimento senza conferimento di procura ad un difensore, erroneamente aveva accolto l'istanza della parte appellata - la quale aveva chiesto di essere autorizzata a sanare tale vizio in grado di appello per il primo grado di giudizio - ed aveva fatto, quindi, applicazione retroattiva del disposto dell'articolo 182 cod. proc. civ. ammettendo la parte che aveva dato corso alla nullità in primo grado a sanarla in appello; invero, specifica il giudice di legittimità, l'attività processuale svolta dal Fallimento attore in primo grado doveva considerarsi nulla per carenza di procura del suo difensore, ripercuotendosi tale nullità sulla stessa sentenza di primo grado.*

Cass., sez. I, ordinanza 31/07/2023, n. 23257 - Pres. Cristiano, Est. Campese

Processo esecutivo – espropriazione forzata – distribuzione della somma ricavata – domanda di sostituzione esecutiva – proposizione – limite temporale – sussistenza – individuazione.

*In tema di espropriazione forzata immobiliare, la domanda di sostituzione esecutiva, ai sensi dell'articolo 511 cod. proc. civ., deve essere proposta prima dell'inizio dell'udienza ex articolo 596 cod. proc. civ. ovvero, per i processi iniziati dopo il 28 febbraio 2023, prima dell'inizio dell'audizione delle parti innanzi il professionista delegato per la discussione sul progetto di distribuzione.*

Cass., sez. III, ordinanza 01/08/2023, n. 23482 - Pres. De Stefano, Est. Rossi

Prova civile – prova testimoniale – incapacità a testimoniare – condizioni – interesse a partecipare al giudizio alla stregua dell'art. 100 c.p.c. – necessità – interesse di mero fatto – rilevanza – ai soli fini dell'attendibilità – sussistenza – conseguenze – testimonianza avente ad oggetto fatti tali da esporre il dichiarante a responsabilità penale – incapacità a deporre – configurabilità – esclusione.

*L'incapacità a deporre prevista dall'articolo 246 cod. proc. civ. si verifica solo quando il teste è titolare di un interesse personale, attuale e concreto, che lo coinvolga nel rapporto controverso, alla stregua dell'interesse ad agire di cui all'articolo 100 cod. proc. civ., sì da legittimarlo a partecipare al giudizio in cui è richiesta la sua testimonianza, con riferimento alla materia che ivi è in discussione, non avendo, invece, rilevanza l'interesse di fatto ad un determinato esito del giudizio stesso – salva la considerazione che di ciò il giudice è tenuto a fare nella valutazione dell'attendibilità del teste –, né un interesse, riferito ad azioni ipotetiche, diverse da quelle oggetto della causa in atto, proponibili dal teste medesimo o contro di lui, a meno che il loro collegamento con la materia del contendere non determini già concretamente un titolo di legittimazione alla partecipazione al giudizio; in particolare, ove la testimonianza abbia ad oggetto fatti che espongano il dichiarante a responsabilità penale non si pone una questione di incapacità a deporre né di esonero dall'obbligo di deporre, ma solo, in ipotesi, di attendibilità del teste.*

Cass., sez. I, ordinanza 02/08/2023, n. 23572 - Pres. Genovese, Est. Catalozzi

a cura di  
Antonio De Simone  
Avvocato

Walter Giacomo Caturano  
Avvocato

## Rassegna di merito

### AMMORTAMENTO ALLA FRANCESE: l'applicazione dell'interesse composto non provoca alcun fenomeno anatocistico

*In tema di ammortamento alla francese, l'applicazione dell'interesse composto non provoca alcun fenomeno anatocistico nel conteggio degli interessi contenuti in ogni singola rata. Infatti, al termine di ciascun periodo, la quota interessi è calcolata tramite il prodotto fra tasso di interesse e debito residuo alla medesima data. Gli interessi sono cioè quantificati tenendo conto del solo debito residuo in linea capitale e non anche di interessi pregressi. Ne consegue che l'ammortamento francese, considerato che la quota interessi è calcolata solamente sul debito residuo in linea capitale in essere al momento del conteggio, non è affetto da anatocismo.*

*Inoltre, allorché il contratto contenga la descrizione di tutti gli elementi necessari per la ricostruzione del piano di ammortamento (somma mutuata, durata dell'ammortamento, numero delle rate e periodicità delle stesse, tasso di interesse) l'allegazione del piano – ai fini del rispetto dell'art. 1346 c.c., che prevede che l'oggetto del contratto sia quanto meno «determinabile» – diviene ininfluenza, atteso che in tal caso il contratto non può ritenersi carente dal punto di vista strutturale (per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto).*

*Per quanto attiene, invece, al profilo relativo agli obblighi di trasparenza gravanti sulla banca, va evidenziato che nel caso in cui il contratto indichi tutti gli elementi sopra evidenziati (somma mutuata, durata dell'ammortamento, numero delle rate e periodicità delle stesse, tasso di interesse), nessun vulnus della disciplina in tema di trasparenza può essere ravvisato, atteso che al mutuatario viene garantita una rappresentazione sufficientemente chiara delle condizioni economiche del finanziamento.*

*In caso di mutuo a tasso variabile, poi, il piano di ammortamento ha una valenza informativa meramente orientativa, essendo redatto sulla base di un dato per definizione suscettibile di modificazioni; ciò che conta in tal caso, ai fini del rispetto dell'art. 1346 c.c. e degli obblighi di trasparenza è che sia determinabile in base a criteri oggettivi e precisi il meccanismo di indicizzazione, attraverso l'individuazione univoca del tasso indice, della frequenza dell'indicizzazione (es. mensile, trimestrale), della data della rilevazione del valore, della fonte da cui attingere l'informazione e del procedimento di calcolo dell'indicizzazione (es. criteri di arrotondamento).*

Trib. Padova, 21.07.2023, n. 1576, Giudice Alberto Stocco

### CESSIONE IN BLOCCO EX ART. 58 D.LGS. 385/1993: il successore ha l'onere di fornire la prova documentale della propria legittimazione sostanziale

*In tema di successione a titolo particolare del creditore originario, in virtù di un'operazione di cessione in blocco cui sia applicabile la speciale disciplina di cui all'art. 58, D.Lgs. 385/1993, il successore ha l'onere di dimostrare, oltre la specifica indicazione dell'atto che ha determinato il trasferimento della posizione contrattuale ai sensi dell'art. 111 c.p.c., anche l'inclusione del credito medesimo in detta operazione, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, salvo che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta (cfr. Cass. Civ. 24798/2020).*

*Sulla scorta di tale ultima considerazione, più di recente è stato affermato che, “affinché l'estratto dell'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale possa valere quale prova della cessione di uno specifico credito incluso nell'operazione di cartolarizzazione, pur non occorrendo che esso rechi l'enumerazione analitica di tutti i crediti oggetto della cessione, è in ogni caso necessario che indichi gli estremi del contratto ed i criteri utili ad acclarare che il credito azionato è in effetti ricompreso fra quelli ceduti” (cfr. Trib. Taranto 1748/2022).*

*E, tuttavia, tale indirizzo, in caso di cessione in blocco dei crediti da parte di una banca, soggetta all'applicazione dell'art. 58 del D.Lgs. 385/1993, può trovare un temperamento quando la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale rechi l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra, in tale circoscritta ipotesi, una specifica*

enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione (cfr. Cass. Civ., 31188/2017).

Se, infatti, “la prova primaria, da cui si possa ricavare che lo specifico credito per il quale essa agisce è stato effettivamente ed inequivocabilmente cartolarizzato, è costituita dal contratto di cessione” (Corte d’Appello Ancona, 3 maggio 2022), “ad essa può sopperirsi se si dimostri che il singolo credito ceduto integra tutti i requisiti e rientra in tutti i criteri indicati nell’estratto di cessione, pubblicato in G.U.” (Trib. Frosinone, 08 marzo 2022).

Trib. Frosinone, 30.06.2023, n. 722, Giudice Federica Cellitti

### CLAUSOLE ABUSIVE (Cass. 9479/2023): il controllo d’ufficio non è esercitabile se il decreto ingiuntivo è stato opposto

In materia di procedura esecutiva, la Corte di cassazione, nella sentenza 9479/2023, ha predicato che, ai fini del rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti al consumatore dalla direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive dei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, e dalle sentenze della CGUE del 17 maggio 2022, nel caso in cui il decreto ingiuntivo non opposto, su cui sia fondata l’esecuzione o l’intervento del creditore, non sia motivato in ordine al carattere non abusivo delle clausole del contratto fonte del credito oggetto d’ingiunzione, il giudice dell’esecuzione ha il dovere di controllare d’ufficio l’eventuale carattere abusivo delle clausole che incidono sulla sussistenza o sull’entità del credito azionato, nel contraddittorio e previa instaurazione di una sommaria istruttoria, a prescindere dalla proposizione di un’opposizione esecutiva (potendo, ove non adito prima dalle parti, dare atto, nel provvedimento di fissazione dell’udienza, della mancanza di motivazione del decreto ingiuntivo e invitare il creditore, procedente o intervenuto, a produrre il contratto).

I principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione non sono applicabili nella fattispecie in cui il decreto ingiuntivo sia stato opposto, e la relativa opposizione sia stata rigettata in tutto o in parte con sentenza, laddove il sindacato sulla legittimità e sull’efficacia del contratto dal quale scaturisce il credito sia stato effettuato in giudizio di opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c.

Trib. Roma, 27.06.2023, n. 10146, Pres. Pedrelli – Rel. Martucci

### CONTO CORRENTE: la mancata contestazione dell’estratto conto non costituisce piena prova del credito della banca

In tema di conto corrente bancario, la mancata contestazione da parte del correntista degli estratti conto ricevuti e di tutta la documentazione informativa inerente al rapporto non costituisce piena prova del credito della banca relativamente alle rappresentate movimentazioni debitorie e creditorie laddove il correntista non li assoggetti ad alcuna specifica e circostanziata contestazione.

Costituisce infatti principio di diritto ormai consolidato quello per cui nel contratto di conto corrente l’approvazione anche tacita dell’estratto conto, ai sensi dell’art. 1832, primo comma, c.c., preclude qualsiasi contestazione in ordine alla conformità delle singole annotazioni ai rapporti obbligatori dai quali derivano gli accrediti e gli addebiti iscritti nell’estratto conto, ma non impedisce di sollevare contestazioni in ordine alla validità ed all’efficacia dei rapporti obbligatori dai quali derivano i suddetti addebiti ed accrediti, e cioè quelle fondate su ragioni sostanziali attinenti alla legittimità, in relazione al titolo giuridico, dell’inclusione o dell’eliminazione di partite del conto corrente.

Infatti, secondo l’art. 1832 c.c., la mancata contestazione dell’estratto conto e la connessa implicita approvazione delle operazioni in esso annotate, riguardano gli accrediti e gli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, nonché la verità contabile, storica e di fatto delle operazioni annotate (con conseguente decadenza delle parti dalla facoltà di proporre eccezioni relative ad esse), non impedendo dunque la formulazione di censure concernenti la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori sottostanti.

Trib. Milano, 07.07.2023, n. 5688, Giudice Anna Giorgia Carbone

### ESTINZIONI ANTICIPATE: ANCORA UN “NO” A LEXITOR

Con la sentenza Unicredit Bank Austria del 9 febbraio 2023 nella causa C-555/21, la Corte di Giustizia ha affermato che, in caso di estinzione anticipata di un finanziamento, il consumatore ha diritto alla riduzione soltanto dei costi recurring e non anche degli up-front, così ponendosi sulla stessa linea di quanto sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di merito italiana in epoca antecedente alla sentenza Lexitor.

Sebbene la sentenza n. 555 abbia avuto ad oggetto l’interpretazione della direttiva 2014/17/UE e non già della direttiva 2008/48/CE (interpretata dalla sentenza Lexitor), la Corte ha affermato che “l’articolo 25, paragrafo 1, della direttiva 2014/17 è formulato in termini quasi identici a quelli dell’articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48”, di fatto escludendo ogni possibilità di invocare un trattamento differenziato a seconda dell’applicabilità dell’una o dell’altra direttiva.

Va, poi, osservato che nella sentenza n. 555 la Corte ha valorizzato il ruolo del modulo PIES ai fini della trasparenza nella ripartizione degli oneri, funzione che nell’ambito del credito al consumo è svolta in termini sovrapponibili

dal "SECCI", rispondendo alle esigenze di tutela del consumatore.

*In conclusione, si ritiene opportuno applicare anche al credito al consumo l'orientamento inaugurato dalla Corte di Giustizia in relazione al credito per l'edilizia residenziale, essendo i due ambiti chiaramente simili al pari delle normative che li regolamentano.*

Trib. Castrovillari, 07.07.2023, n. 994, Giudice Gaetano Laviola

## FIDEIUSSIONI – ABI: l'accertamento contenuto nel provvedimento Bankit n. 55/2005 vale solo per le garanzie omnibus

*In tema di fideiussioni, l'accertamento compiuto dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 non comporta l'illiceità di qualsiasi deroga all'art. 1957 c.c. contenuta in qualsiasi tipo di contratto di fideiussione, non avendo l'autorità garante alcun potere di sindacato sulla validità di deroghe convenzionali alla disciplina legale di alcuni tipi di contratti, ma può essere posto a fondamento della presunzione semplice che l'adozione di condizioni generali di contratto pedissequamente riproduttive dello schema di contratto di fideiussione omnibus predisposto dall'ABI nel 2002 sia l'effetto auspicato dell'intesa anticoncorrenziale accertata e, come tale, illecito e quindi da sanzionare con la dichiarazione di nullità (derivata) delle clausole contrattuali riproduttive dello schema ABI.*

*La presunzione di intesa anticoncorrenziale, sanzionata da Banca d'Italia con il provvedimento 55/2015, non sorgerà, quindi, qualora tali clausole contrattuali siano convenute in fideiussioni specifiche.*

Trib. Milano, 19.06.2023, n. 5075, Pres. Illarietti – Rel. Tombesi

## FIDO DI FATTO: è ammessa la prova indiretta dell'affidamento attraverso indici sintomatici gravi, precisi e concordanti

*In tema di fido cd di fatto, la nullità dell'apertura di credito che discenderebbe dal difetto di forma scritta richiesta ad substantiam, come in generale le nullità previste dal T.U.B. (art. 127, comma 2, T.U.B.) è una nullità di protezione, che può essere fatta valere soltanto dal cliente (o dal giudice, se vantaggiosa per il cliente); ragion per cui è facoltà di quest'ultimo rinunciare a far valere la predetta nullità e chiedere l'esecuzione del contratto bancario privo della forma scritta.*

*Se così è, se cioè al cliente è accordata la possibilità di chiedere l'esecuzione del contratto privo della forma scritta ad substantiam, conseguentemente non può essergli preclusa ex art. 2725 c.c. la possibilità di provare l'esistenza del contratto; prova che può essere fornita anche presuntivamente, evidenziando indici sintomatici gravi, precisi e concordanti idonei a dimostrare in modo univoco l'esistenza dell'affidamento allorquando il rapporto non sia consacrato in un documento scritto.*

*Quanto alla prova dell'esistenza del fido la giurisprudenza di merito ha indicato una serie di indici sintomatici della concessione di fatto dell'affidamento, rimessi al prudente apprezzamento del giudice; a titolo esemplificativo:*

- la stabilità e non occasionalità dell'esposizione a debito (pluriennale) correlata;
- la mancata richiesta di rientro del cliente dallo scoperto di conto corrente;
- l'entità del saldo debitore;
- la previsione di una commissione di massimo scoperto;
- l'indicazione della Banca nella centrale rischi della soglia di affidamento;
- la mancata segnalazione negli anni in centrale rischi per sconfini o sofferenza;
- la previsione e l'applicazione di distinti tassi debitori.

*Occorre tuttavia evidenziare che la presenza di tali indici non consente sempre di identificare la misura dell'affidamento, che è un elemento essenziale del contratto, non potendo diversamente determinarsi i limiti dell'obbligazione in capo alla Banca, e la prova del predetto limite è inoltre necessaria per trarre il discrimine tra rimesse intra ed extra fido, né tale entità può essere identificata con la più elevata esposizione debitoria raggiunta, poiché ciò determinerebbe un'indebita inversione dell'onere della prova, la quale peraltro incombe nell'azione di ripetizione dell'indebito sul correntista che intenda paralizzare l'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito dimostrando la natura ripristinatoria delle rimesse.*

*Anche la più recente giurisprudenza di legittimità sembra comunque richiedere che il correntista provi la misura dell'affidamento.*

*Qualora ciò non risulti possibile, l'incompletezza della prova, va a svantaggio del soggetto gravato dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c., ovvero il correntista.*

*È invece ammissibile la prova indiretta dell'affidamento purché idonea a dimostrare gli elementi essenziali del fido, ivi inclusa la misura dell'affidamento.*

*In tal caso, risulta fuorviante l'espressione "fido di fatto", in relazione alla quale parte della giurisprudenza anche di legittimità ha mostrato qualche perplessità, ma si può parlare di "fido diversamente provato" o "fido da estratto conto".*

Trib. Firenze, 17.07.2023, n. 2185, Giudice Umberto Castagnini

### LEGGE DI SCONTO COMPOSTO: rende uguale il capitale mutuato con la somma dei valori capitale compresi in tutte le rate del piano di ammortamento alla francese

*Nel caso dell'ammortamento alla francese, la "legge di sconto composto" è utilizzata unicamente al fine di individuare la quota capitale da restituire in ciascuna delle rate prestabilite ed è, pertanto, una formula di equivalenza finanziaria che consente di rendere uguale il capitale mutuato con la somma dei valori capitale compresi in tutte le rate del piano di ammortamento, senza incidere sul separato conteggio degli interessi che, rispondono alla regola dell'interesse semplice poiché, ad ogni scadenza temporale pattuita, la quota d'interessi compresa in ciascuna rata è data dal prodotto tra il debito residuo alla medesima data e il tasso d'interesse, frazionato secondo la medesima ripartizione temporale di restituzione del capitale. Gli interessi delle singole rate di ammortamento sono, quindi, calcolati solo sul capitale residuo e non sul capitale comprensivo di interessi e ciò esclude ogni anatocismo.*

Trib. Milano, 20.07.2023, n. 6281, Pres. Rel. Gallina

### LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DEL CESSIONARIO: la dichiarazione del cedente notiziata dal cessionario intimante al debitore ceduto è prova dell'intervenuta cessione

*Nei procedimenti in cui si ponga questione della legittimazione ad agire del cessionario occorre valutare se, risulti prova: I) della cessione e II) del fatto che questa si sia perfezionata prima dell'intimazione, mentre la notifica al debitore ceduto può avvenire utilmente e successivamente alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale – anche con l'atto di intimazione al pagamento del credito e anche nel corso del giudizio – rendendo quella specifica cessione egualmente opponibile.*

*Per compiere detta valutazione, la Corte di Cassazione ha ritenuto che "la dichiarazione del cedente infine notiziata dal cessionario intimante al debitore ceduto con la produzione in giudizio, al pari della disponibilità del titolo esecutivo, [sia] un elemento documentale rilevante, potenzialmente decisivo" al fine di ritenere provata l'intervenuta cessione".*

Trib. Novara, 18.01.2023, Giudice Veronica Zanin

### SALDO ZERO: è una fattispecie che opera solo quando ad agire è il correntista, senza che la Banca contrapponga domande riconvenzionali

*Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa; in conseguenza, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo del conto nel periodo non documentato, e in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza di un credito o di un debito di un certo importo con riferimento a tale arco temporale, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, per cui constano gli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di detti estratti conto" (Cass. 23852/2020).*

*In presenza di reciproche domande tra le parti, non può trovare applicazione il cd. saldo zero: trattasi di fattispecie in cui ad agire è il correntista, senza che la Banca contrapponga domande riconvenzionali, sicché il primo ha l'onere di produrre gli estratti conto o di provare elementi che possano essere considerati idonei a dimostrare l'inesistenza di quel saldo.*

Trib. Genova, 21.06.2023, n.1517, Giudice Raffaella Gabriel

## Diritto e procedura penale

RESPONSABILITÀ DA REATO DELL'ENTE COLLETTIVO .....	598
di Andrea R. Castaldo	
BENEFICIO DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA PUÒ ESSERE SUBORDINATO AL RISARCIMENTO DEL DANNO ED ALL'OBBLIGO DELLA RESTITUZIONE DEI BENI CONSEGUITI PER EFFETTO DEL REATO SOLO IN CASO DI COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE .....	603
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ .....	607
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO .....	610
a cura di Giuseppina Marotta	



## Responsabilità da reato dell'ente collettivo

### abstract

*The article describes guiding principles of the Italian legislation on corporate liability. Specifically, it dwells on the guidelines of criminal policy introduced by d.lgs. n. 231/2001 and subsequent amendments. The article describes the cases in which liability arises, types of crimes, the nature of corporate liability – administrative or criminal –. The last paragraph also provides an in-depth exploration of the penalty system applied and the criticality arising from a defective harmonization.*

### keywords

*Corporate liability – Compliance program – White collar crimes.*

### abstract

*L'articolo descrive i principi guida della normativa italiana in materia di responsabilità della persona giuridica. In particolare si sofferma sulle linee politico-criminali introdotte dal d.lgs. n. 231/2001 e dalle successive modifiche. Vengono descritti i casi in cui sorge la responsabilità della persona giuridica, la tipologia di reati, la sua natura – amministrativa o penale –. Nell'ultimo paragrafo vengono approfonditi il sistema sanzionatorio e le criticità derivanti da una difettosa armonizzazione.*

### parole chiave

*Responsabilità della persona giuridica – Compliance – Criminalità economica.*

### sommario

1. *Societas delinquere (non) potest*: natura 'amministrativa' della responsabilità delle società. – 2. Criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità. – 3. Criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità. – 4. Le sanzioni. – 5. Peculiarità del sistema. – 6. Prospettive di riforma.

#### 1. *Societas delinquere (non) potest*: natura 'amministrativa' della responsabilità delle società

Pur non esistendo alcuna norma che espressamente vieta l'attribuzione di una responsabilità penale degli enti collettivi, il principio *societas delinquere non potest* si ricava dall'art. 27 della Costituzione, ove è previsto che «la responsabilità penale è personale» e «le pene

[...] devono tendere alla rieducazione del condannato»: il riferimento esplicito è all'assoggettabilità a sanzione penale delle sole persone fisiche.

Ulteriore argomento a sostegno della tesi è tradizionalmente individuato nell'art. 197 del codice penale. La disposizione stabilisce l'insorgenza di una mera obbligazione civile nei confronti della società qualora chi ne abbia la rappresentanza o l'amministrazione commetta un reato e versi in condizione di insolvibilità. Ragionando al contrario, quindi, l'ente non può essere soggetto attivo del reato e, di riflesso, destinatario della sanzione penale.

L'assunto, tuttavia, perde terreno nella dottrina italiana già a partire dal 1970, quando Franco Bricola, capostipite della Scuola di Bologna, afferma come l'assenza di una responsabilità per illecito 'diretta' aumenti il rischio che la persona giuridica possa «mandare allo sbaraglio i propri amministratori, come teste di ponte, rischiando il meno possibile»<sup>1</sup>.

Pertanto, oltre al II Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26 luglio 1995 e alla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione del 26 maggio 1997, l'art. 2 della Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione obbliga ciascuna parte contraente ad «adottare le misure necessarie, secondo i propri principi giuridici, per stabilire la responsabilità delle persone giuridiche per la corruzione di pubblico ufficiale straniero».

Con la legge 29 settembre 2000, n. 300, in occasione della ratifica ed esecuzione dei suddetti atti internazionali, è stata conferita «Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica» (art. 11).

Il sistema italiano di responsabilità delle società dipendente da reato è stato quindi introdotto dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La scelta del legislatore di optare per una responsabilità amministrativa, anziché penale, è dettata dal necessario allineamento con i principi di cui all'art. 27 Cost., ma ha destato non poche perplessità. Infatti, già nella Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001

<sup>1</sup> F. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 962.

si osserva che «da un punto di vista teorico non si sarebbero incontrati insuperabili controindicazioni alla creazione di un sistema di vera e propria responsabilità penale degli enti», essendo «superata l'unica obiezione legata al presunto sbarramento dell'art. 27 Cost.»: a fronte della recessione della concezione 'psicologica' della colpevolezza, «la rinnovata idea di una colpevolezza intesa (in senso normativo) come rimproverabilità sembra perfettamente attagliarsi al fenomeno [della responsabilità degli enti]» (art. 30).

La scelta di qualificare la responsabilità quale amministrativa è stata determinata da ragioni di cautela del legislatore, che ha quindi delineato «un *tertium genus*, che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia»<sup>2</sup>. Anche secondo la Corte di Cassazione e la dottrina prevalente, la responsabilità dipendente da reato della società non ha natura penale né amministrativa, ma si tratta di un 'misto' tra la responsabilità amministrativa e i principi propri della sfera penale<sup>3</sup>.

In effetti, lo schema tratteggiato dal d.lgs. n. 231/2001 diverge dal paradigma dell'illecito amministrativo, essendo legato alla commissione di un reato e assistito dalle garanzie del processo penale. Di fondamentale interesse sono le disposizioni della Sezione I del Capo I, che contiene i «principi generali» ed i «criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa».

In premessa, si precisa come le disposizioni del d.lgs. n. 231/2001 si rivolgano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica. Non si applicano, invece, allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (art. 1).

