

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**  
Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore



**IAIC**  
ITALIAN ACADEMY OF  
THE INTERNET CODE

**Numero 3**  
**Anno V**  
**Luglio/Settembre 2015**

CON CONTRIBUTI DI:

Davide Borelli Casiere, Anna Chiara Calabrese, Alexandro Capogna, Leandro Peraino, Silvia Perugi, Marco Cecili, Giovanni Zborowsky, Andrea Ruffo, Francesco Saverio Martucci di Sacrifizzi, Andrea Napolitano, Giacomo Rocchi, Valentina Zirafa.

## SOMMARIO

### *Mercato, concorrenza e regolazione*

***L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art.21 octies comma 2 della Legge n.241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti..... 6***  
di Francesco Saverio Martucci di Scarfizzi

***Bitcoin: profili giuridici e comparatistici..... 32***  
***Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione***  
di Alexandro Capogna, Leandro Peraino, Silvia Perugi, Marco Cecili,  
Giovanni Zborowski, Andrea Ruffo

### *Biotecnologie, ogm e vita*

***Embrione: qualcosa o qualcuno?..... 75***  
di Giacomo Rocchi

### *Comunicazioni elettroniche, audiovisivo e garanzie*

***Il disegno di legge S. 1119-B: verso una auspicabile e definitiva equiparazione tra stampa cartacea e stampa on line? ..... 105***  
di Andrea Napolitano

### *Diritti della persona e responsabilità in rete*

***Risarcimento del danno da inadempimento di direttive comunitarie agli specializzandi iscritti agli anni accademici prima del 1/1/83 ..... 123***  
di Valentina Zirafa

***Obesità e diritto ..... 142***  
di Anna Chiara Calabrese

***La videosorveglianza ad uso domestico: ambito di applicazione della direttiva europea in materia di protezione dei dati personali..... 147***  
di Davide Borelli Casiere

## COMITATO REFERENTE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequatrini
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

## COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)
- Mattia de Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre
- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam

- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Claudia Stazi, Università degli studi Roma Tre
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

#### Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Ferdinando Tozzi

***L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'art.21 octies  
comma 2 della Legge n.241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti  
regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti***

di

**Francesco Saverio Martucci di Scarfizzi**

**Abstract:**

Il presente contributo si propone, muovendo da un'analisi dell'istituto della motivazione nel provvedimento amministrativo, di analizzare le conseguenze derivanti dall'eventuale integrazione postuma in giudizio della stessa, alla luce della più recente elaborazione giurisprudenziale; in particolare, soffermandosi riguardo all'incidenza della tematica in questione sugli atti regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti.

*This paper aims, moving from an analysis of the institution of motivation in the administrative measure, analyze the consequences deriving from the integration posthumously in the same judgment, in the light of more recent jurisprudential processing; in particular, focusing on the impact of the issue on regulator acts of Independent Administrative Authority.*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il ruolo della motivazione nel giudizio amministrativo. – 3. Latitudine applicativa della motivazione nel variegato panorama degli atti e dei provvedimenti amministrativi. – 4. Il difetto di motivazione e l'integrazione postuma in giudizio: natura giuridica ed elaborazioni giurisprudenziali. – 5. Profili di incidenza sugli atti regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti.

**1. Premessa**

L'istituto della motivazione del provvedimento amministrativo riveste da sempre una importanza nevralgica, dal momento che svolge una pluralità di funzioni ed assolve all'esigenza di attualizzare i principi di imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità [1]; anche per questo non appare possibile, né conducente alla tematica in rassegna, ripercorrere le innumerevoli produzioni dottrinarie sul punto [2], di guisa che si reputano sufficienti solo alcuni accenni finalizzati alla trattazione in questione.