Per la Corte di Cassazione, sono interessati dal d.lgs. n. 231/2001 anche le società con partecipazione dello Stato, qualora esercitino attività economiche<sup>4</sup>, e gli enti stranieri, qualora il reato sia stato commesso sul territorio italiano<sup>5</sup>.

## 2. Criteri oggettivi di attribuzione della responsabilità

L'art. 5 individua tre condizioni che consentono di attribuire responsabilità alla società:

1. il reato deve essere stato commesso nell'interesse o a vantaggio della società;

2. il reato deve essere stato commesso da persone titolari di una posizione in seno alla società;
3. le persone di cui al punto 2) non devono aver agito «nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

Quanto al primo requisito, si parla di «interesse» quando il reato è stato commesso con lo scopo di avvantaggiare l'ente, secondo una valutazione connessa al momento di consumazione del fatto; invece, il «vantaggio» è da verificare *ex post*, in relazione agli effetti del reato e indipendentemente dal fine perseguito dall'autore dell'illecito (quindi, il vantaggio può realizzarsi anche qualora la persona fisica non abbia agito specificamente nell'interesse della società).

*Mutatis mutandis*, la responsabilità della società è esclusa quando il reato è stato commesso nell'esclusivo interesse dell'autore o di terzi (punto 3): in questo caso, è eliso il collegamento tra il reato e la società. La norma fa riferimento, tuttavia, all'«esclusivo» interesse: laddove convivano l'interesse dell'autore del reato e quello della società, pertanto, la sanzione potrà essere ridotta in ragione della prevalenza dell'interesse della persona fisica, come disposto all'art. 12 d.lgs. n. 231/2001<sup>6</sup>.

La responsabilità della società è aggiuntiva e non sostitutiva a quella della persona fisica: quanto al secondo requisito, l'art. 5 distingue tra persone che hanno un rapporto c.d. 'apicale' o c.d. 'subordinato' con la società e, come si vedrà *sub* § 3, la disciplina dei criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità varia in relazione alla posizione rivestita nella società dall'autore del reato.

Nello specifico, l'art. 5, comma 1, *lett. a*), identifica come 'apicali' le «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché [...] persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso».

La «rappresentanza» è intesa solo come 'organica' (ossia nascente dalla posizione della persona all'interno della società), perché un rappresentante 'volontario' della società è esterno all'organigramma, beneficiario di una procura per il compimento di specifici atti e sottoposto alla direzione altrui, con obbligo di rendicontazione<sup>7</sup>.

Sicuramente, invece, hanno funzioni di «amministrazione» il *Chairman*, il *C.E.O.*, i componenti del *board* e i membri del consiglio di gestione, come confermato dal Tribunale di Milano nel 2004, mentre la «direzione» si riferisce al *C.O.O.* e ai *managers*, ossia impiegati con funzioni di direzione.

<sup>2</sup> Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, art. 1.1.

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sezioni unite, sentenza n. 38343/2014, Espenhahn; Cass. Pen., sezione II, sentenza n. 3615/2006, Jolly Mediterraneo s.r.l.; più di recente: Cass. Pen., sezione III, sentenza n. 11518/2019, Guinzio; Cass. Pen., sezione III, sentenza n. 1420/2019, Autotrasporti Benedetti.

<sup>4</sup> Cass. Pen., sezione IV, sentenza n. 234/2011; Cass. Pen., sezione II, sentenza n. 28699/2010, Vielmi.

<sup>5</sup> Cass. Pen., sezione VI, sentenza n. 11626/2020, Calò.

<sup>6</sup> Cass. Pen., sezione V, sentenza n. 10265/2013, Banca Italease; Cass. Pen., sezione VI, sentenza n. 24559/2013, House Building.

<sup>7</sup> O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2010, p. 58.

La lett. a) fa menzione anche delle persone che rivestono le stesse funzioni nelle «unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale»: si tratta di realtà di impresa medio-grandi, in cui il *plant manager* ha ampia autonomia dalla sede centrale.

L'art. 5, comma 1, lett. b), descrive i c.d. 'subordinati' quali «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza dei soggetti di cui alla lettera a)», principalmente gli *executives*. Sono subordinati i consulenti, il *sales manager* e il comandante della nave, in quanto sottoposti al controllo e alla direzione degli organi apicali della società, nonché gli stagisti, seppur inseriti solo temporaneamente nell'*O.B.S. (Organization Breakdown Structure – Struttura Analitica dell'Organizzazione)*.

### 3. Criteri soggettivi di attribuzione della responsabilità

Qualora il reato presupposto sia stato commesso da persone con un rapporto c.d. apicale, la società non risponde del reato se prova che:

- ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione prima della commissione del reato;
- ha affidato ad un organismo di vigilanza il compito di controllare il funzionamento, il rispetto e l'aggiornamento del *compliance program*;
- l'autore del reato lo ha commesso violando fraudolentemente il MOG;
- non c'è stato un insufficiente controllo dall'organismo di vigilanza.

All'art. 6 sono enunciate anche le *guidelines* per l'efficacia dei modelli di organizzazione e gestione, che devono:

- indicare le attività in cui c'è il rischio che sia commesso un reato;
- prevedere programmi per l'adozione di decisioni che prevenano il rischio di reato;
- individuare protocolli per la gestione delle risorse finanziarie;
- gestire l'obbligo di informazione nei confronti dell'organismo di vigilanza;
- introdurre sanzioni in caso di violazioni.

L'art. 7 prevede che, ove autore del reato sia un c.d. 'subordinato', la società risponderà se la commissione dell'illecito sia stata resa possibile dall'inadempimento degli obblighi di direzione e vigilanza. Tuttavia, il comma 2 precisa che, se la società, prima del reato, abbia adottato ed efficacemente attuato un *compliance program* idoneo a prevenire reati della specie di quello commesso, non potrà essere sanzionata. In questo caso, sarà l'accusa a dover provare l'inadempimento della società: tale scelta legislativa avrà importanti ripercussioni anche e soprattutto sul sistema delle misure cautelari.

Infine, dispone l'art. 7, la «efficace attuazione» del modello richiede:

- in caso di violazioni o variazioni dell'organizzazione o dell'attività della società, una verifica (ed eventuale modifica) del *compliance program*;
- delle sanzioni efficaci per il mancato rispetto delle misure indicate nel modello di organizzazione e gestione.

Ovviamente, questi obblighi, che delineano la c.d. *colpa di organizzazione*, non sono esclusivi, ma possono essere integrati dalla società, se necessario.

### 4. Le sanzioni

L'art. 9 elenca le sanzioni amministrative irrogabili alla società: pecuniaria, interdittiva, la confisca e la pubblicazione della sentenza di condanna.

La sanzione pecuniaria è comminata secondo uno schema simile a quello dei *Tagessätze* tedeschi, quindi calcolata in quote: il numero delle quote viene deciso dal giudice in base alla gravità del fatto, al grado di responsabilità della società e all'attività svolta per ridurre o eliminare le conseguenze del reato; l'importo di ogni quota dipende dalle condizioni economiche e patrimoniali della società.

Le sanzioni interdittive si applicano solo nei casi di particolare gravità e sono elencate al comma 2: l'interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi. Quando alla società è applicata una sanzione interdittiva, il giudice può disporre la pubblicazione della sentenza di condanna.

L'interdizione dall'esercizio dell'attività è la sanzione più afflittiva e può essere applicata sia per un tempo determinato (minimo un anno) che in via definitiva. In quest'ultimo caso, si può paragonare alla 'pena di morte' per la società.

La sospensione o revoca di autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito è una sanzione che limita l'attività svolta dall'ente ma è strettamente connessa all'ambito nel quale è stato commesso il reato.

Il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione è finalizzato ad evitare che la società possa stipulare contratti di appalto o di fornitura con la pubblica amministrazione. Sono però esclusi dal divieto i contratti che la società stipula per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio.

L'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi in realtà si divide per l'appunto in un duplice contenuto: da un lato l'esclusione dei futuri finanziamenti, dall'altro la «eventuale revoca» di quelli già concessi. La sanzione può avere durata solo temporanea e può essere applicata anche in sede cautelare.

Infine, il divieto di pubblicizzare beni o servizi incide sulla promozione del prodotto e sulla gestione del *marketing* della società. Questa sanzione e il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione hanno durata normalmente temporanea, ma possono essere applicate in via definitiva se la società è stata condannata alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni.

La Corte di Cassazione ha chiarito che le sanzioni interdittive non sono accessorie ma principali; ne deriva che, in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti, devono essere oggetto di accordo, sia con riferimento al tipo che alla durata<sup>8</sup>.

La confisca del prezzo o del profitto del reato è sempre disposta con la sentenza di condanna, ma sono fatti salvi i diritti di terzi in buona fede. Quando non è possibile aggredire il profitto o il prezzo, la confisca colpirà somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato (c.d. confisca per equivalente).

## 5. Peculiarità del sistema

Il catalogo dei reati presupposto nel corso degli anni è cresciuto in modo incontrollato. Originariamente, il numero di detti reati era pari a sei (malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, truffa in danno dello Stato o di altro ente pubblico o delle Comunità europee, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico, concussione, corruzione). Attualmente se ne contano più di centocinquanta.

Gli ultimi ampliamenti sono avvenuti con Legge n. 157/2019, che ha inserito i reati tributari quale fonte di responsabilità della società, con il d.lgs. n. 75/2020, che ha importato nel catalogo il reato di contrabbando, e con il d.lgs. n. 19/2023, che ha modificato l'art. 25-ter (reati societari).

In particolare, l'art. 55 d.lgs. n. 19/2023 ha previsto l'aggiunta di una *lett. s-ter*) all'art. 25-ter, comma 2, d.lgs. n. 231/2001: nel caso di «false o omesse dichiarazioni per il rilascio del certificato penale previsto dalla normativa attuativa della direttiva (UE) 2019/2121, del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2019», è applicata nei confronti dell'ente la sanzione pecuniaria da centocinquanta a trecento quote. È peraltro di estremo interesse notare come l'aggiunta della disposizione fosse preclusa dalla previsione, al comma primo, dei soli reati previsti dal codice civile, quali *predicate crimes* che potevano determinare l'insorgenza di una responsabilità dell'ente. Pertanto, il Legislatore ha modificato anche la disposizione: «in relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile o da altre leggi speciali, si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie [...]» (sottolineatura nostra). La formulazione vigente rappresenta un

potenziale, efficace apripista all'ulteriore ampliamento del *numerus clausus*.

Ad oggi, non è peraltro possibile classificare i reati presupposto in funzione di un unico criterio, né in relazione al bene giuridico tutelato, né in relazione alla gravità. Nel corso del tempo, infatti, sono state per lo più spinte demagogiche a condizionare il catalogo dei reati, nel nome di una invocata serenità, in molti casi rimasta a livello teorico e non tradotta in prassi applicative.

Una problematica che si è posta proprio in relazione all'ampliamento di detto elenco si è sollevata con l'inserimento dei reati di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro, all'art. 25-septies (Legge n. 123/2007).

In particolare, si affermava come non fosse possibile riconoscere in capo alla società una responsabilità di matrice geneticamente colposa, mancando il presupposto della commissione di detto reato nell'«interesse o vantaggio» dell'ente. Dottrina più attenta, seguita dalla giurisprudenza, ha precisato come la responsabilità dell'ente poggi su una colpa «di organizzazione». In altre parole, il «rimprovero» verte sull'omessa adozione delle cautele e dei presidi antinfortunistici (magari per ragioni di *budget* e di bilancio), che avrebbe evitato le lesioni o la morte dell'operatore.

Il rafforzamento dei sistemi di *corporate compliance* si è arricchito di innesti legislativi e regolamentari nel corso degli anni, che hanno prodotto significative modifiche del d.lgs. n. 231/2001.

Una delle innovazioni maggiormente incisive è da ricondursi alla Legge n. 190/2012, che ha introdotto sistemi di monitoraggio e prevenzione della corruzione nel settore degli enti pubblici. La disciplina verte sulla predisposizione obbligatoria di un Piano Nazionale Anticorruzione, al quale deve aggiungersi un piano particolareggiato di corruzione ad opera del singolo ente, la nomina di un responsabile anticorruzione, una serie di regole di prevenzione anche in funzione di *soft law*.

Tra le novità più discusse, l'introduzione dell'istituto del c.d. *whistleblowing*, dapprima nel settore pubblico (Legge n. 190/2012), poi nel settore privato.

In particolare, la Legge n. 179/2017 ha modificato l'art. 6 d.lgs. n. 231/2001, introducendo i commi 2-bis, 2-ter e 2-quater.

La tutela del *whistleblower* è stata poi modificata dal d.lgs. n. 24/2023, con effetti a decorrere dal 15.07.2023 (per i commi 2-ter e 2-quater) e dal 17.12.2023 (per il comma 2-bis).

In sintesi, il quadro attuale attribuisce un'importanza fondamentale, per la prevenzione del rischio corruzione, alla *compliance* nel settore privato. L'obiettivo deve essere raggiunto sulla base delle articolazioni «canoniche»: *risk assessment*, *gap analysis*, modello di

<sup>8</sup> Cass. Pen., sez. III, sentenza n. 45472/2016, Società Talian.

organizzazione e gestione per la mappatura dei rischi e per la loro prevenzione, un organismo di controllo e di vigilanza per il rispetto di tale modello, canali riservati e dedicati di segnalazione degli illeciti all'apicale della società, che ha il compito di investigare e, nel caso di ipotesi delittuose, darne comunicazione all'Autorità Giudiziaria.

## 6. Prospettive di riforma

I Bilanci di Responsabilità Sociale della Procura della Repubblica di Milano, capofila nel contrasto alla criminalità d'impresa, registrano negli ultimi cinque anni un andamento calante dei procedimenti nei confronti di società, con il parallelo aumento dello *spread* tra reati presupposto e procedimenti iniziati, che in alcuni casi supera l'85%.

Dopo venti anni dall'abrogazione del "*societas delinquere non potest*", il rischio è di provocare il fallimento della riforma.

Le principali critiche all'attuale schema della responsabilità amministrativa della società derivante da reato possono essere riassunte in tre punti.

Primo: è indispensabile che le regole siano chiare e precise per essere efficaci. Lo stile confusionario del legislatore provoca perdita di fiducia e di credibilità, soprattutto per il giurista. Attualmente, non solo il d.lgs. n. 231/2001, ma tutte le branche del diritto penale economico sono caotiche.

Lo schema delineato dal d.lgs. n. 231/2001 è estremamente disomogeneo anche sul piano sanzionatorio: all'ente 'colpevole' di omicidio colposo commesso con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro (fatti salvi i casi di cui all'art. 25-*septies*, comma 1, d.lgs. n. 231/2001) potranno essere applicate la sanzione pecuniaria compresa tra 250 e 500 quote e sanzioni interdittive per una durata inferiore a un anno (art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001). Per i delitti di *market abuse* i limiti edittali salgono a 400 quote nel minimo e 1.000 nel massimo, con la possibilità di aumento fino ad un valore pari al 1.000% del prodotto o profitto conseguito dall'ente (art. 25-*sexies* d.lgs. n. 231/2001). Gli stessi limiti edittali sono previsti per i reati di aggio (art. 2637 c.c.) e omessa comunicazione del conflitto d'interessi *ex art.* 2629-*bis* c.c. (art. 25-*ter* d.lgs. n. 231/2001), mentre in caso di corruzione per l'esercizio della funzione non potrà essere applicata una sanzione superiore alle 200 quote.

Secondo: gli obblighi a carico dell'imprenditore hanno un costo altissimo, richiedono investimenti ed esborsi continui di denaro. Si pensi ai costi per la redazione e l'aggiornamento del *compliance program*, per la formazione dell'organismo di vigilanza, per la preparazione dei lavoratori. Strumento indispensabile per stimolare gli investimenti sarebbe da individuare in agevolazioni fiscali e crediti d'imposta per l'adeguamento ai dettami del d.lgs. n. 231/2001. Peraltro, ne deriverebbe un *win-win*: non è di secondaria rilevanza

come i compiti di controllo, tipicamente affidati allo Stato, in queste ipotesi siano indirettamente delegati al singolo imprenditore.

Terzo: l'adempimento degli obblighi dovrebbe essere premiato, proprio in considerazione dei costi sostenuti dalla società. Per questo motivo, potrebbe essere vantaggioso introdurre una classifica del *rating* e dello *standing* reputazionale della società, funzionali ad un accesso agevolato alla contrattazione con la PA.

a cura di Angelo Pignatelli  
Avvocato

## I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato al risarcimento del danno ed all'obbligo della restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato solo in caso di costituzione di parte civile

### abstract

*The United Sections have been called to resolve the conflict that arose in the simple sections if the judge can subordinate, pursuant to art. 165 c.p., the benefit of the conditional suspension of the sentence, in addition to the payment of the sum due as compensation for damages, also for the fulfillment of the obligation to return goods obtained as a result of the crime, only if there has been a constitution of a party civil. A first orientation considered by the majority stated that the judge could not legitimately subordinate the conditional suspension of the sentence, granted pursuant to art. 163 of the criminal code, to compensation for damages and the restitution of goods obtained as a result of the crime, in the absence of a civil party appearing in court. According to this orientation, restitutions, in fact, concern only the civil damage and not also the criminal damage, which is identified with the public consequences of the unlawful conduct, concerning the injury or endangerment of the legal asset protected by the criminal case and which assume relief, in line with the provisions of art. 165, paragraph 1, criminal code, only on condition that the prejudicial effects have not yet ceased. A second and opposite jurisprudential orientation assumed that it is necessary to distinguish the compensatory obligations from the restitution obligations, being necessary the formation of a civil party of the person offended by the crime only in the case in which the conditional suspension of the sentence, granted pursuant to art. 163 of the Criminal Code, is subject to the obligation to compensate for the damage and not even in the case of refunds. For the Judges of the United Sections, this orientation does not seem to consider the reasons for the legislative choice to separate - ex art. 165 paragraph 1 criminal code - graphically the civil law purposes and the public law purposes pursued by the subordinate suspensive benefit, respectively indicated in the first and second part of the provision in question, as can be seen from the use of the semicolon; this separation assumes, in a much more accentuated way than that represented by the mere affixing of the comma, enhanced by the minority orientation, an even greater systematic importance in the light of the fact that the discipline of the elimination of the harmful or dangerous consequences of the crime was introduced ex novo by art. 128 of Law no. 689 of 1981. The Judges of the Supreme Assembly therefore enunciated the following principle of law: «The judge can subordinate, in accordance with the provisions of art. 165 code pen., the benefit of the conditional suspension of the sentence to the payment of the sum due as compensation for the damage, as well as the fulfillment of the obligation to return the goods obtained as a result of the crime, only on condition that in the judgment there was the establishment of civil party».*

### keywords

*Benefit of suspended sentence – Subordination – Compensation for damages.*

### abstract

*Le Sezioni unite sono state chiamate a risolvere il conflitto sorto nelle sezioni semplici se il giudice possa subordinare, a norma dell'art. 165 c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena, oltre che al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, anche all'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, solo qualora vi sia stata costituzione di parte civile. Un primo orientamento ritenuto maggioritario affermava che il giudice non poteva legittimamente subordinare la sospensione condizionale della pena, concessa ex art. 163 c.p., al risarcimento del danno e alla restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, in assenza di una parte civile costituita in giudizio. Per questo orientamento, le restituzioni, infatti, riguardano solo il danno civilistico e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze pubblicistiche della condotta illecita, riguardanti la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale e che assumono*

*rilievo, in linea con quanto previsto dall'art. 165, comma 1, c.p., soltanto a condizione che gli effetti pregiudizievoli non siano ancora cessati. Un secondo e contrapposto orientamento giurisprudenziale assumeva che occorre distinguere gli obblighi risarcitori dagli obblighi restitutori, essendo necessaria la costituzione di parte civile della persona offesa dal reato solo nel caso in cui la sospensione condizionale della pena, concessa ex art. 163 c.p., sia subordinata all'onere di risarcire il danno e non anche nell'ipotesi delle restituzioni. Per i Giudici delle Sezioni Unite, questo orientamento non sembra considerare le ragioni della scelta legislativa di separare – ex art. 165 comma 1 c.p. – graficamente le finalità civilistiche e le finalità pubblicistiche perseguite dal beneficio sospensivo subordinato, rispettivamente indicate nella prima e nella seconda parte della disposizione in esame, come si evince dal ricorso al punto e virgola; tale separazione assume, in maniera ben più accentuata rispetto a quella rappresentata dalla sola apposizione della virgola, valorizzata dall'orientamento minoritario, un rilievo sistematico ancora maggiore alla luce del fatto che la disciplina dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è stata introdotta ex novo dall'art. 128 della L. n. 689 del 1981. I Giudici del Supremo Consesso hanno dunque enunciato il seguente principio di diritto: «Il giudice può subordinare a norma dell'art. 165 cod. pen., il beneficio della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, nonché all'adempimento dell'obbligo della restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, solo a condizione che nel giudizio vi sia stata costituzione di parte civile».*

### parole chiave

*Beneficio della pena sospesa – Subordinazione – Risarcimento danni.*

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sentenza 27 aprile 2023, dep. 27 luglio 2023, n. 32939

### Beneficio pena sospesa – Subordinazione

Il giudice può subordinare a norma dell'art. 165 cod. pen., il beneficio della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, nonché all'adempimento dell'obbligo della restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, solo a condizione che nel giudizio vi sia stata costituzione di parte civile.

\* \* \*

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: «Se il giudice possa subordinare, a norma dell'art. 165 c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena, oltre che al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, anche all'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, solo qualora vi sia stata costituzione di parte civile».

Per un primo orientamento, che deve ritenersi maggioritario<sup>1</sup> deve escludersi che il giudice possa legittimamente subordinare la sospensione condizionale della pena, concessa ex art. 163 c.p., al risarcimento del danno e alla restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, in assenza di una parte civile costituita in giudizio. Questo orientamento prende abbrivio da una risalente pronuncia, in forza della quale il risarcimento del danno e le restituzioni, implicando la valutazione delle istanze risarcitorie della persona offesa dal reato, presuppongono l'esercizio dell'azione civile nel

processo penale<sup>2</sup>. Le successive pronunzie<sup>3</sup> – a conferma del citato orientamento – avevano cura di fornire anche alcuni chiarimenti necessari per la differenziazione della nozione di danno civilistico dalla nozione di danno criminale, che deve essere effettuata attraverso l'individuazione degli indici giuridici e fattuali indispensabili per distinguere le due tipologie di effetti lesivi. In alcuni casi, la differenza tra danno criminale e danno civilistico è di immediata evidenza e non si presta ad alcun equivoco, come nel caso dell'omicidio, in cui “il danno criminale è costituito dalla distruzione del bene-vita che non costituisce di certo oggetto del danno civilistico che viene risarcito agli eredi ove si costituiscono parti civili.<sup>4</sup> Viceversa, per altre tipologie di reati, come quelli contro il patrimonio, il “contenuto delle due nozioni può coincidere in quanto, normalmente, il bene giuridico violato consiste nel diritto di proprietà ossia nel danno che l'agente, con il commettere il reato, ha arrecato alla persona offesa privandolo

<sup>2</sup> Secondo questo pronuncia non è possibile subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento di un obbligo risarcitorio in favore della parte offesa senza che quest'ultima abbia esercitato l'azione civile nel processo penale, Sez. 6, sent. 22 ottobre 2003, n. 933, Rinzivillo, Rv. 227943 - 01.

<sup>3</sup> In tal senso Sez. 2, sent. 18 dicembre 2013, n. 3958, dep. 2014, Oliveri, cit.

<sup>4</sup> In questo senso Sez. 2, sent. 18 dicembre 2013, n. 3958, dep. 2014, Oliveri, cit.

<sup>1</sup> A conferma dell'indirizzo maggioritario Sez. 1, sent. 20 dicembre 2021, n. 26812, dep. 2022, Mambrini, cit.; Sez. 6, sent. 28 gennaio 2021, n. 8314, Piergotti, cit.; Sez. 2, sent. 15 luglio 2020, n. 23917, Mansi, cit.; Sez. 2, sent. 13 settembre 2019, n. 45854, Cappello, cit.; Sez. 2, sent. 05 marzo 2015, n. 12895, Pulpo, cit..

del bene di sua proprietà: da qui – secondo i Giudici Ermellini – può sorgere un rischio di una confusione fra i due concetti nel senso che la restituzione del bene potrebbe essere fatta coincidere con l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato e, quindi, indurre il giudice (...) ad ordinare la restituzione del bene pur in assenza della costituzione della parte civile".<sup>5</sup>

Per evitare i rischi di una sovrapposibilità, concettuale e processuale, tra il danno civilistico e il danno criminale, la pronuncia Oliveri argomenta che occorre fare riferimento al "testo della norma che, facendo riferimento "all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato" e, quindi, al danno criminale, ha, evidentemente riguardo agli effetti del reato ancora in essere e che il reo ha la possibilità di far cessare perché, altrimenti, la norma non avrebbe ragion d'essere ove interpretata nel senso che stabilisce l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose degli effetti di un reato già consumato i cui effetti sono ormai impossibili da eliminare. Da ciò ne consegue l'inapplicabilità dell'obbligo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose ai reati istantanei, atteso che, in tali ipotesi, gli effetti lesivi della condotta dell'imputato si esauriscono contestualmente alla consumazione dell'illecito. Si muovono, infine, nella stessa direzione due più recenti interventi giurisprudenziali<sup>6</sup> con cui si è ribadito che il giudice di cognizione, in assenza della costituzione di parte civile, non può subordinare la sospensione condizionale della pena irrogata all'imputato all'adempimento dell'obbligo di restituire i beni conseguiti per effetto del reato. Le restituzioni, infatti, riguardano solo il danno civilistico e non anche il danno criminale, che si identifica con le conseguenze pubblicistiche della condotta illecita, riguardanti la lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale e che assumono rilievo, in linea con quanto previsto dall'art. 165, comma 1, c.p., soltanto a condizione che gli effetti pregiudizievoli non siano ancora cessati.

Per un secondo e contrapposto orientamento<sup>7</sup> giurisprudenziale, che, allo stato, risulta minoritario occorre distinguere gli obblighi risarcitori dagli obblighi

<sup>5</sup> Si veda sempre decisione Sez. 2, sent. 18 dicembre 2013, n. 3958, dep. 2014, Oliveri, cit.

<sup>6</sup> Da ultimo Sez. 2, sent. 13 settembre 2019, n. 45854, Cappello, cit.; Sez. 2, sent. 05 marzo 2015, n. 12895, Pulpo, cit.

<sup>7</sup> A sostegno del secondo orientamento si leggano: Sez. 2, sent. 24 settembre 2019, n. 42583, De Vivo, cit.; Sez. 3, sent. 24 giugno 2014, n. 1324, Volturro, cit.; Sez. 2, sent. 28 settembre 2010, n. 41376, Trenti, cit.; Sez. 2, sent. 29 marzo 2007, n. 16629, Baglivo, cit.; Sez. 2, sent. 15 aprile 1999, n. 2684, Zago, cit.. Tale indirizzo esegetico trova la sua genesi in due sentenze Sez. 2, n. 16629 del 29 marzo 2007, Baglivo, cit.; Sez. 3, n. 7933 del 02 giugno 1998, Miuccio, Rv. 211681 - 01, che hanno ritenuto conforme alla previsione dell'art. 165 c.p. la sentenza del giudice di cognizione che, in assenza della costituzione di parte civile, subordina la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo di restituire i beni conseguiti per effetto del reato.

restitutori, essendo necessaria la costituzione di parte civile della persona offesa dal reato solo nel caso in cui la sospensione condizionale della pena, concessa ex art. 163 c.p., sia subordinata all'onere di risarcire il danno e non anche nell'ipotesi delle restituzioni.

Tali conclusioni – secondo i Giudici del Supremo Consesso, – si basano sul tenore letterale del primo periodo dell'art. 165, comma 1, c.p., che prevede una netta separazione tra i due istituti riparatori, resa evidente dall'apposizione di una virgola tra la prima e la seconda condizione sospensiva. Aderisce a questa interpretazione ermeneutica una successiva decisione<sup>8</sup> chiarificatrice che ha affermato che "rientra nella nozione di condotte di eliminazione delle conseguenze dannose del reato (...), a cui può essere subordinata la sospensione condizionale della pena irrogata anche in assenza di una richiesta in tal senso conseguente alla mancata costituzione di parte civile, la restituzione delle somme di denaro illegittimamente percepite in relazione al fatto criminoso".

Ricostruito il contrasto giurisprudenziale, ad avviso dei Giudici delle Sezioni unite, va condiviso l'orientamento giurisprudenziale attualmente maggioritario che esclude la possibilità, da parte del giudice di cognizione, di subordinare la sospensione condizionale della pena all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, ai sensi dell'art. 165 c.p., in assenza di una parte civile costituita in giudizio.

Tale indirizzo, si fonda su ragioni di ordine sistematico insuperabili, in quanto non si può dubitare del collegamento inscindibile esistente tra la prima parte dell'art. 165, comma 1, c.p. e le finalità civilistiche connesse alla costituzione in giudizio della parte civile, dovendo tale disposizione essere interpretata in stretto raccordo con gli artt. 185 c.p., 74, 538 e 578 c.p.p. Tale correlazione sistematica discende dalla riconducibilità alla nozione di danno civilistico degli obblighi risarcitori e restitutori previsti dalla prima parte dell'art. 165, comma 1, c.p. Essi devono essere differenziati dall'obbligo di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, prevista dalla seconda parte della stessa disposizione, che inerisce, invece, alla nozione di danno criminale.<sup>9</sup> L'orientamento giurisprudenziale, attualmente minoritario, secondo cui la costituzione di parte civile è necessaria nel solo caso in cui la sospensione condizionale della pena è subordinata all'obbligo di risarcimento del danno e non anche nell'ipotesi delle restituzioni, determina una sovrapposizione, sia pure parziale, delle nozioni di danno civilistico e di danno criminale, che è incompatibile con

<sup>8</sup> A supporto di questo indirizzo chiarificatore si legga sez. 2, sent. 28 settembre 2010, n. 42376, Trenti, cit.. In tempi più recenti, la Suprema Corte è tornata a esprimersi in senso conforme ai precedenti Giurisprudenziali richiamati Sez. 2, n. 42583 del 24 settembre 2019, De Vivo, cit..

<sup>9</sup> Come aveva già avuto il pregio di chiarire la sentenza Sez. 2, sent. 18 dicembre 2013, n. 3958 dep. 2014, Oliveri, cit.

i parametri sistematici ed esegetici appena richiamati. Sottolineano i Giudici del Supremo Consesso che l'indirizzo giurisprudenziale minoritario, sul piano esegetico, trae il suo fondamento dall'interpretazione testuale della prima parte dell'art. 165, comma 1, c.p., facendo riferimento alla separazione sintattica esistente tra risarcimento del danno e restituzioni, determinata dall'apposizione di una virgola tra le due nozioni. Secondo questa opzione ermeneutica, la possibilità di equiparare l'adempimento degli obblighi risarcitori e l'adempimento degli obblighi restitutori, ai fini della concessione del beneficio sospensivo subordinato, ex art. 165, comma 1, c.p., sarebbe ostacolata dall'esistenza della richiamata separazione sintattica, che induce a ritenere "che il vincolo costituito dalla necessità della esistenza di una preventiva domanda giudiziale, spiegata nel giudizio penale tramite la costituzione di parte civile del danneggiato, riguardi solamente l'ipotesi in cui la subordinazione della sospensione condizionale della pena concerna espressamente, in tutto od in parte, il preventivo adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno e non anche quello delle restituzioni".<sup>10</sup>

Tuttavia, questa interpretazione letterale dell'art. 165, comma 1, c.p. – ad avviso dei Giudici Ermellini – non sembra considerare le ragioni della scelta legislativa di separare graficamente le finalità civilistiche e le finalità pubblicistiche perseguite dal beneficio sospensivo subordinato, rispettivamente indicate nella prima e nella seconda parte della disposizione in esame, come si evince dal ricorso al punto e virgola; tale separazione assume, in maniera ben più accentuata rispetto a quella rappresentata dalla sola apposizione della virgola, valorizzata dall'orientamento minoritario, un rilievo sistematico ancora maggiore alla luce del fatto che la disciplina dell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è stata introdotta ex novo dall'art. 128 della L. n. 689 del 1981.

Le connotazioni di novità della seconda parte dell'art. 165, comma 1, c.p., che non consentono di renderla sovrapponibile o anche solo assimilabile alla prima parte della stessa disposizione, dipendono ulteriormente dal fatto che l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato non era contemplata dall'istituto della "condanna condizionale", introdotto nel nostro ordinamento dalla L. 26 giugno 1904, n. 267, che costituisce l'antecedente storico dell'istituto della sospensione condizionale della pena.

Si consideri che la "condanna condizionale" aveva introdotto nel nostro ordinamento la possibilità di subordinare la sospensione della pena al risarcimento del danno cagionato dall'imputato, al pagamento di una somma determinata a titolo di riparazione ovvero al

pagamento delle spese del procedimento.

L'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato non era prevista nemmeno dal codice di procedura penale del 1913, che, mutuando la disciplina della "condanna condizionale", aveva stabilito, all'art. 424 c.p.p., che la sospensione poteva «essere subordinata al risarcimento del danno liquidato nella sentenza, ovvero al pagamento, entro il termine prefisso nella medesima, di una somma da imputare nella liquidazione definitiva, o assegnata a titolo di riparazione».

Concludono, infine, i Supremi Giudici, precisando come questa disciplina veniva sostanzialmente trasfusa nel codice penale del 1930, che regolamentava la sospensione condizionale della pena nell'art. 165 c.p., rimasto immutato fino alla novella legislativa del 1981, che, prevedendo l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, introduceva un profilo riparatorio estraneo alla struttura originaria del beneficio sospensivo in esame.

Alla luce delle argomentazioni fin qui esposte, la questione ermeneutica oggetto di rimessione ha condotto le Sezioni unite ad affermare il seguente principio di diritto: «Il giudice può subordinare, a norma dell'art. 165 c.p., il beneficio della sospensione condizionale della pena al pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, nonché all'adempimento dell'obbligo della restituzione dei beni conseguiti per effetto del reato, solo a condizione che nel giudizio vi sia stata costituzione di parte civile».

<sup>10</sup> In tal senso sez. 2, sent. 24 settembre 2019, n. 42583, De Vivo, cit.

a cura di  
 Andrea Alberico  
 Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale, Avvocato

## Rassegna di legittimità

**Atti processuali - In genere - Deposito telematico - Disciplina transitoria di cui all'art. 87-bis d.lgs. n.150 del 2022 - Tempestività dell'atto di impugnazione - Termine per il deposito - Individuazione - Fattispecie.**

*In tema di deposito telematico degli atti, nel vigore della disciplina transitoria di cui all'art. 87-bis d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, introdotto dall'art. 5-quinquies, comma 1, legge 30 dicembre 2022, n. 199, l'atto di impugnazione risulta tempestivo se l'accettazione da parte del sistema informatico dell'ufficio giudiziario avviene entro le ore 24 del giorno di scadenza per il deposito. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del Tribunale che aveva dichiarato inammissibile, in quanto tardivo, l'appello cautelare ricevuto dalla cancelleria l'ultimo giorno utile per il deposito, seppur in orario di chiusura al pubblico).*

Cass., sez. 4, sentenza 14 giugno 2023, n. 31230

(dep. 19 luglio 2023) Rv. 284854

Pres. Ciampi, Rel. Cappello, Imp. Maci, P.M. Passafiume (Conf.)

Annulla senza rinvio, Tribunale della Libertà di Messina

**Azione penale - Querela - Termine - Reati divenuti procedibili a querela per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 - Declaratoria di improcedibilità - Condizioni.**

*Il decorso del termine di novanta giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, senza che l'Autorità giudiziaria procedente riceva la prova dell'avvenuta presentazione della querela, impone, per effetto della modifica del regime di procedibilità del reato introdotta dal citato d.lgs., l'immediata declaratoria di improcedibilità per mancanza di querela, non essendo previsto un formale avviso alla persona offesa della necessità della sua presentazione.*

Cass., sez. 1, sentenza 7 giugno 2023, n. 31451

(dep. 19 luglio 2023) Rv. 284841

Pres. Siani, Rel. Masi, Imp. Colucci, P.M. De Masellis (Diff.)

Annulla senza rinvio, Corte di Appello di Roma

**Impugnazioni - Appello - Cognizione del giudice d'appello - Divieto di "reformatio in peius" - Giudizio di appello a seguito di annullamento con rinvio su ricorso del solo imputato - Giudicato implicito sul capo della sentenza non interessata dall'annullamento - Violazione del divieto di "reformatio in peius" - Sussistenza - Fattispecie.**

*Viola il divieto di "reformatio in peius" il giudice di appello che, giudicando in sede di rinvio a seguito di annullamento della sentenza di condanna su ricorso proposto dal solo imputato, non si attiene al giudicato implicitamente formatosi sul capo della decisione non interessato dalla pronuncia di annullamento. (Fattispecie in cui, all'esito del giudizio rescissorio, la Corte di appello aveva rideterminato in anni due la durata della misura di sicurezza di cui all'art. 609-nonies, ultimo comma, n. 2 cod. proc. pen., confermando sul punto la decisione di primo grado, senza tener conto della riduzione operata con la sentenza annullata).*

Cass., sez. 4, sentenza 17 maggio 2023, n. 31840

(dep. 24 luglio 2023) Rv. 284862

Pres. Dovere, Rel. Antezza, Imp. A., P.M. Salvadori (Conf.)

Annulla in parte senza rinvio, Corte di Appello di Milano

**Lavoro - Prevenzione infortuni - Destinatari delle norme - Amministratore della società - Datore di lavoro - Ruolo meramente apparente - Incidenza sulla posizione di garanzia - Esclusione - Corresponsabilità del datore di lavoro e di chi ne esercita i poteri di fatto - Sussistenza.**

*In tema di infortuni sul lavoro, la responsabilità dell'amministratore della società, a cui formalmente fanno capo il rapporto di lavoro con il dipendente e la posizione di garanzia nei confronti dello stesso, non viene meno per il fatto che il menzionato ruolo sia meramente apparente, essendo invero configurabile, ai sensi del combinato disposto degli*

*artt. 2 e 299 d.lgs. 8 aprile 2008, n. 81, la corresponsabilità del datore di lavoro e di colui che, pur se privo di tale investitura, ne eserciti, in concreto, i poteri giuridici.*

Cass., sez. 4, sentenza 6 aprile 2023, n. 30167  
(dep. 12 luglio 2023) Rv. 284828  
Pres. Serrao, Rel. Bruno, Imp. Di Rosa, P.M. Orsi (Parz. Diff.)  
Rigetta, Corte di Appello di Napoli

**Misure cautelari - Personali - Riparazione per l'ingiusta detenzione - In genere - Causa ostativa all'indennizzo - Colpa grave dell'indagato - Affiliazione rituale ad associazione di tipo mafioso - Rilevanza - Fattispecie.**

*In tema di riparazione per l'ingiusta detenzione, la rituale affiliazione del richiedente ad un'associazione di tipo mafioso costituisce causa ostativa al riconoscimento del diritto, in quanto comportamento gravemente colposo ai sensi dell'art. 314 cod. proc. pen., ancorché non sufficiente a giustificare la condanna del predetto per il delitto associativo, in mancanza della prova di suo un ruolo dinamico e funzionale all'interno del sodalizio. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione di rigetto della domanda di riparazione avanzata da un soggetto affiliato alla "ndrangheta", con dote di "picciotto", sul rilievo che l'affiliazione rituale a un sodalizio di tipo mafioso costituisce un comportamento percepito all'esterno come espressione di contiguità allo stesso e, quindi, un "quid pluris" rispetto alle mere "frequentazioni ambigue").*

Cass., sez. 4, sentenza 21 giugno 2023, n. 31234  
(dep. 19 luglio 2023) Rv. 284858  
Pres. Piccialli, Rel. Pezzella, Imp. Spatari, P.M. Pezzella (Parz. Diff.)  
Rigetta, Corte di Appello di Reggio Calabria

**Procedimenti speciali - Giudizio direttissimo - In genere - Procedimento di convalida dell'arresto - Celebrato dinanzi al tribunale in composizione monocratica - Relazione orale degli agenti o degli ufficiali di polizia giudiziaria che hanno eseguito l'arresto - Obbligatorietà - Esclusione - Condizioni - Ragioni.**

*Il procedimento di convalida dell'arresto in flagranza dinanzi al tribunale in composizione monocratica può svolgersi anche nel caso in cui gli agenti o gli ufficiali di polizia giudiziaria che hanno eseguito la misura precautelare non possano effettuare, per una qualsiasi ragione, la relazione orale prevista dall'art. 558, comma 3, cod. proc. pen., potendo, in tal caso, essere utilizzati, purché ritualmente trasmessi, il verbale di arresto e la relazione di servizio redatti dagli operanti, in ragione del richiamo alla previsione dell'art. 122 disp. att. cod. proc. pen. operato dall'art. 558, comma 4, cod. proc. pen. o comunque, ove predisposta e trasmessa, la relazione scritta dei predetti, in quanto ciò che il procedimento in oggetto intende assicurare non è l'oralità della relazione afferente l'eseguito arresto, ma la celere definizione della convalida, consentendo la presentazione dell'arrestato anche prima della scadenza del termine di ventiquattro ore previsto dall'art. 386, comma 3, cod. proc. pen.*

Cass., sez. 6, sentenza 13 giugno 2023, n. 31173  
(dep. 18 luglio 2023) Rv. 284850  
Pres. De Amicis, Rel. Amoroso, Imp. Pmt C/ Albanese, P.M. Giordano (Conf.)  
Annulla senza rinvio, Tribunale di Palermo

**Prove - Chiamata di correo - Valutazione della prova - Chiamata di correo - Rilevanza probatoria - Riscontri esterni - Caratteristiche.**

*In tema di chiamata di correo, gli altri elementi di prova da valutare, ai sensi dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., unitamente alle dichiarazioni del chiamante, non devono possedere necessariamente i requisiti propri degli indizi di cui all'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., essendo sufficiente che siano precisi nella loro oggettiva consistenza e idonei a confermare, in un apprezzamento unitario, la prova dichiarativa dotata di propria autonomia rispetto a quella indiziaria.*

Cass., sez. 1, sentenza 10 maggio 2023, n. 31004  
(dep. 18 luglio 2023) Rv. 284840  
Pres. Di Nicola, Rel. Masi, Imp. Cauchi, P.M. Di Leo (Parz. Diff.)  
Rigetta, Corte di Assise di Appello di Torino

**Reati contro la persona - Delitti contro l'onore - Diffamazione - In genere - Responsabile di un ufficio stampa - Divulgazione a testate giornalistiche di uno scritto diffamatorio redatto da altri - Reato - Configurabilità - Ragioni.**

*Integra il delitto di diffamazione la condotta del responsabile di un ufficio stampa che, su disposizione del suo autore, invii a varie testate giornalistiche, per l'eventuale pubblicazione, uno scritto lesivo dell'altrui reputazione,*

*poiché la consapevole e volontaria divulgazione del documento è condotta eziologicamente funzionale all'ostensione delle notizie in danno della persona offesa.*

Cass., sez. 5, sentenza 20 giugno 2023, n. 31726

(dep. 20 luglio 2023) Rv. 284874

Pres. Sabeone, Rel. Borrelli, Imp. Corbucci C/ Moreschi, P.M. Lori (Conf.)

Annulla con rinvio, Corte di Appello di Ancona

#### Recidiva - In genere - Recidiva reiterata - Applicazione - Precedente dichiarazione di recidiva - Necessità - Esclusione.

*In tema di recidiva reiterata contestata nel giudizio di cognizione, ai fini della relativa applicazione è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice.*

Cass., sez. un., sentenza 30 marzo 2023, n. 32318

(dep. 25 luglio 2023) Rv. 284878

Pres. Cassano, Rel. Zaza, Imp. Sabbatini, P.M. Fimiani (Parz. Diff.)

Rigetta in parte, Corte di Appello di Ancona

#### Sicurezza pubblica - In genere - Divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive - Provvedimento del questore - Presupposti - Mero possesso di artifici pirotecnici - Torcia bengala - Sufficienza.

*Il mero possesso, ex art. 6-ter legge 13 dicembre 1989, n. 401, di "artifici pirotecnici" chiaramente utilizzabili per il compimento di atti di violenza in occasione di competizioni sportive, tra i quali rientra la "torcia bengala", costituisce presupposto sufficiente per l'emissione del provvedimento questorile del divieto di accesso ai luoghi in cui si tengono tali manifestazioni, non essendo a tal fine richiesto il requisito ulteriore del concreto pericolo per le persone.*

Cass., sez. 3, sentenza 21 giugno 2023, n. 32760

(dep. 27 luglio 2023) Rv. 284876

Pres. Marini, Rel. Galanti, Imp. Carpentieri, P.M. Marinelli (Parz. Diff.)

Dichiara inammissibile, G.i.P. Tribunale di Firenze

## Rassegna di merito

### CODICE PENALE

#### Lesioni colpose: infortunio sul lavoro – Aggravante – Presupposti.

(art. 590 c.p.)

*Ai fini della integrazione della circostanza aggravante del fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, è necessario che venga violata una regola cautelare volta ad eliminare o ridurre lo specifico rischio, derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, di morte o lesioni in danno dei lavoratori o di terzi esposti alla medesima situazione di rischio e pertanto assimilabili ai lavoratori, e che l'evento sia concretizzazione di tale rischio "lavorativo", non essendo all'uopo sufficiente che lo stesso si verifichi in occasione dello svolgimento di un'attività lavorativa.*

Tribunale S.M.C.V., G.M. Cesare  
sentenza 28 giugno 2023, n. 3524

#### Prescrizione: Associazione finalizzata al traffico di stupefacenti - Calcolo e termini.

(art. 74 d.P.R. 30/90 - 157 c.p.)

*In tema di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, il reato di cui all'art. 74 c. 6 dpr 30/90 relativo alla commissione di fatti di lieve entità ex art. 73 c. 5 dello stesso decreto, non è soggetto al raddoppio dei termini di prescrizione dovendosi escludere che l'indicazione dell'art. 74 cit da parte dell'art. 51 c. 3 bis cpp, a sua volta richiamato dall'art. 157 cp, implicante effetti derogatori "in peius" ricomprenda anche l'ipotesi di cui al c. 6 costituente fattispecie delittuosa autonoma - e non attenuata - rispetto a quella di cui al comma 1.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

#### Prescrizione: termine maturato nel corso del giudizio di rinvio – Onere del giudice di merito a rilevarlo.

(art. 624 c.p.p. - 157 c.p.)

*Ai sensi dell'art. 624 cpp, nel caso in cui la Corte di Cassazione annulli un capo della sentenza di condanna per l'esatta qualificazione giuridica di un fatto -reato, non si forma in relazione a quest'ultimo il giudicato parziale, poiché questo presuppone la decisione di tutti i punti che costituiscono passaggio obbligato per la completa definizione dell'imputazione, fra i quali è ricompreso anche il profilo della sua configurazione giuridica; ne consegue che, il giudice del merito è tenuto a rilevare la prescrizione del reato eventualmente maturata nel corso del giudizio di rinvio.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

### CODICE PROCEDURA PENALE

#### Parte civile: assunzione di qualità – Modalità ed effetti.

(art. 78 c.p.p.)

*La parte civile assume la qualità di parte nel processo sin dal momento della sua costituzione, mediante il deposito della dichiarazione in udienza o con la notificazione della stessa alle parti ai sensi dell'art. 78 cpp, senza necessità di*

*un provvedimento ammissivo, sia pure implicito, del giudice, fatta salva la possibilità di provvedere all'esclusione della stessa d'ufficio o su richiesta delle altre parti ex art. 80 e 81 cpp.*

Tribunale Nola, G.M. Piscitelli  
sentenza 11 settembre 2023, n. 12

**Parte civile: violazioni norme antinfortunistiche - Associazioni sindacali – Costituzione – Ammissione.**  
(art. 78 c.p.p.)

*È ammissibile, indipendentemente dalla iscrizione del lavoratore al sindacato, la costituzione di parte civile delle associazioni sindacali nei procedimenti per i reati di omicidio o lesioni colpose, commessi con violazione della normativa antinfortunistica, quando l'inosservanza di tale normativa possa cagionare un danno autonomo e diretto, patrimoniale o non patrimoniale alle associazioni sindacali, per la perdita di credibilità dell'azione di tutela delle condizioni di lavoro delle stesse svolta con riferimento alla sicurezza dei luoghi di lavoro e alla prevenzione delle malattie professionali.*

Tribunale S.M.C.V., G.M. Cesare  
sentenza 28 giugno 2023, n. 3524

**Valutazione della prova: deposizione della p.o. – Differenza con la posizione del semplice teste – Esame di attendibilità più rigido.**

(art. 192 c.p.p.)