Con la motivazione, la p.a. palesa i presupposti di fatto e le ragioni di diritto poste a fondamento dell'adozione di un provvedimento amministrativo; sono

presupposti di fatto gli elementi ed i dati fattuali acquisiti in sede istruttoria che sono stati oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'atto provvedimentale; sono, invece, ragioni giuridiche, le argomentazioni di diritto, cioè principi normativi sottesi all'“*agere*” amministrativo, anche se la giurisprudenza [3], peraltro, è pacifica nel ritenere che la p.a. non debba esternare puntualmente tutte le norme applicate ai fini della legittimità dell'atto.

L'obbligo motivazionale del provvedimento amministrativo è stato previsto dall'articolo 3 della L. 241/90 in maniera generalizzata, fatte salve le eccezioni ivi previste; ciò perché, a ben vedere, esso assicura la trasparenza e la “democraticità” dell'azione amministrativa [4], desumendosi l'iter logico seguito dall'autorità amministrativa.

Emerge, dunque, in maniera lampante l'importanza dei motivi - fattuali e giuridici - che hanno spinto la p.a. a decidere in un certo modo per dare risposta ad esigenze gestionali che postulano scelte amministrative.

Tali caratteri tracciano le differenze con l'incidenza dei motivi nel diritto civile e penale.

Infatti, i motivi sono, di regola, civilisticamente irrilevanti, essendo prevalente il dichiarato sul voluto, ferma la tutela del legittimo affidamento dei terzi; soltanto eccezionalmente, dunque, i motivi assumono rilevanza per l'ordinamento civilistico [5].

Va dato tuttavia atto che con l'accoglimento della concezione della causa in concreto, quale sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare, assumono maggiore importanza i motivi, ancorché oggettivizzati; tant'è che la Cassazione, nel 2006, ha individuato la presupposizione [6] come una figura a metà strada tra la causa in concreto ed una condizione non sviluppata, permeata dall'importanza dei motivi.

Maggiore rilevanza, invece, assumono i motivi nel diritto penale, sia pure nell'estrema difficoltà di accertare un elemento inerente al foro interno dell'agente; così, l'articolo 61 n°1 del c.p. prevede l'aggravante comune ad effetto comune dei motivi abietti o futili [7], mentre l'articolo 62 n° 1, specularmente, prevede l'attenuante comune ad effetto comune dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale.

Ancora, ai sensi dell'articolo 8 del c.p. i motivi politici - riguardanti la concezione della strutturazione dei rapporti tra poteri dello Stato o tra Stato e cittadini - trasformano il delitto comune in soggettivamente politico, con ampliamento della potestà punitiva dello Stato italiano; mentre l'articolo 133 del c.p. individua, tra gli elementi di cui deve tenere conto il giudice penale per commisurare la pena, proprio quello dei motivi del reo.

Dove, però, come si è già visto, massima è l'importanza dell'esternazione dei motivi, è proprio nel diritto amministrativo, dove persiste un obbligo diffuso

della p.a. di motivare l'adozione di un dato provvedimento, volto ad assicurare la trasparenza, l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, nonché a conferire una valenza "democratica" del potere esecutivo, conferendo effettività al diritto di difesa dei destinatari.

La previsione di un obbligo generalizzato di motivazione in capo alla p.a., poi, si spiega proprio in vista di una rinnovata concezione dell'azione amministrativa, sorretta dal procedimento, quale luogo di emersione degli interessi: essa, infatti, consente di colmare quello iato che intercorre tra procedimento e conseguente provvedimento (e, dunque, tra istruttoria e decisione), poiché quest'ultimo deve costituire il risultato logico e coerente del primo; la motivazione, infatti, si pone quale unico strumento in grado di realizzare l'obiettivo, di dare atto del ragionamento seguito dalla autorità pubblica, anche in relazione alle emergenze procedimentali, in particolare per quanto concerne gli interessi ed i fatti in essa affiorati.

## **2. Il ruolo della motivazione nel giudizio amministrativo**

Si suole dire che la motivazione si articola, nella sua struttura essenziale, nelle due componenti della giustificazione e dei motivi: la prima, che individua i presupposti di fatto e gli elementi di diritto su cui si fonda il provvedimento amministrativo; i secondi, che forniscono la spiegazione logica del perché la PA sia pervenuta all'adozione di un provvedimento con un determinato contenuto piuttosto che un altro.

Le succitate componenti, quindi, rilevano, oltre che da un punto di vista strutturale, anche da un punto di vista qualitativo per le conseguenze che i vizi motivazionali determinano nel giudizio innanzi al giudice amministrativo. Infatti, i vizi attinenti alla giustificazione possono determinare anche un giudizio che incida sull'esistenza dell'atto stesso; i motivi, invece, esprimendo il momento della ponderazione degli interessi (cd. merito amministrativo [8]) e delle scelte operate, ove risultino viziati per le più varie ragioni, incidono su profili di legittimità e validità dell'atto.

Molteplici sono le funzioni che la motivazione del provvedimento svolge [9]. Essa, infatti, secondo la sentenza n. 310 del 2010 della Corte Costituzionale, consente di realizzare la conoscibilità, e dunque la trasparenza dell'azione amministrativa [10]; tale assunto è radicato negli articoli 97 e 113 della Costituzione, in quanto, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento ed imparzialità, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale, rafforzando la "legittimazione democratica" dell'azione della pubblica amministrazione, al pari dell'autorità giudiziaria [11] ed al fine di assicurare la tutela giurisdizionale del privato, tant'è che

secondo parte della giurisprudenza amministrativa il “*dies a quo*” del termine decadenziale per impugnare decorre dal momento in cui si viene a conoscenza della motivazione, per consentire l’esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito ex art. 24 della Costituzione; ciò, in disparte la considerazione che si consente al giudice amministrativo, in sede interpretativa, di ricostruire l’iter logico seguito dalla p.a. nella fase procedimentale [12].

E’ d’uopo ora notare che prima della Legge n. 241/1990 mancava una disciplina generale relativa all’obbligo motivazionale.

Poichè all’epoca non era dato rinvenire una disciplina di carattere generale che prevedesse tale obbligo [13], si riteneva che la p.a. non fosse tenuta ad adottare una motivazione del proprio agire, costituendo ciò una mera facoltà; con conseguenze fortemente pregiudizievoli per i principi di pubblicità e trasparenza (sanciti dall’articolo 97 della Costituzione) e per il diritto di difesa, imponendo ricorsi “al buio” per evitare il rischio di incorrere nella decadenza cui andava ad aggiungersi un sostanziale svuotamento del ruolo di controllo del g.a., che non poteva indagare le intime ragioni sottese all’adozione di una data decisione.

Per queste ragioni la dottrina più attenta ed evoluta elaborò una serie di ipotesi in cui era necessario che la p.a. esplicitasse le ragioni sottese al provvedimento: pareri, atti di ritiro, atti comparativi di scelta e valutazione, atti limitativi della sfera giuridica del destinatario; in altri termini, atti discrezionali e potenzialmente pregiudizievoli per il destinatario dell’atto.

Sulla scorta delle osservazioni della dottrina, dunque, la giurisprudenza amministrativa ha ricondotto la carenza, l’insufficienza e la perplessità motivazionale nell’alveo delle figure sintomatiche dell’eccesso di potere [14]; con l’ulteriore risultato di ampliare i poteri di controllo del giudice amministrativo sull’atto, dal momento che non bastava più che una motivazione vi fosse stata, ma occorreva anche che essa fosse adeguata, coerente e chiara.

L’articolo 3 della Legge n. 241/1990, invece, prevedendo l’obbligo generalizzato di motivare, ha comportato la trasformazione del vizio derivante dalla mancanza totale di motivazione dalla figura dell’eccesso di potere a quella della violazione di legge, dal momento che era intervenuta una norma che prevedeva puntualmente tale obbligo giuridico; ove, invece, la motivazione sia presente, ma perplessa, contraddittoria o incongrua, allora si verterà nell’eccesso di potere, sia che si tratti di attività vincolata che discrezionale.