*La persona offesa, pur essendo considerata dal legislatore anche quando si costituisce parte civile, alla stregua di un qualunque testimone, viene collocata, dalla giurisprudenza in una posizione diversa rispetto a quella del teste – e ciò proprio per il ruolo che assume nell'ambito del processo, sia quando si costituisce parte civile nel processo penale, sia quando non eserciti tale facoltà. Se infatti, il testimone è per definizione una persona estranea agli interessi in gioco del processo, che si limita a rendere una deposizione su fatti a cui ha assistito personalmente, senza altre o diverse implicazioni, la persona offesa è per definizione in posizione di antagonismo nei confronti dell'imputato per la semplice istanza di ottenere giustizia con la condanna di questi. Ne deriva che, a differenza che per la deposizione resa dal semplice testimone, con riferimento alla deposizione della persona offesa, occorre svolgere un esame più rigido e rigoroso dell'attendibilità intrinseca della deposizione, e, qualora la piattaforma probatoria lo consenta, occorre valutare – pur senza la necessità di riscontri esterni – anche gli altri elementi probatori, verificando se gli stessi confortino o meno detta deposizione. Pertanto, quando la p.o. rappresenta il principale (se non il solo) testimone che abbia avuto la percezione diretta del fatto da provare e sia, quindi sostanzialmente, l'unico soggetto processuale in grado di introdurre tale elemento valutativo nel processo, affinché la sua deposizione possa essere posta a fondamento del giudizio di colpevolezza dell'imputato, occorre sottoporla ad una puntuale analisi critica, mediante la comparazione con il rimanente materiale probatorio acquisito (laddove sia possibile) utilizzabile per corroborare la sua dichiarazione, ovvero, laddove una verifica ab estrinseco non sia possibile, attraverso un esame attento e penetrante della testimonianza.*

Tribunale Nola, G.M. Piscitelli  
sentenza 11 settembre 2023, n. 12

## LEGGI PENALI SPECIALI

**Associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: ipotesi di lieve entità – Criteri quantitativi e qualitativi – Diversità di sostanze – Valenza assorbente – Esclusione.**

(art. 73 c. 5 d.P.R. 309/90)

*La diversità di sostanze stupefacenti oggetto della condotta non è di per sé ostativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 73 c. 5 d.P.R. 309/90 in quanto l'accertamento della lieve entità del fatto implica una valutazione complessiva degli elementi della fattispecie concreta selezionati in relazione a tutti gli indici sintomatici previsti dalla disposizione. I principi espressi a più riprese dalle Sezioni Unite forniscono un parametro interpretativo univoco essendosi ribadito come nella valutazione della tenuità del fatto ai sensi dell'art. 73 c. 5, non può assumere, di norma, valenza esclusiva ed assorbente il dato quantitativo, né quello qualitativo con riferimento alle diversità delle sostanze oggetto di cessione, dovendo la valutazione del fatto guardare alla complessità dello stesso, valorizzando – in senso positivo o negativo – tutti gli elementi che contraddistinguono quella determinata condotta. Tale criterio di giudizio può subire una flessione solo nel caso in cui il dato ponderale sia di per sé talmente rilevante da determinare l'assorbimento dei restanti aspetti della condotta.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

### Associazione finalizzata al traffico di stupefacenti: riconoscimento della fattispecie di cui al c. 6 – Criteri. (art. 74 d.P.R. 309/90 c. 6)

*Non è ostativa al riconoscimento della fattispecie di cui al c. 6 dell'art. 74 DPR 309/90 la sussistenza di un'attività criminale organizzata o professionale, posto che la stessa sia indirizzata ad attività di piccolo spaccio e che non sia risultata avere modalità organizzative particolarmente sofisticate, né gestire grossi quantitativi di stupefacenti.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

### Immissioni in atmosfera: comunicazioni dovute – Omissione – Conseguenze.

(art. 269 d.P.R. 309/90)

*Il reato di emissione in atmosfera senza autorizzazione si configura, relativamente ad impianti o attività le cui emissioni sono scarsamente rilevanti agli effetti dell'inquinamento atmosferico, qualora, avendo l'autorità competente previsto, con proprio provvedimento generale, che i gestori degli impianti o delle attività elencati nella parte 1 dell'Allegato IV alla parte quinta del decreto comunitario alla stessa di ricadere in tale elenco, la messa in esercizio dell'impianto o di avvio dell'attività non sia preceduta dalla comunicazione di ricadere nell'elenco e, sempre in via preventiva, della data di inizio dell'attività. L'accesso alla procedura semplificata inoltre, è precluso ove non siano effettuate preventivamente entrambe le comunicazioni sicché l'esecuzione di solo una di esse configura il reato di cui all'art. 269 del citato decreto.*

Tribunale Nola, G.I.P. Muzzica  
ordinanza 9 ottobre 2023, n. 1374

### Stupefacenti: ipotesi di lieve entità – Parametri ponderali – Rilevanza e casistica.

(art. 73 d.P.R. 309/90 c. 5)

*Posto che l'individuazione di parametri oggettivi rientra nella competenza del Legislatore, la giurisprudenza di legittimità ha tentato di compiere, sulla base di un numero significativo di pronunce una verifica statistica in ordine alla rilevanza che viene attribuita al dato ponderale. La difficoltà di individuare parametri il più possibile oggettivi, in grado di fornire linee guida volte a stabilire con criteri predeterminati quando si sia in presenza della fattispecie autonoma di cui all'art. 73 c. 5 dpr 309/90 si è già posta nella speculare ipotesi dell'aggravante della ingente quantità. Posto che l'individuazione dei parametri oggettivi rientra nella competenza del Legislatore, la giurisprudenza di legittimità ha tentato di compier, sulla base di un numero significativo di pronunce, una verifica statistica in ordine alla rilevanza che viene attribuita al dato quantitativo. In relazione all'ipotesi lieve di cui al c. 5 – pur tenendo conto del fatto, che rispetto alla questione di cui all'art. 80 dpr 309/90 il problema è aggravato dal fatto che il dato quantitativo non costituisce l'unico elemento di valutazione, dovendo questo inserirsi in un giudizio globale sull'offensività del fatto – la giurisprudenza ha comunque rilevato che l'aspetto quantitativo è uno di quelli che maggiormente incide sul giudizio in ordine all'art. 73 c. 5.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

### Stupefacenti: ipotesi di lieve entità – Modalità e caratteristiche della condotta.

(art. 73 d.P.R. 309/90 c. 5)

*La fattispecie autonoma di cui al c. 5 dell'art. 73 dpr 309/90 è configurabile nelle ipotesi di cd piccolo spaccio, che si caratterizza per una complessiva minore portata dell'attività dello spacciatore e dei suoi complici, con una ridotta circolazione della merce e del denaro nonché dei guadagni limitati, che, in ogni caso non sia tale da dar luogo ad una prolungata attività di spaccio, rivolta ad un numero indiscriminato di soggetti.*

Corte Appello Napoli, sez. I  
sentenza 7 giugno 2023, n. 7639  
Pres. Carbone, Est. Migliorini

## Diritto amministrativo e costituzionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (D.Lgs. 18 Aprile 2016, n. 50) .....	614
a cura di Almerina Bove	



Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii. (nonché sul Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)

### Concessioni – Equilibrio economico finanziario – Revisione – Evento imprevedibile – Diritto di recesso – Non esiste un diritto soggettivo del concessionario ad ottenere gli utili non maturati

*In caso di eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario che alterano l'equilibrio economico finanziario del contratto di concessione le parti, ai sensi dell'art. 165<sup>1</sup> d.lgs. n. 50 del 2016, sono tenute ad avviare trattative per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio e, in caso di mancato accordo possono recedere dal contratto. Non esiste, e neanche sarebbe compatibile con i principi generali della materia, un diritto soggettivo ad ottenere la quantità di beneficio perseguito dal concessionario ma impedito dall'avvenuta alterazione dell'equilibrio economico finanziario introdotto dall'evento imprevedibile. Il percorso di revisione è immaginato quale strumento – che la pubblica amministrazione non può evitare – di ricerca di un nuovo equilibrio tra le parti. L'evento imprevedibile è la condizione necessaria a far valere l'esistenza di una alterazione delle originarie condizioni e dunque la opportunità della ricerca di un componimento. Non è, invece, previsto nella logica e nella lettera del legislatore una sorta di diritto soggettivo in capo al contraente ad ottenere il profitto che le condizioni obiettive hanno reso non raggiungibile.*

Cons. di Stato, sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200, Pres. R. Giovagnoli, Est. M. R. Castorina

### Contratto di appalto – Mancata esecuzione – Risarcimento danni – Le voci di danno derivante da mancato guadagno e lucro cessante non sono risarcibili – Valenza riparatoria (e non sanzionatoria) del danno risarcibile

*In caso di domanda di risarcimento dei danni da parte dell'appellante per mancata esecuzione del contratto vanno escluse le voci relative al danno emergente le quali non possono essere risarcite nel caso in cui si chieda il danno da mancato guadagno o da lucro cessante. In particolare, vanno escluse le poste di danno rappresentate dalle spese sopportate in vista della esecuzione del contratto (e quindi sia le spese per la gara, sia quelle, a maggior ragione, costituenti i costi di produzione delle prestazioni contrattuali), poiché altrimenti si riconoscerebbe un risarcimento per equivalente superiore alle perdite patrimoniali subite dal danneggiato, violando pertanto un principio fondamentale in tema di risarcimento. Ed invero, l'impresa percepirebbe, in sede risarcitoria, più di quanto avrebbe avuto se avesse eseguito il contratto, venendo in tal modo a beneficiare sia dei vantaggi economici che avrebbe avuto se non avesse stipulato ed eseguito il contratto oggetto di gara, sia dei lucri che avrebbe conseguito ove il contratto fosse stato eseguito. In definitiva, si cumulerebbero, in tal modo, i danni da lesione dell'interesse negativo con quelli da lesione dell'interesse positivo, il che è da ritenere inammissibile poiché il risarcimento assumerebbe una valenza sanzionatoria e non semplicemente riparatoria.*

Cons. di Stato, sez. V, 3 agosto 2023, n. 7494, Pres. F. Caringella, Est. G. Manca

### Contratto di avalimento – Invalidità – Indicazione del corrispettivo – Rapporto di sinallagmaticità tra le prestazioni a carico delle parti

*È esclusa l'automatica invalidità del contratto di avalimento privo dell'espressa indicazione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria o mancante dei criteri per la sua predeterminazione, ogni qualvolta dal tenore dell'accordo possa comunque individuarsi l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria (che l'ha indotta ad assumere le relative*

<sup>1</sup> La norma corrisponde all'art. 192 (Revisione del contratto di concessione) del nuovo codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

obbligazioni e le connesse responsabilità), il quale può essere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo. È, dunque, essenziale verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale sia in possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una ragione pratica giustificativa del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso. In tale contesto, la prova dell'onerosità del contratto non richiede dunque che sia dimostrata l'esistenza di un corrispettivo predeterminato, ma che sussista il rapporto di sinallagmaticità tra le diverse prestazioni previste a carico delle parti.

Cons. di Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6826, Pres. R. de Nictolis, Est. G. Rovelli

### Avvalimento premiale – Art. 104 del Nuovo Codice dei contratti – Punteggio – È superato il divieto dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale – Limiti

L'art. 104 del Nuovo Codice dei contratti contempla la possibilità di un avvalimento premiale volto a "migliorare la propria offerta". La principale innovazione portata dall'art. 104 consiste nella "formalizzazione" dell'avvalimento premiale puro, ovvero quello adottato non esclusivamente a fini partecipativi bensì per permettere all'operatore economico di ottenere un punteggio maggiore nella valutazione della propria offerta tecnica. Viene superato il divieto, individuato nella precedente giurisprudenza, dell'avvalimento meramente premiale finalizzato esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale (in tal senso Cons.St. V n. 2526/2021, TAR Palermo n. 2378/2022). L'ultimo comma dell'art. 104 puntualizza che, nei soli casi in cui l'avvalimento (come previsto dal comma 4) sia finalizzato a migliorare l'offerta non è consentito che partecipino alla medesima gara l'impresa ausiliaria e quella che si avvale delle risorse da essa messe a disposizione. In tal modo il legislatore ha confermato l'apertura ad un avvalimento solo premiale, ponendovi delle limitazioni nell'interesse della stazione appaltante. Tali disposizioni normative hanno un evidente carattere innovativo, e non interpretativo, per cui non può essere predicata la loro interpretazione retroattiva, estesa anche alle gare già bandite e svolte sotto il regime del pregresso codice appalti.

T.A.R. Napoli, sez. III, 04 agosto 2023, n. 4756, Pres. Est. A. Pappalardo

### Esclusione dalla gara - Irregolarità fiscale – Violazioni non definitivamente accertate – Poteri della stazione appaltante

In caso di irregolarità di ordine fiscale da parte di un operatore economico, a fronte della concreta ed effettiva "conoscenza" (anche e soprattutto in virtù di un obbligo di completezza informativa gravante sugli operatori economici concorrenti) della sussistenza di violazioni "non definitivamente" accertate alla normativa fiscale – la stazione appaltante è: a) sempre tenuta (in termini di doverosità, ed a salvaguardia delle esigenze di effettività, serietà e di parità di trattamento della partecipazione competitiva) ad un vaglio preliminare di rilevanza (in termini di gravità della violazione, sotto un profilo di ordine essenzialmente quantitativo, ed in correlazione all'oggetto dell'appalto in affidamento); b) in ogni caso abilitata (in forza di un apprezzamento connotato da ampi margini di valutazione, sindacabili – ove supportati da idonei ed adeguati elementi dimostrativi – solo in presenza di vizi sintomatici di irragionevolezza o di travisamento) alla estromissione del concorrente.

Cons. di Stato, sez. V, 10 luglio 2023, n. 6731, Pres. R. De Nictolis, Est. G. Grasso

### F.A.Q. – Natura ed efficacia – Interpretazione autentica delle regole di gara

Il ricorso alle cd. Frequently Asked Questions (FAQ) è normalmente da ricondurre a esigenze di trasparenza dell'attività della pubblica amministrazione e di economicità della medesima. È da escludere che le risposte alle FAQ possano essere assimilate a una fonte del diritto, né primaria, né secondaria. Neppure possono essere considerate affini alle circolari, dal momento che non costituiscono un obbligo interno per gli organi amministrativi. In difetto dei necessari presupposti legali, esse non possono costituire neppure atti di interpretazione autentica. Tuttavia, non può essere sottovalutato l'effetto che le risposte alle FAQ producono sui destinatari, a partire dall'affidamento nei confronti di chi (l'amministrazione) fornisce le risposte. In definitiva, le risposte alle FAQ, pur nella loro atipicità, si pongono a metà strada tra le disposizioni di carattere normativo, per loro natura (almeno di regola) generali e astratte e inidonee quindi a prevedere ogni loro possibile applicazione concreta, e il singolo esercizio della funzione amministrativa da parte di una pubblica amministrazione. E dunque, con riferimento alle gare di appalto, le FAQ costituiscono chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della lex di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex spe-

cialis. Per quanto non vincolanti, le FAQ orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate tamquam non essent.

Cons. di Stato, sez. IV, 30 agosto 2023, n. 8065, Pres. L. Carbone, Est. O. Fratamico

### Impugnazione – Decorrenza del termine – Lesività dell'atto – Parametri oggettivi

*Nelle procedure di gara d'appalto, il termine di impugnazione deve decorrere dal momento in cui l'operatore economico è stato posto in condizione (secondo parametri oggettivamente riscontrabili) di apprezzare la lesività dell'atto, laddove rimettere la decorrenza del termine decadenziale alla percezione soggettiva della lesività degli atti della p.a. rende, nella maggior parte dei casi, l'attività della pubblica amministrazione suscettibile di impugnazione sine die o comunque rende assolutamente incerta l'azione della pubblica amministrazione e i relativi rapporti giuridici.*

Cons. di Stato, sez. IV, 12 luglio 2023, n. 6816, Pres. G. Mastrandrea, Est. P. Marotta

### Offerta tecnica – Valutazione – Discrezionalità – Sindacato del Giudice Amministrativo – Limiti - Il giudice non può sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo

*La valutazione delle offerte tecniche effettuate dalla commissione giudicatrice attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica. Tuttavia, il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte. Il giudice non può agire al posto dell'amministrazione, ma può sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa; lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto: 1) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; 2) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo; 3) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.*

Cons. di Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931, Pres. F. Caringella, Est. G. Rovelli

### Offerta tecnica – Valutazione complessiva della congruità dell'offerta – Costo del personale – L' eventuale violazione dei minimi tabellari non implica l'automatica esclusione della concorrente dalla gara – Soccorso istruttorio

*Al fine dell'accertamento della congruità dell'offerta, il R.U.P è tenuto a verificare, a pena di esclusione, che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali redatte annualmente. Tuttavia, sussistendo l'onere del soccorso istruttorio. Ciò in quanto l'esclusione prevista dall'art. 97<sup>2</sup>, comma 5, lett. d) del d.lgs. 50 del 2016 deve intendersi riferita all'incongruità complessiva del costo del lavoro, quale risultante all'esito delle giustificazioni prodotte nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta - rispetto al quale il riferimento ai costi risultanti dalle tabelle ministeriali di cui all'art. 23<sup>3</sup> comma 16 del codice costituisce utile parametro di riferimento - laddove, per contro, il mancato rispetto dei minimi salariali inderogabili previsti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge (id est dalla contrattazione collettiva) comporta ex se l'esclusione dalla procedura di gara, non essendo in relazione al mancato rispetto di detti minimi salariali ammesse giustificazioni.*

Cons. di Stato, sez. VII, 31 agosto 2023, n. 8101, Pres. R. Giovagnoli, Est. M. A. P. Francola

### Project financing – Mera aspettativa del promotore – Revoca della procedura di gara – Non sussiste alcun diritto al risarcimento dei danni nemmeno per responsabilità precontrattuale

*Il project financing costituisce un istituto giuridico complesso nell'ambito del quale il soggetto privato non acquisisce alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una mera aspettativa condizionata dalle valutazioni di esclu-*

<sup>2</sup> La norma corrisponde all'art. 110 (Offerte anormalmente basse) del nuovo codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

<sup>3</sup> La norma corrisponde all'art. 41 (Livelli e contenuti della progettazione) del nuovo codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

*siva pertinenza della P.A. in merito alla opportunità di contrattare. L'Amministrazione ha la facoltà di revocare la procedura prima della conclusione della gara e dell'aggiudicazione della concessione, senza che il promotore dell'iniziativa possa vantare alcuna posizione tutelabile e, quindi, ottenere il risarcimento dei danni. Infatti, nel caso di revoca della procedura di finanza del progetto, la Pubblica Amministrazione non può essere condannata a risarcire il danno nemmeno per responsabilità precontrattuale, atteso che nessuna violazione del dovere di correttezza negoziale è dato di ravvisare nel comportamento dell'Amministrazione nel caso in cui non abbia mai dato luogo al minimo affidamento sul consolidamento di una posizione precontrattuale riconducibile a quella tipica del promotore (Cons. Stato, n. 207 del 2017). Nella procedura di project financing, infatti, la fase precontrattuale, nella quale le parti contraenti possono essere chiamate a rispondere di eventuali scorrettezze reciproche, inizia solo dopo l'espletamento della gara, quando si apre la fase negoziale coinvolgente il promotore finanziario e le imprese prime classificate nella procedura di selezione. La dichiarazione di pubblico interesse di una proposta di realizzazione di lavori pubblici -e l'individuazione del promotore privato- non rappresenta un atto ad efficacia durevole attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, quanto prodromico alla indizione di una gara, non fondativo di indennizzo in caso di revoca della stessa (Cons. Stato n. 3237 del 2015). Pertanto, l'indennizzo ex art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990 non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, né spetta il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, che, ai sensi dell'art. 155, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, risulta dovuto nel project financing a favore del promotore solo ove questo non risulti aggiudicatario quando la gara stessa si sia peraltro conclusa.*

Cons. di Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7930, Pres. F. Caringella, Est. A. Fasano



## Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA ..... 620  
a cura di Celeste Pesce, Michele Corleto, Francesco Romanelli

INTERNAZIONALE



a cura di

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Michele Corleto

Ricercatore di Diritto Internazionale

Francesco Romanelli

Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

## Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea

### «Famiglia – Minori stranieri non accompagnati – Soggetti vulnerabili – Trattamenti inumani e degradanti – Articolo 3 CEDU – Violazione Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia».

CEDU, Caso M.A. v. ITALY, ricorso n. 70583/17, sentenza del 31 Agosto 2023.

*La Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia a risarcire una minore straniera non accompagnata stabilendo che il centro di accoglienza, non essendo attrezzato a fornire un'adeguata assistenza psicologica alla ricorrente e non avendo tenuto conto della sua situazione di vulnerabilità, ha costituito una violazione dall'articolo 3 della CEDU che sancisce il divieto ad essere sottoposti a trattamenti inumani e degradanti.*

La CEDU ha condannato l'Italia per non aver garantito un'adeguata accoglienza e tutela ad una ragazza minore originaria del Ghana, vittima di precedenti violenze nel paese di origine ed in Libia per la violazione della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia.

Ancora minore, M.A. era giunta sulle coste italiane nell'ottobre 2016. Pur essendo stata fin da subito identificata come minore straniera non accompagnata, venne ospitata inizialmente presso il Centro "Capitaneria" a Reggio Calabria priva della necessaria assistenza e tutela e in condizioni di estremo disagio, in una struttura definita dalla Procura come un luogo non idoneo al suo sviluppo psicofisico, per il sovraffollamento e le pessime condizioni sanitarie. Trasferita successivamente presso un altro centro per minori, M.A., in ragione del permanere dell'incertezza circa la sua situazione giuridica e dell'assenza di prospettive, decideva volontariamente di uscire dal percorso di accoglienza e di raggiungere il Nord Italia. Giunta a Como, la minore fu accolta per otto mesi nel centro di accoglienza prefettizio di Via Teodolinda a Como, vivendo in un container in una situazione di promiscuità con persone adulte di nazionalità diversa senza nessuna effettiva presenza di educatori e/o operatori durante la notte. A pochi giorni dall'ingresso nella struttura di accoglienza, nel corso della raccolta delle dichiarazioni per la presentazione delle domanda di asilo, la ricorrente affermò la propria condizione di vittima di violenza sessuale. Come riportato nella sentenza una psicologa di Medici senza Frontiere certificò che la ragazza "era stata esposta a molteplici esperienze traumatiche nel corso della sua vita quali abusi, molestie e violenze sessuali" e che "la permanenza nel Centro, dove i minori non accompagnati venivano accolti insieme agli adulti e dove non esistevano servizi adeguati ai bisogni delle vittime di violenza sessuale, rischiava di aggravare la sua fragile condizione psicologica". Tanto la procedura di protezione internazionale quanto la richiesta di collocamento in strutture idonee alle vulnerabilità subirono numerosi ritardi a causa della sostanziale inazione dell'originario tutore legale, responsabile della struttura di accoglienza e del successivo tutore nominato a seguito di richiesta al giudice minorile. M.A. si rivolgeva alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per chiedere l'immediato trasferimento e la nomina di un nuovo tutore. La Corte, in accoglimento parziale delle richieste avanzate, ordinava, il giorno successivo al ricevimento dell'istanza, il trasferimento della minore in una struttura idonea.

Accogliendo il ricorso, i giudici di Strasburgo hanno accertato la violazione dell'art. 3 della CEDU (divieto di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti) condannando l'Italia a un risarcimento dei danni non patrimoniali per quanto sofferto dalla cittadina straniera.

In particolare, la Corte, richiamando i principi relativi ai minori migranti e ai soggetti vulnerabili e ricordando che "le autorità devono essere particolarmente attente quando hanno a che fare con persone vulnerabili garantendo loro una maggiore protezione, poiché la loro capacità o volontà di presentare un reclamo è spesso compromessa" (par. 38), ha tenuto in considerazione sia le condizioni esistenti nel centro sia l'inerzia delle

autorità a fronte delle molteplici richieste avanzate dalla ricorrente di essere trasferita in un centro per minori nonostante la sua particolare vulnerabilità dovesse ritenersi nota. Appare utile evidenziare che sia il ricorso d'urgenza che quello ordinario sono stati promossi direttamente dalla ricorrente anche se minorenni e nonostante l'avvenuta nomina di un tutore. Quanto accaduto a M.A. risulta in contrasto con i diritti e i principi sanciti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, che non sono mai derogabili, come ha già ricordato la Corte nel caso *Darboe vs Italia*, nemmeno quando il flusso di migranti ai confini esterni dell'Unione Europea diventa particolarmente pressante.

«Rinvio pregiudiziale – Protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Regolamento (UE) 2016/679 – Social network online – Abuso di posizione dominante da parte dell'operatore di un tale network – Abuso consistente nel trattamento di dati personali degli utenti di detto network previsto dalle condizioni generali d'uso di quest'ultimo – Competenza di un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro a constatare la non conformità di detto trattamento a tale regolamento – Articolazione con le competenze delle autorità nazionali incaricate del controllo della protezione dei dati personali – Articolo 4, paragrafo 3, TUE – Principio di leale cooperazione – Articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettere da a) a f), del regolamento 2016/679 – Liceità del trattamento – Articolo 9, paragrafi 1 e 2 – Trattamento di categorie particolari di dati personali – Articolo 4, punto 11 – Nozione di "consenso"».

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) – Sentenza del 4 luglio 2023

Causa C-252/21 - ECLI:EU:C:2023:537

Meta Platforms Inc., già Facebook Inc., Meta Platforms Ireland Ltd, già Facebook Ireland Ltd, Facebook Deutschland GmbH c/ Bundeskartellamt con l'intervento di Verbraucherzentrale Bundesverband

1) *Gli articoli 51 e seguenti del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) nonché l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, devono essere interpretati nel senso che:*

*fermo restando il rispetto del suo obbligo di leale cooperazione con le autorità di controllo, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi a detto regolamento, qualora tale constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza di un tale abuso.*

*Alla luce di tale obbligo di leale cooperazione, l'autorità nazionale garante della concorrenza non può discostarsi da una decisione dell'autorità nazionale di controllo competente o dell'autorità di controllo capofila competente che riguardi tali condizioni generali o condizioni generali analoghe. Laddove nutra dubbi sulla portata di tale decisione, laddove dette condizioni o condizioni analoghe siano, al contempo, oggetto di esame da parte di tali autorità, o, ancora, laddove, in assenza di un'indagine o di una decisione di dette autorità, ritenga che le condizioni in questione non siano conformi al regolamento 2016/679, l'autorità nazionale garante della concorrenza deve consultare dette autorità di controllo e chiederne la cooperazione, al fine di fugare i propri dubbi o di determinare se si debba attendere l'adozione di una decisione da parte di tali autorità prima di iniziare la propria valutazione. In assenza di obiezioni o di risposta di queste ultime entro un termine ragionevole, l'autorità nazionale garante della concorrenza può proseguire la propria indagine.*

2) *L'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:*

*nel caso in cui un utente di un social network online consulti siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate da tale disposizione e, se del caso, inserisca in essi dati, iscrivendosi oppure effettuando ordini online, il trattamento di dati personali da parte dell'operatore di tale social network online – consistente nel raccogliere, tramite interfacce integrate, cookie o simili tecnologie di registrazione, i dati risultanti dalla consultazione di tali siti e di tali applicazioni nonché i dati inseriti dall'utente, nel mettere in relazione l'insieme di tali dati con l'account del social network di quest'ultimo e nell'utilizzare detti dati – deve essere considerato un «trattamento di categorie particolari di dati personali» ai sensi di detta disposizione, il quale è in linea di principio vietato, fatte salve le deroghe previste da detto articolo 9, paragrafo 2, qualora tale trattamento di dati sia tale da rivelare informazioni rientranti in una di dette categorie, a prescindere dal fatto che tali informazioni riguardino un utente di tale social network o qualsiasi altra persona fisica.*

3) *L'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:*

*un utente di un social network online, allorché consulta siti Internet oppure applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate all'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento, non rende manifestamente pubbliche, ai sensi della prima di tali disposizioni, i dati relativi a tale consultazione, raccolti dall'operatore di detto social network online mediante cookie o simili tecnologie di registrazione.*

Quando inserisce dati in tali siti Internet o applicazioni nonché quando attiva pulsanti di selezione integrati in questi ultimi, come i pulsanti «Mi piace» o «Condividi» o i pulsanti che consentono all'utente di identificarsi su un sito Internet o su un'applicazione utilizzando gli identificativi di connessione collegati al suo account di utente del social network, il suo numero di telefono o il suo indirizzo di posta elettronica, tale utente rende manifestamente pubblici, ai sensi di detto articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del RGPD, i dati così inseriti o risultanti dall'attivazione di tali pulsanti soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente, se del caso sulla base di un'impostazione individuale di parametri effettuata con piena cognizione di causa, la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.

4) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera b), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:

*il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network online – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti, ai sensi di tale disposizione, solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento.*

5) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:

*il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network online – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – può essere considerato necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, ai sensi di tale disposizione, solo a condizione che il suddetto operatore abbia indicato agli utenti presso i quali i dati sono stati raccolti un legittimo interesse perseguito dal loro trattamento, che tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di tale legittimo interesse e che dal contemperamento dei contrapposti interessi, alla luce di tutte le circostanze pertinenti, risulti che le libertà e i diritti fondamentali e gli interessi di tali utenti non prevalgono su detto legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi.*

6) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera c), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:

*il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network online – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – è giustificato, ai sensi di tale disposizione, allorché è effettivamente necessario per adempiere un obbligo legale al quale il titolare del trattamento è soggetto, in forza di una disposizione del diritto dell'Unione o del diritto dello Stato membro interessato, tale base giuridica risponde ad un obiettivo di interesse pubblico ed è proporzionata all'obiettivo legittimo perseguito e tale trattamento è effettuato nei limiti dello stretto necessario.*

7) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettere d) ed e), del regolamento 2016/679 deve essere interpretato nel senso che:

*il trattamento di dati personali effettuato da un operatore di un social network online – consistente nel raccogliere dati degli utenti di tale social network provenienti da altri servizi del gruppo al quale appartiene tale operatore oppure derivanti dalla consultazione, da parte di tali utenti, di siti Internet o di applicazioni di terzi, nel mettere in relazione tali dati con l'account del social network di detti utenti e nell'utilizzare detti dati – non può, in linea di principio e ferma restando la verifica che deve essere effettuata dal giudice del rinvio, essere considerato necessario alla salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica, ai sensi della lettera d), oppure all'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, ai sensi della lettera e).*

8) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento 2016/679 devono essere interpretati nel senso che:

*la circostanza che l'operatore di un social network online occupi una posizione dominante sul mercato dei social network online non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social network possano validamente acconsentire, ai sensi dell'articolo 4, punto 11, di detto regolamento, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare.*

L'autorità federale garante della concorrenza ha avviato nei confronti di Meta Platforms, Meta Platforms Ireland e Facebook Deutschland un procedimento in esito al quale, con decisione del 6 febbraio 2019, fondata sull'articolo 19, paragrafo 1, e sull'articolo 32 del GWB, essa ha sostanzialmente vietato loro di subordinare, nelle condizioni generali, l'uso del social network Facebook da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro dati off Facebook e di procedere, senza il consenso di detti utenti, al trattamento di tali dati sulla base delle condizioni generali.

Il modello economico del social network online Facebook si fonda sul finanziamento tramite la pubblicità online, che viene creata su misura per i singoli utenti del social network in funzione, in particolare, del loro comportamento di consumo, dei loro interessi, del loro potere d'acquisto e della loro situazione personale. Meta Platforms Ireland si basa sul contratto d'uso a cui gli utenti del social network Facebook aderiscono tramite l'attivazione del pulsante «Iscriviti» e con il quale essi accettano le condizioni generali stabilite da detta società. L'accettazione di queste condizioni è necessaria per poter utilizzare il social network Facebook. Per quanto riguarda il trattamento dei dati personali, le condizioni generali rinviano alle regole sull'uso dei dati e dei marcatori (cookies) adottate dalla suddetta società.

Meta Platforms, Meta Platforms Ireland e Facebook Deutschland hanno presentato un ricorso avverso la decisione dell'autorità federale garante della concorrenza dinanzi all'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania). Successivamente Meta Platforms Ireland ha introdotto nuove condizioni generali, le quali indicano espressamente che l'utente, invece di pagare per l'uso dei prodotti Facebook, dichiara di acconsentire alle inserzioni pubblicitarie. Inoltre, dal 28 gennaio 2020 Meta Platforms offre in tutto il mondo, l'«Off-Facebook-Activity», la quale consente agli utenti del social network Facebook di visualizzare un riepilogo delle informazioni che li riguardano, che le società del gruppo Meta ottengono in relazione alle loro attività su altri siti Internet e applicazioni, e di scollegare, se lo desiderano, tali dati dal loro account Facebook.com, tanto per il passato quanto per il futuro.

L'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) nutre dubbi, in primo luogo, in merito alla possibilità per le autorità nazionali garanti della concorrenza di controllare, nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, la conformità di un trattamento di dati personali alle condizioni stabilite nel RGPD; in secondo luogo, in merito alla possibilità per un operatore di un social network online di trattare i dati personali sensibili della persona interessata, ai sensi dell'articolo 9, paragrafi 1 e 2, di tale regolamento; in terzo luogo, in merito alla liceità del trattamento dei dati personali dell'utente interessato da parte di un siffatto operatore, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, di detto regolamento, e, in quarto luogo, in merito alla validità – alla luce dell'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del medesimo regolamento – del consenso prestato a un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato nazionale dei social network online, ai fini di un trattamento di questo tipo.

La Corte si è quindi pronunciata sui quesiti posti con i principi indicati.

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE – Stato di diritto – Tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione – Indipendenza dei giudici – Primato del diritto dell'Unione – Articolo 4, paragrafo 3, TUE – Obbligo di leale cooperazione – Revoca dell'immunità penale e sospensione dalle funzioni di un giudice disposte dall'Izba Dyscyplinarna (Sezione disciplinare) del Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia) – Mancanza di indipendenza e imparzialità di tale sezione – Modifica della composizione del collegio giudicante chiamato a conoscere di una causa precedentemente assegnata a tale giudice – Divieti per gli organi giurisdizionali nazionali di mettere in discussione la legittimità di un organo giurisdizionale, di compromettere il funzionamento di quest'ultimo o di valutare la legalità o l'efficacia della nomina dei giudici o dei poteri giurisdizionali di questi ultimi a pena di sanzioni disciplinari – Obbligo per gli organi giurisdizionali di cui trattasi e per le autorità competenti a designare e modificare la composizione dei collegi giudicanti di disapplicare le misure di revoca dell'immunità e di sospensione del giudice interessato – Obbligo per i medesimi organi giurisdizionali e le medesime autorità di disapplicare le disposizioni nazionali che prevedono detti divieti».

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) Sentenza del 13 luglio 2023

ECLI:EU:C:2023:562

Cause riunite C-615/20 e C-671/20,

YP e a. (C-615/20), M. M. (C-671/20), con l'intervento di Prokuratura Okręgowa w Warszawie, Komisja Nadzoru Finansowego e a. (C-615/20)

1) *L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali che conferiscono a un organo, la cui indipendenza e imparzialità non sono garantite, la competenza ad autorizzare l'avvio di procedimenti penali a carico di giudici degli organi giurisdizionali ordinari e, in caso di rilascio di una siffatta autorizzazione, a sospendere dalle funzioni i giudici di cui trattasi e a ridurre la retribuzione di questi*

ultimi durante detta sospensione.

2) L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, il principio del primato del diritto dell'Unione e il principio di leale cooperazione sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE devono essere interpretati nel senso che:

– da un lato, un collegio giudicante di un organo giurisdizionale nazionale, investito di una causa e composto da un giudice unico nei confronti del quale un organo, la cui indipendenza e imparzialità non sono garantite, ha adottato una risoluzione che autorizza l'esercizio dell'azione penale e dispone la sospensione dalle funzioni del medesimo nonché la riduzione della sua retribuzione, è legittimato a disapplicare una siffatta risoluzione che osta all'esercizio della sua competenza in detta causa; e,

– dall'altro lato, le autorità giudiziarie competenti a designare e modificare la composizione dei collegi giudicanti di tale organo giurisdizionale nazionale devono anch'esse disapplicare detta risoluzione, che osta all'esercizio di tale competenza da parte di detto collegio giudicante.

3) L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, nonché i principi del primato del diritto dell'Unione e di leale cooperazione devono essere interpretati nel senso che:

– da un lato, un collegio giudicante di un organo giurisdizionale nazionale il quale, essendogli stata riassegnata una causa precedentemente assegnata a un altro collegio giudicante di tale organo giurisdizionale in conseguenza di una risoluzione, adottata da un organo la cui indipendenza e imparzialità non sono garantite e che ha autorizzato l'esercizio dell'azione penale nei confronti del giudice unico che compone quest'ultimo collegio giudicante e disposto la sospensione di quest'ultimo dalle funzioni, nonché la riduzione della sua retribuzione, abbia deciso di sospendere il trattamento di tale causa nell'attesa di una pronuncia pregiudiziale della Corte deve disapplicare tale risoluzione e astenersi dal proseguire l'esame di detta causa; e,

– dall'altro lato, le autorità giudiziarie competenti a designare e modificare la composizione dei collegi giudicanti dell'organo giurisdizionale nazionale sono tenute, in un siffatto caso, a riassegnare la medesima causa al collegio giudicante inizialmente incaricato di quest'ultima.

4) L'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, nonché i principi del primato del diritto dell'Unione e di leale cooperazione devono essere interpretati nel senso che essi ostano:

– da un lato, a disposizioni nazionali che vietano a un organo giurisdizionale nazionale, a pena di sanzioni disciplinari inflitte ai giudici che lo compongono, di esaminare il carattere vincolante di un atto, adottato da un organo la cui indipendenza e imparzialità non sono garantite e che ha autorizzato l'esercizio dell'azione penale nei confronti di un giudice e disposto la sospensione di quest'ultimo dalle funzioni nonché la riduzione della sua retribuzione, e, se del caso, di disapplicare tale atto; e,

– dall'altro lato, alla giurisprudenza di una corte costituzionale in forza della quale gli atti di nomina dei giudici non possono essere oggetto di un sindacato giurisdizionale, nei limiti in cui detta giurisprudenza è tale da ostare a questo stesso esame.

La Procura nazionale per gli affari interni polacca è ricorsa al Tribunale regionale di Varsavia per l'apertura di un procedimento disciplinare con un giudice per aver consentito la ripresa e la successiva trasmissioni di fasi di un procedimento pendente dinanzi a lui e che coinvolgeva numerosi imputati e un numero ancora maggiore di parti offese, ottenendo la sospensione e la riduzione dello stipendio del magistrato incolpato.

In un diverso procedimento penale, che avrebbe dovuto essere giudicato dal medesimo magistrato, il presidente del Tribunale regionale ha disposto la riassegnazione di tale procedimento ad un diverso collegio di cui non faceva parte il magistrato incolpato. Il Tribunale regionale ha quindi posto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali in via di urgenza:

«1) Se il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 2 TUE e il principio dello Stato di diritto ivi enunciato, l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, nonché i principi del primato, di leale cooperazione e di certezza del diritto, debba essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione della normativa di uno Stato membro, come l'articolo 41b, paragrafi 1 e 3, della [legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari], in modo che il presidente dell'organo giurisdizionale possa decidere, autonomamente e senza alcun controllo giurisdizionale, di modificare la composizione dell'organo giurisdizionale, in seguito al rilascio da parte di un organo, come [la Sezione disciplinare], dell'autorizzazione all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un giudice che ha partecipato al collegio giudicante dell'organo giurisdizionale originariamente designato (il giudice del tribunale regionale), la quale prevede la sospensione obbligatoria di tale giudice dalle sue funzioni, il che implica, in particolare, il divieto per il suddetto magistrato di partecipare ai collegi giudicanti dell'organo giurisdizionale nelle cause per le quali era stato designato, comprese le cause che gli sono state assegnate prima del rilascio della suddetta autorizzazione.

2) Se il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni richiamate nella prima questione pregiudiziale, debba essere interpretato nel senso che esso osta:

a) alla normativa di uno Stato membro, come l'articolo 42a, paragrafi 1 e 2, nonché l'articolo 107, paragrafo 1, punto 3, della [legge sull'organizzazione degli organi giurisdizionali ordinari], che vieta a un organo

giurisdizionale nazionale di valutare, nell'ambito del controllo relativo al rispetto, da parte dello stesso organo giurisdizionale, del requisito di essere preconstituito per legge, il carattere vincolante e le circostanze giuridiche dell'autorizzazione della Sezione disciplinare di cui alla prima questione, che costituiscono la causa diretta della modifica della composizione dell'organo giurisdizionale, prevedendo, al contempo, che il tentativo di una siffatta valutazione costituisce il fondamento per la responsabilità disciplinare del giudice;

b) alla giurisprudenza di un organo nazionale, come il Trybunał Konstytucyjny [Corte costituzionale, Polonia], conformemente alla quale gli atti delle autorità nazionali, quali il [Presidente della Repubblica] e la [KRS], relativi alla nomina dei membri di un organo, come la Sezione disciplinare, non sono soggetti al controllo giurisdizionale, nemmeno dal punto di vista del diritto dell'Unione, indipendentemente dalla gravità e dall'entità della violazione, e l'atto di nomina di una persona alla funzione di giudice ha carattere definitivo e irrevocabile.

3) Se il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni richiamate alla prima questione, debba essere interpretato nel senso che esso osta al riconoscimento del carattere vincolante dell'autorizzazione di cui alla prima questione, in particolare per quanto riguarda la sospensione di un giudice dalle sue funzioni, in quanto rilasciata da un organo come la Sezione disciplinare, con la conseguenza che:

a) tutte le autorità dello Stato (compreso il giudice del rinvio, come anche le autorità competenti a designare e modificare la composizione degli organi giurisdizionali nazionali, in particolare il presidente dell'organo giurisdizionale) sono obbligate a non tener conto della suddetta autorizzazione e a consentire al giudice dell'organo giurisdizionale nazionale, nei confronti del quale essa era stata rilasciata, di partecipare al collegio giudicante dell'organo giurisdizionale in questione;

b) l'organo giurisdizionale del cui collegio non fa parte il giudice originariamente designato per trattare la causa, per il solo motivo che nei suoi confronti era stata rilasciata la suddetta autorizzazione, non costituisce un organo giurisdizionale preconstituito per legge e non può quindi pronunciarsi in qualità di "organo giurisdizionale" sulle questioni relative all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'Unione.

4) Se ai fini delle risposte da dare alle suddette questioni sia rilevante il fatto che la Sezione disciplinare e la Corte costituzionale non garantiscono una tutela giurisdizionale effettiva, a causa della mancanza di indipendenza e delle accertate violazioni delle disposizioni relative alla nomina dei loro membri».

«Rinvio pregiudiziale – Direttiva 93/13/CEE – Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori – Articolo 6, paragrafo 1 – Condizioni generali di un contratto di mutuo ipotecario dichiarate nulle dai giudici nazionali – Ricorso giurisdizionale – Ottemperanza prima di qualsiasi contestazione – Normativa nazionale che impone ad un consumatore l'adempimento di una formalità precontenziosa nei confronti del professionista in questione al fine di non essere condannato alle spese del procedimento giurisdizionale – Principio di buona amministrazione della giustizia – Diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva».

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione) Sentenza del 13 luglio 2023

ECLI:EU:C:2023:569

causa C-35/22

CAJASUR Banco SA c/ JO, IM

*L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, letto alla luce del principio di effettività, deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale, in mancanza di adempimento da parte di un consumatore di una formalità precontenziosa nei confronti di un professionista con il quale abbia concluso un contratto contenente una clausola abusiva, tale consumatore deve sopportare le proprie spese relative al procedimento giurisdizionale che ha promosso contro tale professionista per far valere i diritti che gli conferisce la direttiva 93/13, qualora tale professionista abbia ottemperato alla domanda di detto consumatore prima di qualsiasi contestazione, anche se è stato constatato il carattere abusivo di tale clausola, purché il giudice nazionale competente possa tener conto dell'esistenza di una giurisprudenza nazionale consolidata che accerti il carattere abusivo di clausole analoghe e del comportamento dello stesso professionista per concludere che quest'ultimo ha agito in malafede e, se del caso, condannarlo di conseguenza a sopportare tali spese.*

Le parti nel procedimento principale hanno concluso un contratto di mutuo ipotecario. Nel 2018 i ricorrenti nel giudizio principale hanno proposto ricorso dinanzi allo Juzgado de Primera Instancia n. 18 bis de Málaga chiedendo l'annullamento di una clausola delle condizioni generali di detto contratto relativa alle spese ipotecarie e al rimborso dell'importo versato in virtù di tale clausola, a causa del carattere abusivo di quest'ultima. A seguito della proposizione di tale ricorso, la CAJASUR Banco ha riconosciuto il carattere abusivo di detta clausola, ma, ritenendo che l'importo richiesto a tale titolo fosse eccessivo, ha accettato di rimborsarne solo una parte. Il Tribunale ha accolto la domanda, dichiarando nulla la clausola e condannando la banca al pagamento delle spese.

La CAJASUR Banco ha proposto ricorso dinanzi all'Audiencia Provincial de Málaga (Corte provinciale di

Malaga, Spagna), che è il giudice del rinvio, unicamente per quanto riguarda tale condanna alle spese. Essa fa valere che, avendo ottemperato alla domanda prima di qualsiasi contestazione, detta condanna alle spese è contraria all'articolo 395 della LEC, poiché tale articolo prevede che una siffatta condanna possa essere imposta solo qualora sia accertata la malafede del convenuto.

La Corte spagnola ha sottoposto il seguente quesito alla CGUE: 1) Se sia contrario al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esigere che il consumatore, prima di instaurare un procedimento [giurisdizionale], abbia presentato una diffida stragiudiziale, affinché la dichiarazione di nullità di una specifica condizione generale del contratto dovuta al carattere abusivo della stessa possa dar luogo a tutti gli effetti risarcitori (comprese le spese giudiziali) associati a tale nullità, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [93/13].

2) Se sia compatibile con il diritto al pieno risarcimento, con l'effettività del diritto dell'Unione europea e con l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 stabilire un criterio per l'imposizione delle spese (incluse le spese legali) subordinato alla presentazione preventiva di una diffida di pagamento stragiudiziale formulata da [detto] consumatore all'istituto finanziario [interessato] al fine di eliminare tale clausola».

La Corte ha risposto affermando i principi riportati.

## Focus

a cura di Mariano Valente, *Avvocato dello Stato*

### DIRITTO CIVILE

Sul riconoscimento dell'indennizzo per ingiusta detenzione agli eredi di militari nei campi di prigionia tedeschi ..... 628  
di Elia Scafuri

### DIRITTO PENALE

Sull'applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli Enti: il Tribunale di Bari riapre la *querelle* ..... 632  
di Myriam Di Domenico

### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulla decorrenza del *dies a quo* del passaggio in giudicato della sentenza del giudizio di revocazione ..... 636  
di Corrado Elia



## Diritto civile

**Sul riconoscimento dell'indennizzo per ingiusta detenzione agli eredi di militari nei campi di prigionia tedeschi.**

### abstract

*The right to access the Fund for compensation for damages suffered by victims of war crimes and crimes against humanity, due to the violation of inviolable personal rights, carried out on Italian territory or, in any case, to the detriment of Italian citizens by the forces of the Third Reich, in the period between the dates of 1 September 1939 and 8 May 1945, is recognised to those who have obtained a title consisting of a final judgment concerning the assessment and settlement of the aforementioned damages following legal actions initiated on the date of June 28, 2023.*

### keywords

*Victims of the Third Reich – Compensation for unjust detention – Fund for compensation for damages*

### abstract

Hanno diritto all'accesso al Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o, comunque, in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo intercorrente tra le date del 1° settembre 1939 e dell'8 maggio 1945 coloro che abbiano ottenuto un titolo costituito da sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei predetti danni a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data del 28 giugno 2023.

### parole chiave

*Vittime Terzo Reich – Indennizzo per ingiusta detenzione – Fondo per il ristoro dei danni.*

Il focus prende le mosse dalla recente pronuncia del Tribunale di Trieste (nella causa recante R.G. n. 2153/2022 resa in data 04.10.2022), espressosi sulla particolare questione relativa al riconoscimento dell'indennizzo per ingiusta detenzione agli eredi di ex internati militari (d'ora in avanti, per brevità, ex IMI)

sopravvissuti ai campi di prigionia tedeschi ed eredi di prigionieri politici fucilati.

Il Tribunale adito, sulla scorta di un interessante ragionamento che vale la pena riportare, ha concluso nel senso di riconoscere all'attore, quale legittimo erede di un ex IMI, un'ingente somma di denaro a titolo di indennizzo per ingiusta detenzione.

Prima di soffermarsi sulle vicende fattuali sottese alla decisione in esame, occorre partire dalla normativa che viene in rilievo nel caso di specie.

Recentemente, con decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 (convertito con legge 29 giugno 2022, n. 79)<sup>1</sup>, è stato istituito, presso il Ministero dell'economia e delle finanze, il c.d. *Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o, comunque, in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo intercorrente tra le date del 1° settembre 1939 e dell'8 maggio 1945.*

Nello specifico, ai sensi dell'art. 43<sup>2</sup> della citata normativa, hanno diritto all'accesso al Fondo coloro

<sup>1</sup> Decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36 (in G.U. Serie generale n. 100 del 30 aprile 2022), convertito in Legge 29 giugno 2022, n. 79, recante: «*Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)*» (in G.U. Serie Generale n. 150 del 29 giugno 2022).

<sup>2</sup> Art. 43, commi 1 e 2: «*1. Presso il Ministero dell'economia e delle finanze è istituito il Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, assicurando continuità all'Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica Federale di Germania reso esecutivo con decreto del Presidente della Repubblica 14 aprile 1962, on una dotazione di euro 20.000.000 per l'anno 2023, di euro 11.808.000 per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026. 2. Hanno diritto all'accesso al Fondo, alle condizioni e secondo le modalità previste dal presente articolo e dal decreto di cui al comma 4, coloro che hanno ottenuto un titolo costituito da sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni di cui al comma 1, a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero entro il termine di cui al comma 6. È a carico del Fondo il pagamento delle spese processuali liquidate nelle sentenze di cui al primo periodo. Resta ferma, in relazione ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto e a quelli instaurati successivamente, sentita l'Avvocatura dello Stato, la facoltà di definizione mediante transazione, che costituisce titolo per l'accesso al Fondo».*

che abbiano ottenuto un titolo, costituito da sentenza passata in giudicato, avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei predetti danni a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data di entrata in vigore del decreto-legge (1° maggio 2022), termine successivamente prorogato al 28 giugno 2023<sup>3</sup>. Come da ultime modifiche normative, dunque, l'ambito soggettivo applicativo del Fondo è stato esteso a tutti coloro che abbiano intrapreso una causa entro tale termine ottenendo, anche successivamente, una sentenza favorevole passata in giudicato.

La normativa in esame specifica che sono a carico del predetto Fondo anche le spese processuali liquidate nelle sentenze così ottenute.

La suddetta normativa prevede altresì, al comma 3 del citato art. 43) che: a) in deroga all'articolo 282 del c.p.c.<sup>4</sup>, anche nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto istitutivo del Fondo, le sentenze aventi ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni *de quibus* acquistano efficacia esecutiva al momento del passaggio in giudicato e la cui esecuzione avviene esclusivamente con l'attivazione del Fondo; b) le procedure esecutive basate sui titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni di cui al comma 1 della citata norma o derivanti da sentenze straniere recanti la condanna della Germania per il risarcimento di danni provocati dalle forze del Terzo Reich, nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, non possono essere iniziate o proseguite, ed i relativi giudizi di esecuzione, eventualmente intrapresi, sono dichiarati estinti.

Vale la pena ricordare, sul punto, che, con riguardo a tale disposizione (comma 3 del citato art. 43): il Tribunale di Roma ha promosso innanzi alla Corte costituzionale un giudizio di legittimità e, con sentenza n. 159/2023, la Consulta ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 della Costituzione.

La Corte costituzionale ha osservato, infatti, che «(...) nelle procedure esecutive opera l'immunità ristretta degli Stati e l'estinzione del diritto delle procedure pendenti è compensata dalla tutela introdotta con l'istituzione del fondo ristori, di importo pari alle somme liquidate con sentenza passata in giudicato (...) l'immunità dei beni dello Stato estero dall'esecuzione forzata viene in rilievo quale limite alla pignorabilità, ma non incide, invece, sulla giurisdizione, che sussiste in sede di esecuzione con il limite riveniente dal canone dell'immunità ristretta degli Stati (...) la disposizione censurata realizza un non irragionevole equilibrio tra la tutela giurisdizionale di chi abbia ottenuto una sentenza passata in giudicato e l'obbligo del rispetto dell'Accordo di Bonn del 1961 sugli

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 8, commi 11-ter e 11-quater, del decreto-legge n. 198/2022 convertito con modificazioni dalla legge n. 14/2023.