### **3. Latitudine applicativa della motivazione nel variegato panorama degli atti e dei provvedimenti amministrativi**

L'articolo 3 della Legge n. 241/1990 è norma essenziale per parametrare l'obbligo di motivazione alle varie tipologie di atti amministrativi. La suddetta norma impone di motivare anche gli atti organizzativi della p.a., ma sostanzialmente solo quelli di macro-organizzazione ai sensi del d.lgs. n. 165/01, nonché i provvedimenti inerenti allo svolgimento di concorsi nel pubblico impiego e le gare per la stipulazione di contratti, dal momento che quelli di micro-organizzazione hanno natura privatistica [15], in quanto adottati con i poteri del privato datore di lavoro e, come tali, sottratti a tale obbligo.

Nell'ambito dei concorsi per accedere al pubblico impiego, peraltro, da tempo la giurisprudenza amministrativa e costituzionale [16] ritiene che il voto numerico costituisca un'adeguata motivazione, quale espressione del giudizio di sufficienza o di insufficienza e sintesi della valutazione attraverso la sua concreta graduazione, purché siano rigidamente predeterminati i parametri di riferimento ed il metodo di correzione degli elaborati, considerandosi che si tratta di attività connotata da discrezionalità tecnica e che occorre assicurare la tempistica delle correzioni, spesso a fronte di numerosissimi elaborati, nell'ottica di assicurare i principi di buon andamento ed imparzialità.

Sono, invece, espressamente sottratti all'obbligo di motivazione gli atti normativi, che per le loro caratteristiche di generalità, astrattezza e, dunque, per la loro indole normativa, non necessitano di specifiche illustrazioni.

Maggiori problemi, invece, pone l'esenzione per gli atti amministrativi generali, che sono privi dei caratteri di generalità, astrattezza ed innovatività; in altri termini, secondo la prevalente dottrina, il fatto che si tratti a tutti gli effetti di atti amministrativi (e non normativi) non giustificherebbe la deroga legislativa.

Così accade anche per gli atti di programmazione e pianificazione territoriale: qui, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ridotto gli spazi dell'esenzione dall'obbligo di motivazione, prevedendo che, in caso di varianti specifiche e peggiorative ai piani regolatori generali, degli atti di reiterazione di vincoli urbanistici scaduti (per la seconda volta oppure su aree specifiche), alla p.a. incombe l'obbligo di motivazione [17].

Un'eccezione tacita, particolarmente importante, è rappresentata secondo una parte della giurisprudenza amministrativa, dagli atti vincolati (C.G.A. Sicilia n. 23/13): al pari dell'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, infatti, in una logica di conservazione ed economicità degli atti giuridici, non è annullabile l'atto espressione di attività vincolata quante

volte risulti che il privato, se pure fosse stato edotto del procedimento e messo in condizioni di partecipare, non sarebbe stato messo in alcun modo nella possibilità d'influire sull'esito procedimentale.

A sostegno dell'irrilevanza del dovere motivazionale negli atti vincolati, poi, si evidenzia che in questi casi i presupposti sono stati rigidamente predeterminati dal legislatore, relegando la p.a. ad un ruolo di attuazione della legge sulla falsariga dello schema norma-fatto-effetto, dovendosi solo riscontrare la sussistenza degli stessi.

Tuttavia, quest'orientamento - che, come si vedrà, oggi vive una nuova stagione - è fortemente avversato, perché, da una parte, si evidenzia come l'articolo 3 della l. 241/90 non abbia enucleato gli atti vincolati tra le deroghe al generale obbligo di motivazione, con la conseguenza che non potrà desumersi alcuna deroga implicita; dall'altra, viene rilevato che gli atti vincolati sono ormai la maggior parte e che, quindi, tale soluzione finirebbe per espungere l'obbligo della motivazione dall'ordinamento giuridico nella maggior parte dei provvedimenti; infine, tale soluzione sarebbe accettabile laddove la legge in modo astratto e generale preveda esattamente tutti i presupposti in modo assolutamente puntuale e stringente; ipotesi - quest'ultima - difficilmente verificabile.

L'articolo 3 della l. 241/90, inoltre, non si limita a sancire l'obbligo di motivazione, ma ne indica anche il contenuto essenziale, concretantesi nei presupposti di fatto e nelle ragioni giuridiche di cui si è innanzi accennato.

Il richiamo alle "risultanze istruttorie" evoca il principio di connessione tra procedimento e provvedimento.

La motivazione del provvedimento non ha una misura predeterminata, rigida ed immutabile, variando in virtù della tipologia di provvedimento da adottare: nell'attività discrezionale pura o tecnica la motivazione costituisce il fulcro rispettivamente del giudizio comparativo degli interessi implicati e delle valutazioni tecniche effettuate.

In questi casi, dunque, la motivazione dev'essere particolarmente approfondita per essere sufficiente: deve contenere presupposti di fatto, ragioni giuridiche, criteri utilizzati e l'esposizione dell'iter logico che ha condotto a quella scelta.

In mancanza di questi elementi prendono corpo le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e, dunque, è concreta la possibilità di annullamento dell'atto.

Laddove, invece, l'attività sia vincolata, la motivazione potrà essere più scarna, richiedendo il richiamo delle norme e dei presupposti di fatto legislativamente prefigurati per giustificare l'adozione del provvedimento amministrativo, mancando spazi di scelta e deliberativi in capo alla p.a.

La giurisprudenza amministrativa ha poi evidenziato che in caso di istruttoria articolata, ove si possa facilmente ricostruire l'iter logico seguito per giungere al provvedimento finale, non sarà necessaria una motivazione particolarmente dettagliata; viene, dunque, a palesarsi una relazione di inversa proporzionalità tra complessità dell'istruttoria e della motivazione.

La motivazione può attecchirsi in ulteriori modi ancora: l'articolo 3 della Legge n. 241/1990, infatti, a conferma del "cordone ombelicale" che lega procedimento e provvedimento, consente espressamente la motivazione c.d. "per relationem" [18], che si rinviene laddove le ragioni della decisione risultino da altro atto della p.a. richiamato dalla decisione e reso disponibile insieme a questa al momento della comunicazione ai destinatari.

La mancanza dell'atto richiamato, in ogni caso, non determina l'illegittimità del provvedimento, in ossequio ai principi di conservazione degli atti giuridici e di raggiungimento dello scopo: non incide, infatti, sulla possibilità di ricostruire la volontà della p.a., ma solo sul decorso del termine per impugnare il provvedimento, che scatterà proprio dal momento in cui vi è conoscenza dell'atto richiamato.

E'invalidante, invece, la mancata indicazione dell'atto che non consente in alcun modo di ricostruire l'iter logico seguito dalla p.a.; così come è invalidante del provvedimento il richiamo ad un atto che non contenga indicazioni sufficienti per ricostruire la volontà della p.a., oppure le contenga, ma in modo perplesso e contraddittorio.

La previsione normativa della possibilità di una motivazione *per relationem* si spiega con la perdita della centralità del provvedimento e l'esaltazione, per converso, del procedimento quale luogo da cui si ricavano le ragioni dell'operato dalla p.a., a prescindere dall'esplicitazione formale dei motivi che sorreggono la decisione.

Problematica, invece, è la ricostruzione della motivazione negli atti impliciti e nel silenzio-assenso [19]: se negli atti impliciti, però, è possibile ricostruire la motivazione degli stessi, quali consequenziali, guardando alla motivazione dell'atto presupposto, per il silenzio significativo la giurisprudenza amministrativa individua la motivazione *per relationem*, guardando all'istanza del privato che, infatti, dev'essere quanto più completa e dettagliata per dare vita al silenzio-assenso. La motivazione implicita si pone, dunque, tra motivazione formale e motivazione sostanziale.