<sup>4</sup> Come noto, l'art. 282 c.p.c. dispone la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti.

*indennizzi spettanti alle vittime dei crimini di guerra*<sup>5</sup>.

Tanto brevemente premesso sull'istituto che viene in rilievo nel caso di specie, occorre soffermarsi sulle vicende fattuali sottese alla decisione in esame.

Con atto di citazione ritualmente notificato, il figlio ed erede di un soldato di leva, prigioniero di guerra durante il Terzo Reich, citava in giudizio, innanzi al Tribunale competente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonché la Repubblica Federale di Germania (d'ora in avanti, per brevità, anche RFG) e il Ministero delle Finanze e degli Esteri della Repubblica Federale di Germania, per sentir condannare quest'ultima, in solido con la Repubblica Italiana, a risarcire l'attore di tutti i danni patrimoniali e non (morali, esistenziali, materiali e biologici) subiti dal proprio avo, con l'indennizzo per ingiusta detenzione di un'ingente somma di denaro, commisurata a circa settecento giorni di prigionia.

L'attore affermava che il prigioniero – catturato dall'esercito tedesco nel 1943 e destinato, contro la propria volontà, al campo della città tedesca di Ziegenheim, e, successivamente, a seguito degli eventi dell'8 settembre 1943, trattenuto in Germania quale prigioniero di guerra fino al mese di maggio del 1945, per rientrare in Italia solo nell'agosto 1945 – durante tale permanenza sarebbe stato costretto ai lavori forzati in fabbrica, con turni disumani, senza retribuzione e in condizioni estremamente dure per la scarsa alimentazione, l'inadeguatezza del vestiario e l'insufficiente riscaldamento, nonché sottoposto a continua sorveglianza armata, subendo maltrattamenti e privazioni. Inoltre, questi, una volta rilasciato, avrebbe sofferto per tutta la vita delle conseguenze, soprattutto psicologiche, derivanti dal predetto trattamento.

Pertanto, deducendo la configurabilità del *crimen juris gentium* del trattamento subito dal proprio avo, palesemente in violazione con la Convenzione dell'Aja del 18.10.1907<sup>6</sup>, l'erede del prigioniero di guerra sosteneva che la Repubblica Federale di Germania dovesse rispondere di tale illecito extracontrattuale, e chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni patiti, in solido con la Repubblica italiana-PCM, in considerazione della recente istituzione dell'apposito fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona durante il Terzo Reich.

Si costituivano ritualmente in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Economia e delle Finanze della Repubblica Italiana a mezzo dell'avvocatura erariale di Trieste deducendo: a) l'esclusiva titolarità e legittimazione passiva del Ministero ai sensi del citato decreto-legge n. 36/2022; b)

<sup>5</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 4 luglio 2023, n. 159.

<sup>6</sup> La Convenzione dell'Aja del 18.10.1907 concernente le leggi e gli usi della guerra precludeva, già all'epoca, «la deportazione e la destinazione al lavoro forzato dei prigionieri di guerra».

il difetto di competenza territoriale inderogabile del Giudice adito in favore del Tribunale di Trieste, applicandosi la normativa sul foro erariale<sup>7</sup>; c) la prescrizione e la decadenza con riguardo al credito fatto valere; d) l'intervenuta estinzione per rinuncia con contegno concludente del dante causa all'esercizio del diritto stesso; e) l'infondatezza della domanda con riguardo all'*an* ed al *quantum* del credito dedotto; f) infine, in via gradata, l'eccezione di *compensatio lucri cum damno*, con necessità di decurtare, per l'effetto, dal risarcimento eventualmente liquidato alla controparte, le somme già percepite per il medesimo titolo o, comunque, quelle che essa avrebbe potuto percepire usando l'ordinaria diligenza, secondo quanto disposto dall'art. 1227, comma 2, cod. civ.

Restava, invece, contumace la Repubblica Federale di Germania.

In via preliminare, il Tribunale adito ha rigettato l'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dalle Amministrazioni convenute costituite in favore del Tribunale di Trieste affermando che quando «l'obbligazione abbia origine da un fatto illecito e sia convenuta in giudizio un'Amministrazione dello Stato, il giudice territorialmente competente deve essere individuato sulla base del luogo in cui è sorta l'obbligazione risarcitoria – cioè del luogo in cui è stato commesso l'illecito, ovvero di quello in cui l'obbligazione stessa deve essere eseguita, da identificarsi, sulla base delle norme in tema di contabilità pubblica, nel luogo in cui ha sede la Tesoreria provinciale nella cui circoscrizione ha domicilio il creditore»<sup>8</sup>.

Tornando al caso di specie il Tribunale, in virtù del secondo dei criteri indicati ha ritenuto nella specie la sussistenza del Tribunale adito, stante la residenza dell'attore nel circondario di quest'ultimo, e facendo valere un credito che, ove accertato, avrebbe dovuto essere pagato per il tramite della Tesoreria provinciale di Pordenone.

In secondo luogo, con riguardo alla questione della sussistenza (o meno) della giurisdizione in capo all'adito Tribunale civile, il Giudice adito ha ritenuto di non doversi discostare dall'insegnamento reso dalla Corte costituzionale italiana, uniformandosi alla consolidata giurisprudenza interna di legittimità e di merito, ferma nel negare l'immunità alla Germania per i crimini nazisti compiuti sul territorio italiano.

Atteso che nel caso di specie il prigioniero era stato catturato in territorio italiano, e, successivamente, deportato in territorio tedesco, il Tribunale ha ravvisato la sussistenza della propria giurisdizione.

Ancora, sulla scorta delle medesime osservazioni il Tribunale adito ha evidenziato l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalla difesa erariale quanto alla posizione della RFG in ordine alla titolarità passiva del

rapporto giuridico dedotto, sostenendo la titolarità passiva del rapporto sostanziale e processuale in capo alla RFG nell'ipotesi di azione risarcitoria per le condotte poste in essere da soggetti facenti parte dell'apparato militare del Terzo Reich, che hanno attuato un preciso piano criminale disposto dai vertici di comando.

Sul punto, il Tribunale ha altresì chiarito che neppure potrebbe sostenersi, come ritenuto dalla difesa erariale, che la titolarità passiva in capo alla RFG difetti per effetto della citata normativa che nel 2022 ha introdotto il citato Fondo, posto che essa presuppone – anzi – che in sede di cognizione si addivenga ad una condanna dello Stato straniero. Ciò in quanto il Fondo italiano si sostituisce alla RFG con il pagamento di quanto da questa dovuto, impedendo (e rendendo superflua) la procedura esecutiva nei confronti di quest'ultima.

Diversamente, l'Organo giudicante ha ritenuto fondata l'eccezione di difetto di titolarità passiva sollevata dalla difesa erariale quanto alla posizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri della Repubblica Italiana, la cui chiamata in causa non sarebbe giustificata da nessuna ragionevole *causa petendi*. Ciò in quanto lo Stato italiano non sarebbe responsabile dei fatti oggetto di controversia. Pertanto, ha rigettato la richiesta dell'attore di condanna in solido della RFG con la Repubblica Italiana-Presidenza del Consiglio per i fatti illeciti dedotti, atteso che quest'ultima di tali fatti non è (cor)responsabile.

Ancora, il Tribunale ha chiarito che il giudizio conclusosi con la sentenza in esame riguardava direttamente l'accesso dell'attore (quale erede del deportato) al Fondo, che sarebbe invece potuto seguire al passaggio in giudicato della sentenza stessa, con le procedure dettate *medio tempore* con il decreto 28 giugno 2023 dal Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Con riguardo all'eccezione di decadenza sollevata dall'Amministrazione costituita, in relazione alla normativa introdotta per l'accesso al Fondo, il Tribunale ne ha affermato l'infondatezza, essendo stato il giudizio radicato entro il termine dettato dalla speciale normativa citata, termine oltretutto anche prorogato.

Infine, con riguardo all'eccezione di prescrizione sollevata dalla difesa erariale, il Tribunale ha affermato il principio di imprescrittibilità dei crimini internazionali sulla scorta di quanto sostenuto dalla giurisprudenza italiana in casi del tutto analoghi a quello di specie<sup>9</sup>.

Allo stesso modo, l'Organo giudicante ha disatteso l'eccezione circa l'intervenuta rinuncia al credito risarcitorio che sarebbe stata espressa per contegno concludente dal prigioniero e che, ad avviso della difesa

<sup>7</sup> Ex art. 25 c.p.c. e T.U. n. 1611/33.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. civ. Ord., Sez. I, 15/06/2004, n. 11300; Cass. civ. Ord., Sez. I, 01/04/2005, n. 6909.

<sup>9</sup> V. *ex multis*, Cass. 11 marzo 2004, n. 5044; Trib. Torino, 20 maggio 2010; App. Firenze, 11 aprile 2011, n. 480; Trib. Firenze, 6 luglio 2015, n. 2469; Trib. Piacenza, 28 settembre 2015, n. 722; Trib. Firenze, 7 dicembre 2015, n. 434.

erariale, avrebbe impedito ora al figlio ed erede di far valere quel credito *iure hereditario*.

In merito, il Tribunale ha chiarito che se è vero che la rinuncia ad un credito – come tale avente natura di diritto disponibile – non debba essere necessariamente espressa, deve però potersi desumere da un comportamento concludente del titolare, che riveli in modo univoco la sua effettiva e definitiva volontà abdicativa ricordando, al riguardo, i generali principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al silenzio<sup>10</sup>. Invero, affinché il silenzio possa assumere valore negoziale, occorre che il comune modo di agire o la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, impongano l'onere o il dovere di parlare, o che, secondo un dato momento storico e sociale, avuto riguardo alla qualità delle parti e alle loro relazioni, il tacere di una possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra.

Dopo aver disatteso le suddette eccezioni sollevate dalla difesa erariale, nel merito della vicenda, con riguardo ai danni, il Tribunale adito ha affermato che l'attore ha dimostrato il rapporto di parentela (filiazione) e la successione ereditaria alla vittima della deportazione a mezzo estratto del proprio atto di nascita, ritenendo così soddisfatto l'onere probatorio sullo stesso incumbente<sup>11</sup>. Anche con riguardo agli eventi dedotti relativi alla vittima in qualità di padre dell'attore, il Tribunale ha ritenuto bastevoli la produzione della copia del foglio matricolare dell'esercito italiano (contenente la precisa indicazione della cattura, della prigionia di guerra in Germania e del rimpatrio), dell'attestazione resa dal Prefetto di Udine circa la prigionia subita in Germania, dell'onorificenza della croce di guerra per internamento in Germania e di una serie di lettere inviate dal campo di concentramento.

Ritenute, pertanto, provate la cattura e la prigionia della vittima, il Tribunale ha affermato la sussistenza dell'illecito *ex art. 2043-2059 c.c.* dedotto a carico della Germania in continuità con il *Terzo Reich*.

Concludendo, l'Organo giudicante ha chiarito che le dure condizioni di vita nei campi di prigionia e lavoro in cui erano ristretti gli internati già costituivano un fatto notorio acquisito in sentenze di condanna, ormai passate in giudicato, su consimili vicende.

Quanto alla quantificazione dei danni, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il Tribunale ha ritenuto applicabile, in ragione di quanto disposto dalla legge n. 218/1995<sup>12</sup>, la legge italiana, in quan-

to legge del luogo in cui si sono verificati gli eventi descritti dall'attore (la cattura da cui ha avuto inizio la prigionia). Invero parte attrice, pur indicando nelle premesse di agire per i danni subiti sia *iure proprio* sia *iure hereditatis*, ha dedotto unicamente il danno non patrimoniale subito dal prigioniero di guerra (ovvero il danno *iure hereditatis*), suggerendone la liquidazione tenuto conto dei giorni di privazione illegittima della libertà personale e, quale criterio opportunamente applicabile in via analogica, dei parametri offerti dal nostro ordinamento per l'ingiusta detenzione, per il quale prevede un equo ristoro calcolato in euro per ogni giorno di detenzione.

Sulla scorta di tanto, il Tribunale ha liquidato in favore dell'erede della vittima un'ingente somma, a titolo di ingiusta detenzione, ritenendo infondata l'eccezione erariale di *compensatio lucri cum damno* e concludendo per la condanna alle spese della Repubblica Federale di Germania soccombente.

La sentenza in esame, nell'affrontare una questione tanto affascinante quanto complessa, pur essendo ben motivata concede un indennizzo davvero ingente all'erede di un *ex* internato militare sopravvissuto ai campi di prigionia tedeschi.

Atteso che la normativa e la giurisprudenza in materia, al momento, non sembrano distinguere tra casi anche molto differenti tra loro – che certamente potrebbero coinvolgere eredi di prigionieri politici o massacrati e fucilati nei campi di concentramento ove sono facilmente ipotizzabili ristori ancora maggiori in termini economici – spaventa il numero di contenziosi che potrebbe a breve affollare le aule dei Tribunali.

D'altro canto, anche la diversa strada "transattiva" tra i privati e lo Stato, consentita dalla normativa esaminata<sup>13</sup>, necessiterebbe di apposite linee guida – che ad oggi non sono state ancora emanate – per definire importi congrui in relazione alle disponibilità del Fondo e al numero delle cause proposte, quantomeno al fine di evitare l'esaurimento delle risorse stanziate, con tutto ciò che ne conseguirebbe in termini di ingiusta disparità di trattamento a causa dell'incapienza del Fondo.

Alla luce di tali considerazioni, sarebbe auspicabile, da parte del legislatore, una modifica dell'istituto in esame anche ai fini del principio della certezza del diritto.

<sup>10</sup> Cfr.: Cass. civ., sez. III, 14 maggio 2014, n. 10533; Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 2007, n. 6162; Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 2004, n. 3403; Cass. civ., sez. II, 14 giugno 1997, n. 5363, secondo cui il creditore che accetta un pagamento parziale, che il debitore esegue espressamente a titolo di saldo del maggior importo giudizialmente preteso, senza replicare alcunché, non perciò rinuncia al credito o rimette il debito.

<sup>11</sup> cfr. Cass., sent. n. 14605/2005; n. 4414/1999.

<sup>12</sup> Legge 31 maggio 1995 n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 03.06.1995 in Suppl. Ord. G.U. Serie Gen. n. 128. 62.

L'art. 62, *Responsabilità per fatto illecito*, al comma 1 recita: «La responsabilità per fatto illecito è regolata dalla legge dello Stato in cui si è verificato l'evento. Tuttavia il danneggiato può chiedere l'applicazione della legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno».

<sup>13</sup> Art. 43 cit.

## Diritto penale

Sull'applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli Enti: il Tribunale di Bari riapre la *querelle*.

### abstract

*The focus analyzes the question of the eligibility of legal Entities to the institution of probation. Deepening the arguments in support of the conflicting judgements that have followed one other, it will be highlighted how the dispute, far from closed, actually lends itself to numerous interpretations.*

### keywords

*Criminal Law – Probation – Legal Entities.*

### abstract

*Si analizza la questione dell'estensibilità dell'istituto della messa alla prova agli Enti. Approfondendo le argomentazioni a sostegno delle contrastanti pronunce giurisprudenziali che si sono succedute, si metterà in luce come la querelle, tutt'altro che chiusa, si presti in realtà a numerose interpretazioni.*

### parole chiave

*Diritto penale – Messa alla prova – Persone giuridiche.*

Il *focus* trae origine dalla recente pronuncia della prima sezione penale del Tribunale di Bari, la quale, con sentenza n. 3601 del 15 giugno 2023, riapre la *querelle*, apparentemente chiusa, circa l'applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche alle persone giuridiche.

Nella succitata sentenza, il Tribunale di Bari, nel medesimo procedimento nel quale pronunciava l'ordinanza di ammissione alla messa alla prova dell'ente, ha nuovamente preso posizione favorevole sull'ammissibilità delle persone giuridiche all'istituto della *probation*, pronunciando, nei confronti dell'ente, sentenza di non doversi procedere per esito positivo della messa alla prova.

Per giungere a siffatta conclusione, il Tribunale ha richiamato la precedente pronuncia, di orientamento diametralmente opposto, delle Sezioni Unite Penali della Suprema Corte le quali, con sentenza n.

14840/2023, avevano cristallizzato il principio della non ammissibilità degli enti all'istituto della messa alla prova, ponendo apparentemente fine alla *vexata quaestio*.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che «l'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168-*bis* c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001».

Prima di ripercorrere il ragionamento attraverso cui il Tribunale di Bari ha nuovamente ribaltato gli esiti della *querelle de qua*, è il caso di inquadrare l'istituto della messa alla prova nel sistema penale italiano, avendo riguardo non solo alla *ratio* sottesa all'istituto e a come lo stesso si armonizzi con i principi cardine del diritto penale, ma anche alle numerose e contrastanti pronunce circa l'estensibilità della messa alla prova agli enti, senza dimenticare che il principio di legalità opera, come riserva assoluta di legge, anche rispetto alle pene.

La messa alla prova, introdotta con legge n. 67/2014, è una forma di *probation* giudiziale innovativa nel settore degli adulti che consiste, su richiesta dell'imputato e dell'indagato, nella sospensione del procedimento penale per reati di minore allarme sociale.

La sospensione del processo con messa alla prova è una modalità alternativa di definizione del processo mediante la quale, nel caso in cui il periodo di prova cui acceda l'indagato/imputato si concluda con esito positivo, è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato.

L'istituto trova il proprio riferimento normativo nell'art 168-*bis* del codice penale, il quale dispone che: «Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati nel comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato, anche su proposta del pubblico ministero, può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova. La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo

svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a 10 giorni anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le 8 ore. La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta. La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108».

Per comprendere la *ratio* dell'istituto, possiamo partire proprio dalla modalità di definizione del procedimento penale, il quale, appunto, si conclude con una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato.

Viene subito in rilievo una differenza, non di poco conto, rispetto ad altri riti premiali contemplati nel nostro ordinamento penale, tra i quali il procedimento speciale della applicazione della pena su richiesta delle parti di cui agli artt. 444-448 c.p.p., e il procedimento per decreto *ex art.* 459 c.p.p., i quali si concludono con la ben diversa sentenza di condanna.

Difatti, quand'anche venga concesso il beneficio della non menzione della condanna nel casellario giudiziario, la condanna stessa rappresenta pur sempre un precedente penale *stricto sensu*, a differenza della pronuncia in senso positivo emessa al termine del procedimento per messa alla prova, la quale, mancando del dato formale di condanna definitiva, non riconduce precedenti penali in capo al destinatario del beneficio.

Quest'ultima, quindi, pur non costituendo un'assoluzione con formula piena, non è neanche propriamente configurabile come una condanna, non condividendo con quest'ultima neanche il *nomen iuris*.

Infatti, il trattamento programmato cui l'imputato si sottopone volontariamente, seppur presenti un profilo sanzionatorio, non è una pena eseguibile coattivamente, ma dà luogo ad una attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il procedimento riprende il suo corso.

Gli effetti sostanziali della messa alla prova sono sta-

ti chiaramente posti in rilievo dalla sentenza Sorcinelli (Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016), con la quale è stato evidenziato come con tale istituto si realizzi una rinuncia statutale alla potestà punitiva, condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e, sebbene si connoti per una accentuata dimensione processuale che la colloca appunto nell'ambito dei procedimenti penali alternativi al giudizio, di essa va riconosciuta soprattutto la natura sostanziale.

«Da un lato, dunque, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi social-preventivi in una fase anticipata, in cui viene infranta la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

Tenendo conto dei principi enunciati nella succitata sentenza Sorcinelli, le più recenti pronunce costituzionali si sono espresse nel senso di ravvisare nell'istituto della messa alla prova un "trattamento sanzionatorio".

La Corte costituzionale, infatti, investita della legittimità delle norme riguardanti l'istituto in argomento, ha avuto modo di delineare più chiaramente la portata della messa alla prova.

In primo luogo, la Corte costituzionale con la sentenza n. 91 del 2018, ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.c. in riferimento all'art 27, secondo comma della Costituzione sollevate in quanto tali disposizioni «prevedono l'irrogazione ed espiatione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva».

In realtà, proprio l'assenza di una formula di assoluzione piena ha suscitato dubbi di legittimità. La Corte, al riguardo ha evidenziato che, se è vero che nell'istituto della messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente non vi è attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta, pur in difetto di un accertamento formale di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna.

Quindi, se da una parte si sottolinea il carattere sanzionatorio del trattamento, d'altra parte si evidenzia come la volontarietà alla sua sottoposizione lo distingua dalle pene in quanto carente dell'aspetto coercitivo.

L'affermazione del carattere sanzionatorio del trattamento non però è priva di rilievo.

La Suprema Corte, difatti, utilizza tale interpretazione proprio per escludere l'applicabilità agli enti di tale istituto, mettendo così un punto, in realtà solo provvisorio, alla questione circa l'astratta applicabilità della messa alla prova nel procedimento di accer-

tamento della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Gli artt. 168-*bis* ss. c.p. e 464-*bis* c.p.c. individuano l'imputato quale soggetto legittimato a formulare la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, senza menzionare anche l'ente incolpato di un illecito amministrativo dipendente da reato.

Inoltre, anche gli artt. 62 ss. del d.lgs. n. 231/2001, nel contemplare specifiche previsioni per i procedimenti speciali nei confronti degli enti, non menzionano, tra questi, anche la messa alla prova.

L'applicazione estensiva ovvero analogica dell'istituto della messa alla prova agli enti in mancanza di norme di richiamo e di collegamento ha fatto registrare decisioni contrastanti nella giurisprudenza di merito.

Alcune di queste decisioni sono state riprese e argomentate dalle Sezioni Unite prima, e dal Tribunale di Bari poi, per pervenire a soluzioni diametralmente opposte della questione, in senso dell'escludibilità il primo, e della sua ammissibilità il secondo.

La Suprema Corte ripercorre alcune delle ragioni ostative all'applicazione estensiva dell'istituto *ex* art 168-*bis* c.p. agli Enti, sottolineando come le stesse, seppur tutte univocamente orientate circa la non estensibilità dell'istituto abbiano preso le mosse da argomentazioni differenti.

Il Tribunale di Milano con pronuncia del 27 marzo 2017 sostiene che tale istituto, in ossequio al principio della riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti e quindi alle società in relazione alla responsabilità amministrativa degli enti *ex* d.lgs. n. 231/2001.

Il Tribunale di Bologna, con pronuncia del 10 dicembre 2020, esclude l'applicabilità analogica dell'istituto all'ente, da un lato riconducendo il mancato coordinamento tra i due istituti, messa alla prova e responsabilità degli Enti, ad una scelta intenzionale del legislatore, dall'altro sostenendo la presenza di una incompatibilità strutturale tra i due istituti, essendo la messa alla prova modellata sulla figura dell'imputato come "persona fisica".

Il Tribunale di Spoleto, con pronuncia del 21 aprile 2021 ha invece evidenziato come, pur volendo ritenere ammissibile l'estensione della messa alla prova agli enti attraverso un'interpretazione analogica in *bona partem*, tale estensione lascerebbe ampi margini di incertezza operativa, non essendo delineati gli ambiti di applicazione della messa alla prova degli enti e non essendo chiari i requisiti oggettivi di ammissibilità, a differenza di quanto avviene per le persone fisiche.

Le pronunce di merito favorevoli all'estensione analogica dell'art 168-*bis* c.p. agli Enti richiamate dalla Suprema Corte sono quelle del Tribunale di Modena del 19 ottobre 2020 e del Tribunale di Bari del 22 giugno 2022.

La prima, tuttavia, subordina l'ammissibilità dell'ente alla sospensione del procedimento con messa

alla prova all'essersi dotato, prima del fatto, di un modello organizzativo valutato inidoneo dal giudice

La seconda, seguendo un ragionamento più articolato, giustifica l'estensibilità dell'istituto sull'assunto che tale applicazione analogica non determina alcuna violazione dei principi di tassatività e di riserva della legge penale, generando effetti favorevoli per l'Ente.

Sempre nella medesima pronuncia, il Tribunale sostiene che il mancato coordinamento tra la disciplina di cui all'art 168-*bis* c.p. e quella di cui al d.lgs. n. 231/2001 non è espressione della volontà del legislatore di escludere gli enti dall'accesso al procedimento speciale.

Infine, il Tribunale sostiene che l'estensibilità della messa alla prova neppure viene esclusa sostenendo l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato, che comunque non impedirebbe all'ente di accedere all'istituto dal momento che l'esito positivo della prova estingue l'illecito amministrativo senza produrre alcun effetto sul reato presupposto.

La Suprema Corte, a sua volta, privilegia l'orientamento sfavorevole all'estensibilità agli enti dell'istituto della messa alla prova, partendo proprio dall'analisi dell'effettiva natura della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001, per verificarne poi la compatibilità con il modello della messa alla prova.

Le Sez. Unite richiamano la sentenza Espenhahn (Sez. Un., n. 38343 del 24 aprile 2014), con la quale, a dispetto del dato letterale dell'intitolazione del d.lgs. n. 231/2001 «Responsabilità amministrativa dell'ente», viene evidenziata la natura più propriamente penale di tale responsabilità.