In termini generali si confrontano poi due orientamenti: secondo la teoria formalistica, ogni provvedimento amministrativo deve avere anche graficamente, cioè formalmente, una parte dedicata al "perché" la PA ha posto in essere quel provvedimento.

I sostenitori della teoria sostanzialistica, attualmente prevalente, affermano invece che ciò che conta non è il dato letterale poiché ciò che rileva è poter,

comunque, desumere la motivazione (il percorso logico) o *aliunde*, da un altro atto, o dallo stesso provvedimento amministrativo. Le mancanze o le deficienze formali della motivazione possono sì essere sintomo di sviamento di potere ma sono irrilevanti quando l'interprete può desumere la motivazione o espressamente da altri provvedimenti contenuti nel procedimento o implicitamente da altri provvedimenti che denotano in senso univoco la motivazione del provvedimento amministrativo.

Vi sono poi ipotesi in cui la motivazione può essere semplificata. All'obbligo generale di motivare in modo congruo segue una motivazione semplificata, prevista dal legislatore.

Ad esempio, all'art. 2, comma 1, della Legge n. 241/1990, novellato dalla Legge n. 190/2012 (cd. "Anticorruzione"), il Legislatore prevede la possibilità per "la p.a. che ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, di concludere il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto risolutivo": è il c.d. "provvedimento succintamente motivato", che rappresenta un'altra deroga alla "vis espansiva", potenzialmente illimitata, della regola generale di motivare di cui all'articolo 3 della Legge n. 241/1990. Si noti, in parallelo, che l'art. 74 del c.p.a. fonda la possibilità per il giudice amministrativo di emanare sentenze in forma semplificata (giusto procedimento e giusto processo, con le ovvie differenze di indole giuridica, sono principi comuni che toccano tanto il provvedimento amministrativo quanto il provvedimento giurisdizionale).

Un caso di motivazione semplificata è il voto numerico.

Sul punto c'è stato un ampio dibattito che ha investito anche la Corte costituzionale, ma che oggi pare risolto: la giurisprudenza amministrativa [20] ha più volte stabilito che l'espressione in numeri è compatibile con il principio generale della motivazione, perché le esigenze di semplificazione che emergono normalmente nel caso di pubblici concorsi, consentono che la motivazione sia espressa in voti numerici. In particolare, sul punto è intervenuta la giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'espressione in numeri è applicazione di un'esigenza che non viola il generale obbligo di motivazione, perché il voto numerico esprime e sintetizza il giudizio tecnico discrezionale della commissione esaminatrice e non richiede ulteriori spiegazioni e chiarimenti in quanto è normalmente attuazione di criteri tecnici che la commissione necessariamente ha stilato prima della correzione delle prove, non risultando perciò violato l'art. 3 della Legge n. 241/1990.

Si è posto, infine, il problema della motivazione degli atti c.d. fiduciari, cioè quegli atti emessi esclusivamente sulla base di un rapporto fiduciario *intuitu*

*personae* con il soggetto che emette il provvedimento (ad esempio, nei rapporti politici), dunque massimamente discrezionali.

Secondo parte della giurisprudenza, tali atti, proprio perché basati su una scelta fiduciaria, non devono essere motivati.

Tuttavia, di recente, altra giurisprudenza [21] ha sancito la necessità della motivazione anche per i suddetti atti: il provvedimento in esame, pur richiedendo una motivazione semplificata e non profonda perché il potere del soggetto che affida l'incarico è caratterizzato da forte discrezionalità, tuttavia non può prescindere da canoni di ragionevolezza, come tali sindacabili [22]

#### **4. Il difetto di motivazione e l'integrazione postuma in giudizio: natura giuridica ed elaborazioni giurisprudenziali**

Questo essendo il quadro di riferimento dell'obbligo di motivazione, occorre però ancora dare atto di una serie di successive riforme che hanno inciso su di esso: la Legge n. 15 del 2005, in particolare, ha aggiunto all'articolo 6, comma 1, lettera e) della l. 241/90 un nuovo periodo, dove si prevede che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

In questo modo si cerca di garantire una tendenziale coerenza tra istruttoria e provvedimento finale, con una sostanziale limitazione dei poteri del responsabile dell'adozione del provvedimento finale.