Si sono quindi succedute pronunce contrastanti circa la natura della responsabilità dell'ente, se amministrativa o penale. Alcune pronunce si sono spinte al punto di configurare nel nostro ordinamento uno specifico sistema punitivo per gli enti collettivi superando il principio secondo cui *societas delinquere et puniri non potest*.

Ancora, con ulteriori pronunce, la natura della responsabilità amministrativa degli Enti è stata ricondotta ad un *tertium genus* ulteriore rispetto ai modelli tradizionali di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale.

Se quindi la responsabilità amministrativa da reato riguardante gli enti rientra in un *tertium genus*, e se la messa alla prova è configurabile come trattamento sanzionatorio, secondo la Suprema Corte l'istituto non può essere applicato agli enti per violazione della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2 Cost.

Il ragionamento seguito dalla Corte è il seguente: «L'introduzione attraverso provvedimenti giurisdizionali di un trattamento sanzionatorio – quello della messa alla prova – ad una categoria di soggetti – gli enti – non espressamente contemplati dalla legge quali destinatari di esso, in relazione a categorie di illeciti non espressamente previsti dalla legge penale, si pone

in contratto con il principio di legalità della pena del quale la riserva di legge costituisce corollario, che si traduce nel principio secondo cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

A sostegno di tale interpretazione vi sarebbe la previsione dell'art. 2 del d.lgs. n. 231/2001, il quale espressamente richiama il principio di legalità quale principio ineludibile affinché l'ente possa essere sanzionato.

Infine, la Suprema Corte, sempre argomentando nel senso dell'inammissibilità della messa alla prova dell'ente, sottolinea come sia evidente la modulazione dell'istituto della *probation* sull'imputato "persona fisica", risultando non condivisibile l'operazione ermeneutica attraverso cui gli organi dell'ente sarebbero equiparabili all'imputato per immedesimazione organica. In tal modo si giungerebbe al paradosso di riversare sugli organi le colpe dell'ente.

Pertanto, alla luce di tutte le considerazioni riportate, la Suprema Corte ha enunciato il principio di diritto secondo cui «l'istituto della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p. non trova applicazione con riferimento alla disciplina della responsabilità degli enti di cui al d.lgs. 231 del 2001».

Il Tribunale di Bari, di converso, con sentenza del 15 giugno 2023, pur ripercorrendo anch'essa le diverse e contrastanti pronunce succedutesi sulla questione dell'estensibilità dell'istituto della messa alla prova agli enti, ritiene di aderire alla tesi della sua ammissibilità adducendone le specifiche ragioni.

In primo luogo, osserva come l'applicazione analogica dell'istituto all'ente non determini la violazione dei principi di tassatività e di riserva di legge penale, in quanto tale applicazione comporterebbe un effetto favorevole all'ente consistente nell'estinzione del reato senza espiazione coercitiva di una pena ma attraverso lo spontaneo assolvimento di una serie di prestazioni.

In secondo luogo, prende le distanze dall'asserita incompatibilità strutturale tra i due istituti, messa alla prova e responsabilità degli enti, sostenuta dal Tribunale di Bologna per escluderne l'estensibilità, essendo la messa alla prova modellata sulla figura dell'imputato come persona fisica. Il Tribunale di Bari riconosce invece la convergenza tra i due modelli, laddove sostiene che la finalità perseguita dal d.lgs. n. 231/2001 è la prevenzione speciale in chiave rieducativa.

La finalità rieducativa rapportata agli enti, sarebbe da intendersi quale *compliance*, ossia funzionalizzazione delle procedure interne all'ente all'obiettivo di prevenire la commissione di reati, al fine di evitare il rischio di incorrere in sanzioni.

In terzo luogo, il Tribunale di Bari esclude anche che l'ammissibilità della messa alla prova degli enti determini un contrasto con i principi di personalità, colpevolezza e rieducazione sanciti dall'art. 27 della Costituzione.

Tale incompatibilità, difatti, troverebbe la propria giustificazione nella natura amministrativa della responsabilità degli enti. Tale tesi viene però facilmente superata riconducendo il sistema di responsabilità delineato dal d.lgs. n. 231/2001 ad un *tertium genus*, ulteriore rispetto ai modelli tradizionali di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale. Il Tribunale di Bari ritiene che il sistema normativo relativo alla responsabilità degli enti sia parte del più ampio e variegato sistema punitivo presentando ragioni di contiguità con l'ordinamento penale, soprattutto a causa della connessione con la commissione di un reato, che ne costituisce difatti il presupposto, della severità dell'apparato sanzionatorio e delle modalità processuali del suo accertamento.

Infine, il Tribunale di Bari prende le distanze anche dalla tesi sostenuta dal Tribunale di Spoleto secondo cui l'estensione della messa alla prova agli enti attraverso un'interpretazione analogica in *bona parte* determinerebbe incertezze applicative. Secondo il Tribunale di Bari, ciò che il Tribunale di Spoleto chiama incertezze applicative «(...) rientrerebbero in realtà nella fisiologica sfera di discrezionalità nell'ambito della quale si muove il Giudice in sede di applicazione analogica della legge: discrezionalità che, a garanzia della libertà delle scelte di azione del cittadino, la Costituzione limita quando ne possano derivare effetti negativi per quest'ultimo, il che, come visto, non accade nel caso di specie».

Alla luce di tutte le argomentazioni riportate, il Tribunale di Bari si schiera a favore dell'estensibilità dell'istituto della messa alla prova anche agli enti, e difatti, con sentenza del 15 giugno 2023 dichiara di non doversi procedere nei confronti dell'ente in ordine all'illecito ascritto nell'imputazione, per essersi lo stesso estinto a seguito di intervenuto esito positivo della messa alla prova.

In conclusione, ciò che emerge dalla presente analisi, è come la *querelle* circa l'applicabilità dell'istituto della messa alla prova agli enti possa dirsi tutt'altro che chiusa, soprattutto se si considera che le opposte posizioni hanno tratto origine piuttosto che dal dato oggettivo della normativa, dall'interpretazione giurisprudenziale afferente alle finalità perseguite dall'istituto della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p. da un lato, e dalla normativa relativa alla responsabilità degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001 dall'altro, tralasciando la più semplicistica interpretazione dell'istituto della messa alla prova quale mera strategia processuale, con tutte le conseguenze che ne derivano.

## Diritto amministrativo

### Sulla decorrenza del *dies a quo* del passaggio in giudicato della sentenza del giudizio di revocazione.

#### abstract

*The sentence that decides the revocation judgment becomes final on the same day of its publication if it was already no longer possible to appeal in cassation against the revoked sentence, with the consequence that, from that day, the deadline for formulating the compensation request begins to run. pursuant to art. 30 paragraph 5, C.p.a.*

#### keywords

*Revision – A judgment which has become final – Action for damages.*

#### abstract

*La sentenza che decide il giudizio di revocazione passa in giudicato il giorno stesso della sua pubblicazione se già non era più esperibile ricorso per cassazione avverso la sentenza revocata, con la conseguenza che, da quel giorno, inizia a decorrere il termine per formulare la domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 30 comma 5, C.p.a.*

#### parole chiave

*Revocazione – Passaggio in giudicato – Azione risarcitoria.*

Il *focus* trae origine dalla recente pronuncia del Consiglio Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, Sezione giurisdizionale, n. 488 dell'8 febbraio 2023, pubblicata in data 27 luglio 2023, espressosi sulla questione del passaggio in giudicato della sentenza amministrativa, utile ai fini di individuare l'esatto *dies a quo* per la decorrenza del termine per proporre la domanda risarcitoria.

Il Collegio amministrativo adito, sulla scorta di un interessante ragionamento che vale la pena riportare, ha analizzato le plurime casistiche possibili nell'ipotesi in cui venga proposto giudizio di revocazione avverso la sentenza di secondo grado del Giudice amministrativo, e i relativi effetti sul termine per formulare la domanda risarcitoria, con una lettura sistematica del Codice del processo amministrativo e del Codice di

procedura civile.

In particolare, nella pronuncia in esame, il Collegio è addivenuto alla conclusione che, in caso di proposizione di giudizio di revocazione avverso una sentenza di secondo grado (in questo caso del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana), è dirimente valutare se la sentenza che ha deciso la revocazione sia entrata nel merito della vicenda (cd. fase rescissoria) ovvero si sia limitata a dichiarare inammissibile la revocazione, arrendendosi alla cd. fase rescindente.

In questa seconda ipotesi – quella verificatasi nella specie – la sentenza passa in giudicato il giorno stesso della pubblicazione, non dovendo cumularsi il termine di sei mesi per il passaggio in giudicato a quello di centoventi giorni di cui all'art. 30, comma 5, del Codice del processo amministrativo (d'ora in avanti, per brevità, C.p.a.) per proporre la domanda risarcitoria, con conseguente irricevibilità, per tardività, della domanda proposta dal ricorrente.

Prima di ripercorrere le vicende della decisione *de qua*, che hanno portato alle statuizioni di cui sopra, occorre soffermarsi sulla normativa afferente al caso di specie.

L'art. 30, comma 5, del suddetto Codice, prevede che la domanda risarcitoria, se non formulata nel corso del giudizio, può essere proposta entro il termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Art. 30, D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, Azione di condanna: «1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente

Nel nostro ordinamento, secondo quanto previsto dal Codice di procedura civile all'art. 324, il passaggio in giudicato della sentenza (giudicato formale) avviene quando la sentenza non è più soggetta ai mezzi di impugnazione ordinaria (regolamento di competenza, appello, ricorso per cassazione e revocazione ai sensi dell'art. 395 numeri 4 e 5 c.p.c.)<sup>2</sup> e, quindi, si sono esauriti tutti i possibili gradi di giudizio.

Con riferimento al giudizio amministrativo, com'è noto, i gradi di giudizio sono due: il primo che si svolge davanti al Tribunale amministrativo regionale competente; il secondo, eventuale, di appello, che si tiene davanti al Consiglio di Stato; fanno eccezione le sentenze del T.A.R. della Regione Sicilia, che vengono appellate innanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, come previsto dall'art. 100 C.p.a.<sup>3</sup>

Gli altri mezzi di impugnazione previsti dal detto Codice sono la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per Cassazione per i soli motivi attinenti alla giurisdizione<sup>4</sup>.

La pubblicazione della sentenza del giudizio di secondo grado o il decorso infruttuoso del termine per proporre appello comporta, conseguentemente, il passaggio in giudicato della sentenza amministrativa.

L'eccezione è costituita, per quanto qui interessa, dalla proposizione della revocazione che, ai sensi dell'art. 395 c.p.c. è esperibile anche avverso le sentenze passate in giudicato, a determinate condizioni<sup>5</sup>.

*comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo».*

<sup>2</sup> Art. 324, Codice di procedura civile: «Cosa giudicata formale. Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395 [124 disp. att.]».

<sup>3</sup> Art. 100, D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010: «Appellabilità delle sentenze dei tribunali amministrativi regionali. 1. Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia».

<sup>4</sup> Art. 91, D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010: «Mezzi di impugnazione. I mezzi di impugnazione delle sentenze sono l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».

<sup>5</sup> Art. 395, Codice di procedura civile. «Casi di revocazione. Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in un unico grado, possono essere impugnate per revocazione: 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che

A sua volta, la sentenza che decide il giudizio di revocazione, è impugnabile mediante i mezzi di gravame cui era soggetta, in origine, la sentenza revocata, come stabilito dall'art. 107 C.p.a.<sup>6</sup>.

Ai fini del presente *focus*, assume rilievo anche quanto stabilito dall'art. 9, comma 1, C.p.a., a mente del quale, nei giudizi di impugnazione, il difetto di giurisdizione è rilevabile solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della sentenza impugnata che ha statuito sulla giurisdizione<sup>7</sup>.

Nella sentenza in esame, l'attenzione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (d'ora in avanti, per brevità, C.G.A.R.S) si è focalizzata sulla questione della tempestività o meno della domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 30, comma 5, C.p.a., a seguito di una sentenza di revocazione e, in particolare, sulla decorrenza del termine dell'azione risarcitoria, per il quale è indispensabile individuare il momento in cui si è verificato il passaggio in giudicato della sentenza resa all'esito del giudizio di revocazione.

Dopo aver fornito il quadro normativo, può passarsi alla disamina della fattispecie sottesa alla decisione *de qua*.

La vicenda processuale prende le mosse da un ricorso presentato innanzi al T.A.R. Sicilia-Catania, da un laboratorio di analisi, accreditato con il servizio sanitario nazionale, avverso il provvedimento di revoca degli atti autorizzativi per gestire il laboratorio in questione.

Il ricorso veniva respinto e la decisione era appellata innanzi al C.G.A.R.S., che, con sentenza n. 246 del 24 maggio 2017 accoglieva l'appello, annullando gli atti impugnati in primo grado.

Contro tale pronuncia l'Azienda sanitaria provin-

*la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario; 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituisce un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata [324], purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato».*

<sup>6</sup> Art. 107, D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010. «Impugnazione della sentenza emessa nel giudizio di revocazione. 1. Contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione sono ammessi i mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione. 2. La sentenza emessa nel giudizio di revocazione non può essere impugnata per revocazione».

<sup>7</sup> Art. 9, D.Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010: «Giurisdizione. Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione».

ziale di Catania ricorreva per revocazione, ai sensi dell'art. 395, numeri 4 e 5, innanzi al C.G.A.R.S., in quanto il Collegio non avrebbe rilevato il difetto di integrità del contraddittorio, dovuto alla irrituale notificazione dell'appello. Il ricorso veniva respinto dal C.G.A.R.S. con sentenza n. 1046 del 16 novembre 2020.

A questo punto, l'originario ricorrente formulava domanda di risarcimento del danno innanzi al T.A.R. competente, con ricorso notificato in data 17 maggio 2021, ossia il giorno successivo al passaggio in giudicato della sentenza del giudizio di revocazione (sei mesi), e quindi, a proprio dire, entro i centoventi giorni di cui all'art. 30, comma 5 per proporre l'azione risarcitoria.

Tuttavia, il T.A.R. siciliano – accogliendo la difesa dell'Azienda sanitaria provinciale e dell'Assessorato regionale alla salute (quest'ultimo costituitosi a mezzo dell'Avvocatura distrettuale dello Stato competente) – dichiarava irricevibile il ricorso, ritenendolo tardivo.

L'originario ricorrente proponeva allora appello innanzi al C.G.A.R.S. per chiedere la riforma della prefata sentenza.

In particolare, l'appellante sosteneva, tra l'altro: che la sentenza appellata violasse gli articoli 91, 92, comma 3, 106, comma 1, e 107, comma 1, C.p.a. e gli articoli 324 e 395, comma 1, n. 4, c.p.c., in materia di giudicato, in quanto ai fini del passaggio in giudicato della sentenza del C.G.A.R.S. n. 246 del 2017 si sarebbe dovuto attendere il decorso del termine di sei mesi per l'eventuale ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 107, comma 1, C.p.a., avverso la sentenza di rigetto del giudizio di revocazione resa dal medesimo C.G.A.R.S. (n. 1046 del 16 novembre 2020).

Pertanto, la sentenza del C.G.A.R.S. n. 246 del 2017 sarebbe risultata passata in giudicato soltanto il 16 maggio 2021, vale a dire dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza (16 novembre 2020), data dalla quale iniziava a decorrere il termine di centoventi giorni per proporre l'azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 30, comma 5 C.p.a.: tanto, a sostegno della tempestività della domanda di risarcimento proposta.

Il C.G.A.R.S. riteneva infondato l'appello e confermava la statuizione di primo grado, dichiarando l'irricevibilità, per tardività, del ricorso per risarcimento del danno.

Vale la pena, a questo punto, ripercorrere il ragionamento effettuato dal C.G.A.R.S. per giungere a tale statuizione.

Il C.G.A.R.S. ha rilevato che: da un lato, l'art. 107, comma 1, C.p.a., sopra richiamato, dispone che contro la sentenza emessa nel giudizio di revocazione è possibile esperire i mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione, ragion per cui, in astratto, avverso le sentenze pronunciate, in sede di revocazione, dal Consiglio di Stato e dal C.G.A.R.S. sono teoricamente espe-

ribili l'opposizione di terzo ed il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione; tuttavia, dall'altro lato, ai fini della concreta esperibilità del ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, non deve sfuggire quanto previsto dall'art. 9, comma 1, C.p.a., in base al quale il difetto di giurisdizione, nei giudizi di impugnazione, può essere rilevato soltanto se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che ha statuito sulla giurisdizione. Pertanto, occorre una lettura combinata delle due norme del Codice, onde circoscrivere l'effettiva possibilità della proposizione del ricorso per Cassazione.

Nel caso in questione, nel giudizio per il quale è stata proposta revocazione, non è mai stata sollevata questione di giurisdizione né in primo grado né in appello: quindi, la sentenza del C.G.A.R.S. n. 246 del 2017 non avrebbe potuto giammai essere impugnata con ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione.

Ne discende che non sarebbe stata ricorribile per Cassazione neppure la sentenza relativa al giudizio di revocazione (n. 1046 del 2020), poiché, come detto, avverso tale sentenza sono ammessi i mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione. Tanto più che la predetta revocazione si era limitata alla fase cd. rescindente, senza entrare nel merito della vicenda, ma stabilendo l'inammissibilità del ricorso per revocazione.

Il Collegio, proseguendo nel ragionamento, ha rilevato altresì che la propria sentenza n. 1046 del 16 novembre 2020, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione, non potendo essere più impugnata con ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, è passata in giudicato il giorno stesso della sua pubblicazione avvenuta il 16 novembre 2020, con contestuale passaggio in giudicato, altresì, della sentenza del giudizio originario n. 246 del 2017.

Da ciò discende l'irricevibilità per tardività della domanda risarcitoria, notificata oltre il termine di centoventi giorni di cui all'art. 30, comma 5, C.p.a., decorrente dal giorno di pubblicazione della sentenza di revocazione, e non già dopo sei mesi dalla pubblicazione, come erroneamente ritenuto dal ricorrente.

A conclusione della questione, il C.G.A.R.S. ha anche fornito una panoramica sul momento di passaggio in giudicato della sentenza amministrativa nel caso in cui sia proposta revocazione ordinaria, che è ostativa alla immediata formazione del giudicato sulla sentenza revocanda, per cui il passaggio in giudicato avviene alla pubblicazione della decisione di inammissibilità della revocazione allorché, come si è detto, tale ultima sentenza non sia passibile di ricorso per cassazione.

Per cui le sentenze del Consiglio di Stato passano in giudicato, nei seguenti possibili casi:

1. con lo spirare dei termini per proporre il ricorso per cassazione o la revocazione ordinaria, ove non proposti;

2. con la pubblicazione della sentenza che dichiara inammissibile il ricorso per revocazione (come nel caso di specie);
3. il giorno in cui spirano i termini del ricorso per cassazione avverso la sentenza resa nel giudizio di revocazione, ove esso, avendo positivamente superato la fase rescindente e dunque revocato la sentenza gravata, abbia deciso in qualsiasi senso il c.d. giudizio rescissorio: è solo a tale ipotesi che si riferisce, ove correttamente inteso, l'art. 107, comma 1, C.p.a.

A ben vedere, ha soggiunto il Collegio, la casistica richiamata non implica una sostanziale differenza tra revocazione ordinaria e straordinaria, poiché anche per quest'ultima, superata positivamente la fase rescindente e rimosso così il giudicato che si era formato, la decisione sulla revocazione resa in esito alla fase c.d. rescissoria riapre il termine per il ricorso in Cassazione *ex art. 107, comma 1, C.p.a.*, nonché, quello di 120 giorni per proporre la domanda risarcitoria *ex art. 30, comma 5, C.p.a.*, qualora la decisione rescissoria sia favorevole anche nel merito.

Viceversa, la declaratoria di inammissibilità della revocazione - sia straordinaria, sia ordinaria - cristallizza la data di formazione del giudicato e, quindi, la decorrenza del termine *ex art. 30, comma 5, C.p.a.*, che coincide con la data di avvenuta formazione del giudicato (revocazione straordinaria) oppure con la data della declaratoria di inammissibilità della revocazione (revocazione ordinaria).

Tuttavia, fa eccezione l'ipotesi in cui sia stato già proposto autonomamente il ricorso per Cassazione, nel rispetto dei termini per esso previsti: ciò comporta, infatti, che il giudicato si vada a formare non sulla decisione della revocazione, bensì sulla decisione, ove successiva, della Corte di Cassazione.

La pronuncia assume rilevanza in quanto afferisce al delicato tema del passaggio in giudicato della sentenza per la proposizione della domanda risarcitoria, questione di non poco momento in quanto, a seguito della pronuncia di accoglimento, viene sovente formulata domanda per ottenere il risarcimento connesso alla declaratoria di illegittimità di un atto amministrativo, talvolta anche con richieste di somme elevate che potrebbero essere frustrate, in radice, da una tardività della domanda.

La lettura sistematica fornita dal Collegio, d'altro canto, è correttamente volta a non espandere *sine die* il termine di passaggio in giudicato della decisione, stante la peculiarità della revocazione che, potendosi proporre anche dopo l'emanazione della sentenza di secondo grado, potrebbe tramutarsi in un mezzo per aggirare i termini e prolungare la decorrenza del termine per proporre la domanda risarcitoria.

Ciò sarebbe evidentemente iniquo per l'Amministrazione che non avrebbe adeguata tutela in ordine alla certezza del diritto e alla destinazione di adeguate

poste economiche in bilancio per far fronte ad eventuali risarcimenti richiesti dai privati e riconosciuti dalla magistratura.



# Recensioni

LE RAGIONI DI UN'ASSENZA. RECENSIONE A ROSANNA FATTIBENE, POVERTÀ E COSTITUZIONE  
Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 ..... 642  
di Matteo Greco



## Le ragioni di un'assenza.

Recensione a Rosanna Fattibene, *Povertà e Costituzione*

Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

L'ultimo lavoro di Rosanna Fattibene, *Povertà e Costituzione*, edito da Editoriale Scientifica (2020), affronta un tema fondamentale per la riflessione giurispubblicistica quale è quello del rapporto tra Costituzione e intervento pubblico di contrasto alla povertà. Il pregio dell'opera risiede nella sua capacità di restituire al lettore una chiara rappresentazione dell'idea di povertà accolta dalla Costituzione attraverso la ricerca, e quindi l'analisi, di tutte quelle disposizioni costituzionali che rimandano, in modo più o meno immediato, al concetto di povertà.

Si tratta di uno studio sulle ragioni di un'assenza: l'assenza di un riferimento diretto, o anche solo testuale, alla povertà nella Costituzione italiana. Un'anomalia probabilmente solo apparente, determinata da una scelta non casuale del Costituente, in ragione del fatto che un riferimento diretto avrebbe potuto comportare una eccessiva riduzione di significato verso il piano della mera privazione di mezzi materiali. D'altra parte, se questa mancanza fosse realmente tale, ciò significherebbe che una costituzione del secondo dopoguerra come quella italiana, che fa della dignità umana e dell'uguaglianza le sue pietre miliari, sia rimasta singolarmente indifferente ad un fenomeno sociale, la cui rilevanza, ora come all'ora, non ha certo bisogno di essere dimostrata (p. 9).

Al contrario, vedremo come l'idea di povertà accolta dalla Carta costituzionale sia quella di una povertà plurale, comprensiva di molteplici forme di bisogno, le quali si concretizzano in una disparità nella distribuzione di beni non solo materiali, ma anche immateriali, tutti accomunati dall'essere ostacolo al pieno sviluppo della persona.

Nel volume, la ricerca delle coordinate utili a ricostruire questa dimensione costituzionale della povertà è preceduta da una breve ma fondamentale premessa di carattere storico, attraverso cui l'Autrice dà conto di come sia mutata, nel corso del tempo, la percezione sociale del fenomeno (p. 21 ss.). Così, da "*vizio morale individuale*", da combattere con la coercizione e la punizione, a partire dal XIX secolo, nella Germania di Bismarck, la povertà iniziò ad essere affrontata come un problema sociale, conducendo all'istituzionalizzazione del concetto di assicurazione sociale. Ciò non

bastò tuttavia a superare l'atteggiamento di sostanziale disinteresse verso le situazioni di emarginazione che comunque continuava a caratterizzare l'approccio dei pubblici poteri.

Il punto di svolta fu l'emergere di un proletariato industriale e, con esso, delle prime organizzazioni politiche e sindacali che contribuirono ad elevare il "grido d'aiuto" della classe operaia, da mera richiesta di assistenza pubblica, a vera e propria pretesa individuale e collettiva, "rispetto alla quale le istituzioni iniziarono ad avvertire come un obbligo il provvedere alle prestazioni richieste" (p. 23). Si inseriva in questa fase la c.d. legge Crispi del 1890, con la quale si gettò un "mantello pubblicistico"<sup>1</sup> sulle c.d. Opere Pie, preesistenti organizzazioni di assistenza e beneficenza di carattere privato. Sul punto vale la pena, però, precisare che il processo di massiccia statalizzazione di vasti strati di iniziative private e religiose, di apertura alla nuova forma di stato sociale, invero, condivideva la medesima *ratio* delle primigenie modalità di intervento tipiche dello stato liberale, ovvero "correggere le storture provocate sul piano dell'uguaglianza sostanziale dagli eccessi «liberisti» delle libertà individuali", senza che a ciò conseguisse l'effettiva presa in considerazione del contesto sociale, culturale e relazionale di appartenenza dei soggetti destinatari<sup>2</sup>.

Successivamente, l'attenzione verso i bisognosi crebbe sensibilmente durante il regime fascista: periodo in cui, però, la politica sociale venne utilizzata come strumento per esercitare il controllo politico e la ricerca del consenso.

È solo con la Costituzione repubblicana che lo stato sociale entrerà in una nuova fase del suo percorso di consolidamento nel contesto costituzionale italiano. In questa rinnovata prospettiva, la povertà viene elevata a "finalità pubblica immanente" (p. 28), divenendo il *fil rouge* di tutte quelle situazioni la cui presenza pregiudica la concreta attuazione del principio

<sup>1</sup> F. MERUSI, *Beneficenza e sanità nella prospettiva del d.P.R. n. 616*, in *Città e Regione*, 1978, n. 11-12, 46.

<sup>2</sup> V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010, p. 8.

di uguaglianza. In questa prospettiva, diventa necessario individuare quegli “ostacoli di ordine economico e sociale” la cui presenza si frappone al pieno sviluppo della persona. In questo senso, la Costituzione accede ad un’idea multiforme di povertà che non si riduce alla sola dimensione economica, ovvero alla mancanza di *mezzi materiali*. Esistono altre forme di povertà che si concretizzano in altrettante forme di disuguaglianza nell’accesso a beni della vita che rappresentano il *mezzo* attraverso cui è possibile garantire il pieno sviluppo della persona. Un esempio può senz’altro essere d’aiuto per comprendere il rapporto tra *mezzi e mezzo*, a cui il volume fa spesso riferimento. Prendiamo, quindi, l’istruzione. Essa rappresenta uno di quei mezzi attraverso cui poter realizzare il fine emancipatorio previsto dal secondo comma dell’art. 3 Cost. Si tratta di un vero e proprio diritto sociale, il diritto all’istruzione, in virtù del quale lo Stato è obbligato a garantire il *mezzo* necessario a realizzare il pieno sviluppo della persona, che si concretizza nell’attività di insegnamento e nell’organizzazione ad essa funzionale. Infatti, l’articolo 34 Cost. solo in parte fa riferimento ad una condizione di povertà economica, per riferirsi anche ad una povertà di conoscenze, difficilmente superabile solo attraverso elargizioni di natura finanziaria, ovvero i *mezzi materiali*.

È facile riconoscere come si tratti di una concezione della povertà particolarmente avanzata che non corrisponde a quella vissuta nella realtà del Paese al tempo della Costituente: una realtà che, nella documentazione parlamentare di poco successiva<sup>3</sup>, viene descritta in tutta la sua umana tragicità. Da qui l’estrema lungimiranza dei nostri Padri costituenti nel dare vita ad una Carta costituzionale che dimostra sempre una sorprendente capacità di guardare al futuro.

Continuando sul percorso argomentativo tracciato dall’Autrice, nel secondo capitolo, la strategia di contrasto alla povertà accolta dalla Costituzione viene ricondotta a due fondamentali linee d’azione: la prima fa riferimento a quelle disposizioni che riconoscono i singoli diritti sociali o che attribuiscono rango costituzionale ad altri specifici interessi ritenuti meritevoli di tutela; la seconda è data dalle norme sui Principi fondamentali, tra cui, in particolare, il principio di eguaglianza sostanziale e il principio di pari dignità sociale (p. 69 ss.).

Partendo delle norme costituzionali a sostegno di specifiche situazioni di bisogno, nel volume particolare risalto è dato al legame tra artt. 4, co. 1, 36, co. 1, e 38 Cost., da cui è possibile ricavare un sistema di protezione sociale basato sulla “promessa della piena occupazione” (p. 76). Ma il *fil rouge* che evidenzia il lavoratore nel disegno costituzionale – spiega l’Autrice – corre lungo una più ampia teoria di disposizioni, tra

cui: l’art. 37 Cost. che tutela la donna lavoratrice, l’art. 43 Cost. sulla possibilità di riservare originariamente o trasferire anche a “comunità di lavoratori” determinate imprese o categorie di imprese, l’art. 46 Cost. sul diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende. Inoltre, il diritto al lavoro non si attesta soltanto come *mezzo* di contrasto alla povertà intesa in senso materiale, ma anche come strumento di emancipazione individuale e veicolo di inclusione sociale (p. 78). D’altro canto, la concezione del lavoro accolta nella Costituzione va ad includere anche ciò che non è riconducibile a prestazioni fondate su un rapporto di tipo sinallagmatico, per ricomprendervi qualsiasi tipo di attività che “concorra al progresso materiale e spirituale della società” (p. 80).

Il lavoro, però, non esaurisce lo strumentario costituzionale per contrastare la povertà. Invero, nella Costituzione è possibile rintracciare una fitta “rete” di norme che consente di ricavare una declinazione della lotta alla povertà “non limitata al ruolo del lavoro ed alla persona del lavoratore” (p. 85). Si tratta di quell’“arcipelago”<sup>4</sup> di diritti sociali presente nella Carta costituzionale, la cui geografia viene abilmente ricostruita dall’Autrice, che individua nei titolari di tali diritti coloro che possono essere definiti poveri nella prospettiva dei Costituenti. Costoro sono i “non abbienti” dell’art. 24 Cost. a cui è riconosciuto il diritto di difesa, i componenti delle famiglie numerose dell’art. 31 Cost., gli “indigenti” dell’art. 32 Cost. a cui devono essere riconosciute cure gratuite, i minori di sedici anni a cui è riconosciuto il diritto a ricevere un’istruzione gratuita e “i capaci e meritevoli che non hanno mezzi” dell’art. 34 Cost., e così via.

Come anticipato, inoltre, il volume individua altresì un secondo percorso tracciato dalla Costituzione per contrastare la povertà, direttamente riconducibile al principio di uguaglianza sostanziale e di pari dignità sociale. In questa prospettiva, tali principi interverrebbero a “diretto riconoscimento di un meccanismo in principio liberatore di tutti quegli impedimenti, non specificamente contemplati da alcuna altra disposizione costituzionale” (p. 95). Inoltre, l’art. 3, co. 2, Cost. manifesterebbe anche la preferenza verso interventi di carattere unitario, in quanto unico è il fine del pieno sviluppo della persona umana indicato dalla norma. Si tratta, in altri termini, di una lettura unitaria della disposizione in questione, dalla quale deriverebbe una altrettanto unitaria modalità di attuazione: una misura “a tutto tondo”, coerente con il carattere multiforme e composito dell’idea di povertà accolta dalla Costituzione.

L’indagine condotta dall’Autrice, però, non si ferma alla ricostruzione delle coordinate costituzionali per il contrasto alla povertà. Essa prosegue, nel ter-

<sup>3</sup> Il riferimento è ai lavori della Commissione parlamentare d’inchiesta sulla miseria in Italia e sui mezzi per combatterla (1951-1954) citata dall’Autrice, nota 1.

<sup>4</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, vol. XI, Treccani, Roma, 1989.

zo ed ultimo capitolo, spostando l'attenzione verso il livello attuativo, attraverso una ricostruzione critica dell'incidere, dal dopoguerra in poi, del sistema italiano di protezione sociale. Qui, viene subito posto in evidenza come l'entrata in vigore della Costituzione non sia riuscita ad imprimere al sistema di welfare italiano una svolta decisiva verso modalità di intervento che sapessero cogliere, e quindi realizzare, il disegno unitario tracciato dall'art. 3, co. 2, Cost. L'intervento pubblico di contrasto alla povertà, infatti, ha sempre seguito i diversi e singoli "rivoli" dei diritti sociali normati in Costituzione (p. 152), assecondando, in questo modo, la risalente tendenza al particolarismo mutualistico tipica del sistema di welfare pre-repubblicano. Va sviluppandosi, così, un sistema di protezione sociale contrassegnato da un alto tasso di frammentarietà, causato dal carattere quasi esclusivamente categoriale degli istituti di assistenza che, se per un verso ha comportato un intervento su un numero significativo di classi di bisogno, dall'altro ha determinato una scarsa attenzione verso le differenze tra individui e le loro singolari ed effettive esigenze (p. 153). Peraltro, la frammentarietà caratterizzava anche il piano istituzionale a causa della eccessiva ripartizione della titolarità degli interventi assistenziali, aggravata dalla mancanza di logiche e criteri condivisi (p. 156). A ciò si aggiunge una marcata preferenza verso interventi di carattere meramente monetario, rispetto alla predisposizione di specifici servizi di assistenza alla persona (p. 154). Emerge, dunque, un quadro piuttosto negativo in cui viene privilegiata la "frammentarietà e [la] monetizzazione dei servizi a scapito della diversità" (p. 155).

È solo verso il finire degli anni Novanta che qualcosa inizia a mutare. Un primo segnale di questo cambiamento viene rintracciato, nonostante il carattere meramente programmatico e conoscitivo, nei lavori condotti dalla Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale<sup>5</sup>, a cui seguirà una lunga e difficile fase di sperimentazione legislativa<sup>6</sup>, dettagliatamente ricostruita nel volume, resa ancora più complessa dalla sopravvenuta riforma del Titolo V della Costituzione che ha rimodulato le competenze legislative in materia di politiche sociali.

Il 2017 segna, invece, l'inizio della "stagione italiana delle misure universalistiche ed integrate di contrasto alla povertà" (p. 174), il cui avvento è stato in

parte anticipato da un marcato attivismo regionale che, se per un verso ha inevitabilmente contribuito ad aumentare il tasso di differenziazione territoriale, dall'altro è rivelatore di una ricorrente tendenza della legislazione regionale ad atteggiarsi a vero e proprio "laboratorio" di politiche pubbliche, le quali solo in un secondo momento vengono "recepite" anche a livello statale<sup>7</sup>.

Tuttavia, come spesso accade in Italia, i grandi processi di trasformazione "di sistema" faticano a seguire un percorso lineare di progressiva implementazione di un chiaro e univoco disegno riformatore e, in questo senso, l'analisi condotta dall'Autrice dimostra come neanche il tema del contrasto alla povertà sfugga a tale sfortunato destino. Infatti, nell'arco di soli due anni sono state ben due le misure di contrasto alla povertà, a carattere universale, introdotte nell'ordinamento italiano, l'una sostitutiva dell'altra: il Reddito di inclusione (ReI), previsto dalla l. n. 33/2017 e disciplinato, poi, dal d.lgs n. 147/2017, e il Reddito di cittadinanza (RdC), introdotto con il d.l. n. 4/2019.

L'analisi delle due misure rappresenta uno dei punti nodali della ricerca condotta nelle pagine del libro: il pregio è di averne messo in evidenza le differenze strutturali, saggiandone la compatibilità e la collocazione rispetto alle indicazioni costituzionali rilevate nel corso dei capitoli precedenti.

Alla luce di ciò, la principale differenza riscontrata risiede nella diversa funzione attribuita al lavoro nelle due tipologie di "reddito". Il RdC sarebbe infatti caratterizzato da una prevalente "anima lavoristica" (p. 209), la quale risultava significativamente ridimensionata nel ReI. Nella disciplina di quest'ultimo, il contrasto alla povertà, considerata nella sua pluridimensionalità, rappresentava la sola ed unica finalità della misura: l'inclusione lavorativa, al pari di quella sociale, nel quadro della definizione del progetto personalizzato, si atteggiava come una componente di un più ampio processo di emancipazione individuale e sociale (p. 185). Nel caso del RdC, invece, la prevalente funzione di politica attiva del lavoro si giustappone a quella di contrasto alla povertà, rimanendone in sostanza distinta: il che è dimostrato anche dalla sussistenza di due diverse tipologie di "Patto" che il destinatario è chiamato a sottoscrivere (il Patto per il lavoro e il Patto per l'inclusione sociale) (p. 216). In altri termini, la presa in carico contestuale dell'ampio ventaglio di situazioni di disagio, al fine di ridurre la molteplicità dei bisogni all'unicità dell'inclusione del cittadino, propria del ReI, ha ceduto il passo alla prospettiva sostanzialmente monodirezionale, propria del

<sup>5</sup> La citata Commissione fu istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri con decreto del 14 gennaio 1997. La *Relazione finale* della Commissione è reperibile in [www.espanet-italia.net](http://www.espanet-italia.net). Sugli esiti dei lavori della Commissione cfr. A. De Marco, *Sintesi dei lavori della Commissione per l'analisi della compatibilità macroeconomiche della spesa sociale (commissione Onofri)*, reperibile in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), per come citato dall'Autrice, nota 353.

<sup>6</sup> Si fa riferimento, in particolare, all'introduzione sperimentale dell'istituto del *minimo di inserimento*, previsto prima dal d.lgs. n. 237/1998, poi dalla l. n. 388/2000, applicato ad un numero ridotto di Comuni e con un'efficacia temporale di meno di un decennio.

<sup>7</sup> Cfr. M. TROISI, *La partecipazione delle comunità territoriali nella legislazione regionale. Alcune riflessioni alla luce delle recenti leggi di Toscana, Emilia-Romagna e Puglia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2018, p. 3; L. CHIEFFI, *La promozione dell'istituto familiare nell'ambito delle politiche sociali dell'ente Regione*, in AVVV., *Regionalismo, federalismo, Welfare State*, Milano, 1997, p. 309.

RdC (p. 214). Un cambio di paradigma che – a parere di chi scrive – sarebbe rivelatore di una più generale trasformazione dell'idea del lavoro nella cultura contemporanea: da mezzo per la realizzazione di sé, a fine in sé dell'esistenza dell'individuo; il che sembrerebbe tradire il senso attribuitogli dalla Costituzione.

Le due misure, inoltre, divergono anche sotto un ulteriore punto di vista: il sistema di condizionalità. In entrambi i casi, infatti, l'erogazione del contributo economico è condizionato allo svolgere di specifiche attività da parte del soggetto percettore, tra cui spicca la ricerca attiva del lavoro. Un meccanismo che non si pone, di per sé, in contrasto con la qualifica di diritto sociale, in quanto la partecipazione attiva del soggetto titolare del diritto ne costituisce un elemento strutturale (p. 188); e ciò è ancora più evidente proprio con riferimento al diritto al lavoro, esplicitamente qualificato dall'articolo 4 Cost. anche come dovere. Al contrario, l'erogazione incondizionata di un contributo monetario da parte dello Stato “sfuggirebbe alla logica dei diritti sociali, collocandosi piuttosto, in quella della beneficenza pubblica”<sup>8</sup> di matrice liberale-ottocentesca. Più nello specifico, la preminente cifra lavoristica del RdC ha comportato una più stringente declinazione del concetto di condizionalità sul fronte della ricerca attiva del lavoro, rispetto a quanto in precedenza previsto per il ReI. In altri termini, nel RdC l'Autrice riconosce un sistema di condizionalità “a geometria variabile” (p. 224), per cui all'aumentare del tempo di fruizione del beneficio, viene ritenuta “egualmente” congrua un'offerta di lavoro in realtà sempre meno adeguata. Tuttavia, solo un'attenta declinazione del concetto di congruità, rispettosa della libertà e della dignità della persona, permetterebbe di legittimare il ricorso alle condizionalità, senza che queste si trasformino in motivo di lesione del principio di uguaglianza sostanziale (p. 222). Peraltro, il tema è oggi uno degli aspetti del RdC maggiormente dibattuti: da una parte, infatti, vi è chi intende la congruità come un elemento circoscritto ai soli aspetti economici dell'offerta di lavoro e chi, dall'altra, sostiene la necessità che nella valutazione si debba tenere conto anche delle capacità e delle possibili aspirazioni personali dell'individuo.

Un ulteriore aspetto preso in considerazione nel corso della trattazione è la qualificazione di entrambe le tipologie di “Reddito” come livello essenziale delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m), Cost. Sul punto l'Autrice evidenzia come tale attribuzione non faccia riferimento al ReI o al RdC in sé considerati, quanto piuttosto alla tipologia e alla struttura che contraddistinguono entrambe i provvedimenti. In questa prospettiva, “è la presa in carico globale del cittadino in stato di necessità a divenire livello essenziale di assistenza” (p. 200). In altri termini, si tratterebbe del livello es-

senziale delle prestazioni concernenti il diritto ad un'esistenza dignitosa.

La questione non è di poco conto poiché se, per un verso, l'utilizzo di tale clausola è funzionale a scongiurare il pericolo di “degradare il diritto all'esistenza a interesse protetto a seconda delle volontà politiche e delle capacità fiscali delle singole Regioni”<sup>9</sup>; dall'altro, la medesima previsione – ad avviso di chi scrive – si rivelerebbe parimenti idonea a limitare la discrezionalità dello stesso legislatore statale, qualora questi intendesse ridurre il grado di attuazione del diritto soggettivo in questione. E in questo senso, il condizionamento nei confronti di un futuro intervento riformatore sarebbe duplice. Da una parte, infatti, una volta introdotto un istituto di garanzia del minimo vitale, l'intervento legislativo non potrebbe spingersi fino alla sua completa abrogazione, senza che questo si tramuti in una lesione del c.d. “contenuto minimo” (o nucleo duro) del diritto dallo stesso tutelato. Dall'altra, partendo dal presupposto che il senso stesso della determinazione dei livelli essenziali della prestazione sta proprio nell'assicurare una garanzia più ampia di riconoscimento del diritto rispetto al suo contenuto minimo (p. 201), anche la possibilità di regredire rispetto al suddetto (più alto) livello di tutela ne risulterebbe limitata, in quanto ciò dovrebbe avvenire – per giurisprudenza consolidata – sempre e comunque secondo “moduli improntati al principio di gradualità”<sup>10</sup>. Resta tuttavia aperto il problema di cosa debba intendersi, nel caso di un istituto di reddito minimo garantito, per “contenuto minimo” e a quali condizioni concrete una eventuale regressione potrebbe ritenersi conforme al c.d. “principio di gradualità”.

Sul punto, potrebbe giocare un ruolo rilevante il diritto europeo, se non altro come parametro interpretativo delle scelte del legislatore. Esso, a causa della pandemia e nell'ottica dell'implementazione di una c.d. “*just transition*”, sta progressivamente ampliando il proprio raggio d'azione, ponendo obiettivi comuni anche nel campo delle politiche sociali. Infatti, con specifico riguardo al tema della povertà, è di pochi giorni la pubblicazione del testo della Raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea relativa a *un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva*<sup>11</sup>, in cui è possibile rintracciare tutti quegli elementi che dovrebbero caratterizzare una misura di questo genere. In tal senso, nella raccomandazione si fa riferimento: alla valutazione multidimensionale, al piano

<sup>8</sup> E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 147/2015, p. 459.

<sup>9</sup> C. TRIPODINA, *Diritto all'esistenza, reddito di cittadinanza e Costituzione*, in Bin Italia (a cura di) *Un reddito garantito ci vuole! Ma quale? Strumento di libertà o gestione delle povertà*, Quaderni per il reddito, n. 3/2016, p. 49.

<sup>10</sup> A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Jovene, Napoli, 1999, p. 177, e l'ampia giurisprudenza costituzionale ivi citata.

<sup>11</sup> RACCOMANDAZIONE DEL CONSIGLIO del 30 gennaio 2023 relativa a un adeguato reddito minimo che garantisca l'inclusione attiva (2023/C 41/01).

personalizzato, all'erogazione di un contributo economico, affiancato ad una rete di servizi sociali, ripartiti in "servizi essenziali" e "servizi abilitanti"<sup>12</sup>.

In definitiva, emerge così anche a livello europeo, un'idea di povertà plurale, in linea con il significato della povertà per la Costituzione, a cui corrisponde, peraltro, un simile approccio multidimensionale nella strategia di contrasto. Una prospettiva, quest'ultima, molto diversa da quella adottata per far fronte alla crisi finanziaria avviata nel 2008, basata sul significativo ridimensionamento degli apparati nazionali di sicurezza sociale (p. 265). In questo senso, la Raccomandazione del Consiglio è una conferma di quanto prospettato dall'Autrice nelle sue conclusioni in merito alla crescente centralità dell'impulso europeo nell'attuazione dei diritti sociali, nonostante le limitate competenze dell'Unione in materia: una prospettiva futura che, a pochi anni dalla pubblicazione del volume, si rivela in parte già essere presente.

---

<sup>12</sup> Al punto 2 della RACCOMANDAZIONE vengono definiti "servizi abilitanti" quei servizi che "rispondono a esigenze specifiche delle persone che non dispongono di risorse sufficienti affinché possano integrarsi nella società e, se del caso, nel mercato del lavoro, compresi servizi di inclusione sociale quali l'assistenza sociale, la consulenza, il coaching, il tutoraggio, il sostegno psicologico, la riabilitazione e altri servizi abilitanti a carattere generale, tra cui l'educazione e cura della prima infanzia, l'assistenza sanitaria, l'assistenza a lungo termine, l'istruzione e la formazione nonché gli alloggi"; "servizi essenziali" quei servizi che "comprendono l'acqua, i servizi igienici, l'energia, i trasporti, i servizi finanziari e le comunicazioni digitali".



## Indice delle sentenze

### Diritto civile

#### CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. I, 06/06/2023, n. 15790 s.m.  
 Cass., sez. un., 08/06/2023, n. 16252 s.m.  
 Cass., sez. un., 20/06/2023, n. 17541 s.m.  
 Cass., sez. I, 20/06/2023, n. 17603 s.m.  
 Cass., sez. un., 26/06/2023, n. 18199 s.m.  
 Cass., sez. un., 06/07/2023, n. 19129 s.m.  
 Cass., sez. un., 17/07/2023, n. 20621 s.m.

#### TRIBUNALE

Trib. Belluno, 13/06/2023 s.m.  
 Trib. Cosenza, 19/06/2023, n. 1105 s.m.  
 Trib. Milano, 14/06/2023, n. 4965 s.m.  
 Trib. Monza, 16/06/2023, n. 1410 s.m.  
 Trib. Napoli, 06/02/2023, n. 1288 s.m.  
 Trib. Palermo, esecuzioni immobiliari, 26/05/2023, s.m.  
 Trib. Palermo, 09/06/2023, n. 2780  
 Trib. Paola, 05/06/2023, n. 475 s.m.  
 Trib. Sassari, 14/04/2023, n. 371 s.m.  
 Trib. Trieste, 02/05/2023, n. 231 s.m.

### Diritto penale

#### CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 3, sent. 21/06/2023, n. 32760 s.m.  
 Cass., sez. 4, sent. 21/06/2023, n. 31234 s.m.  
 Cass., sez. 5, sent. 20/06/2023, n. 31726 s.m.  
 Cass., sez. 4, sent. 14/06/2023, n. 31230 s.m.  
 Cass., sez. 6, sent. 13/06/2023, n. 31173 s.m.  
 Cass., sez. 1, sent. 07/06/2023, n. 31451 s.m.  
 Cass., sez. 4, sent. 17/05/2023, n. 31840 s.m.  
 Cass., sez. 1, sent. 10/05/2023, n. 31004 s.m.  
 Cass., sez. un., sent. 30/04/2023, n. 32318 s.m.  
 Cass., sez. un., sent. 27/04/2023, n. 32939 (con nota di PIGNATELLI)  
 Cass., sez. 4, sent. 06/04/2023, n. 30167 s.m.

#### CORTE DI APPELLO

Napoli, sez. I, sent. 07/06/2023, n. 7639 s.m.

#### G.I.P./G.U.P.

Nola, G.I.P., ord. 09/10/2023, n. 1374 s.m.

#### TRIBUNALE

Nola, G.M., sent. 11/09/2023, n. 12 s.m.  
 S.M.C.V., G.M., sent. 28/06/2023, n. 3524 s.m.

### Diritto amministrativo

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

T.A.R. Napoli, sez. III, 04/08/2023, n. 4756 s.m.

#### CONSIGLIO DI STATO

Cons. di Stato, sez. VII, 24/07/2023, n. 7200 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 03/08/2023, n. 7494 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 12/07/2023, n. 6826 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. IV, 30/08/2023, n. 8065 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. IV, 12/07/2023, n. 6816 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 10/07/2023, n. 6731 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 24/08/2023, n. 7931 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. VII, 31/08/2023, n. 8101 s.m.  
 Cons. di Stato, sez. V, 24/08/2023, n. 7930 s.m.

### Diritto Internazionale

#### CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) - Sentenza del 4 luglio 2023 - Causa C-252/21 - ECLI:EU:C:2023:537  
 Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) Sentenza del 13 luglio 2023 - ECLI:EU:C:2023:562 - Cause riunite C-615/20 e C-671/20, - YP e a. (C-615/20), M. M. (C-671/20), con l'intervento di Prokuratura Okręgowa w Warszawie, Komisja Nadzoru Finansowego e a. (C-615/20)  
 Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Quarta Sezione) Sentenza del 13 luglio 2023 - ECLI:EU:C:2023:569 - causa C-35/22 - CAJASUR Banco SA c/ JO, IM

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO  
 CEDU, Caso M.A. v. ITALY, ricorso n. 70583/17, sentenza del 31 Agosto 2023





# Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale  
di diritto

- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico  
a dieci anni dal *caso Napoli*

**FRANCESCO FIMMANÒ**

La disciplina degli stupefacenti alla luce  
della recente giurisprudenza costituzionale

**ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA**

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione  
delle cause di esclusione nella disciplina  
dei contratti pubblici

**FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO**

prezzo di copertina  
**20,00 euro**

*sei numeri della rivista  
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario  
**90,00 euro**

L'abbonamento è valido dal mese  
successivo alla sottoscrizione

**infoline**  
+39 081 556 40 86

## DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento  rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

**Modalità di pagamento**  
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl  
UNICREDIT  
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 556 40 86

@ **per email** a: info@giapeto.it