Sempre la Legge n. 15/05 ha introdotto all'articolo 10-bis della l. 241/90 l'obbligo del preavviso di rigetto [23] in caso di procedimenti ad istanza di parte, dando ingresso a quella che viene definita come "motivazione anticipata", nell'ottica di deflazionare il contenzioso amministrativo e di convincere la p.a. a mutare il contenuto di un provvedimento dall'esito probabilmente sfavorevole per l'istante.

Ma, soprattutto, la legge n. 15 del 2005 ha introdotto all'articolo 21-septies della Legge n. 241/1990 la categoria della nullità del provvedimento e, al secondo comma dell'articolo 21-octies, anche ipotesi di non annullabilità. Il problema della carenza di motivazione e dell'ammissibilità di un potere della p.a. di integrare in giudizio il corredo motivazionale non può non passare per un esame di queste norme.

Tra le ipotesi di nullità dell'articolo 21-septies, infatti, vi è quella strutturale per mancanza degli elementi essenziali ponendosi la questione se possa rientrare in tale previsione anche la carenza di motivazione.

Secondo l'orientamento tradizionale la risposta è negativa, poiché non si tratta di un requisito di esistenza dello stesso provvedimento, ma, al più, di

un requisito di validità; argomento-questo- suffragato dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione Europea che ricomprende il difetto di motivazione tra i vizi formali, e non tra quelli sostanziali [24].

Secondo un'altra ricostruzione, minoritaria, particolarmente attenta alla "ratio" garantista dell'obbligo di motivazione, quest'ultima costituisce elemento essenziale la cui assenza totale non può non implicare la nullità strutturale del provvedimento, rendendo del tutto incerto e non individuabile l'iter logico seguito dalla p.a.

L'articolo 21-octies comma 2, primo alinea, invece, si è detto, prevede la non annullabilità sul piano processuale del provvedimento inficiato da vizi formali o procedurali, a carattere vincolato, quando risulti palese che non avrebbe potuto in alcun modo avere un segno diverso; occorre chiedersi, pertanto, se la carenza totale di motivazione - non la sua perplessità, insufficienza o contraddittorietà, che costituiscono sempre elementi sintomatici dell'eccesso di potere -, possa essere considerato un vizio formale o meno.

Il problema, dunque, è quello di accertare se il vizio di difetto di motivazione - ricondotto dalla giurisprudenza prevalente nell'alveo della violazione di legge per contrasto con l'articolo 3 della L. n. 241/90, per l'attività vincolata - possa ricadere nel secondo comma, primo alinea, dell'articolo 21-octies; punto da esaminare imprescindibilmente per poter approdare ad una risposta soddisfacente anche in ordine al problema della configurabilità di un potere della p.a. di integrare la motivazione nel corso del giudizio.

Già all'indomani dell'introduzione del secondo comma dell'articolo 21-octies della L. n. 241/90, infatti, è risultato certo che il vizio implicato dalla riforma fosse senza dubbio quello di violazione di legge e non quello di eccesso di potere, che coinvolge l'attività discrezionale, al più riconducibile nel secondo alinea della norma in esame, per il solo caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento; bisogna, dunque, chiedersi se la mancanza di motivazione possa costituire un vizio solo formale o procedimentale o, piuttosto, si atteggi quale vizio sostanziale, come tale sempre implicante l'illegittimità e l'annullabilità dell'atto.

Si tratta di uno dei problemi maggiormente complessi del diritto amministrativo moderno, toccando due aspetti - quello della motivazione e la portata dell'art. 21-octies comma 2 - di notevole, connessa problematicità, oltre ai riflessi sulle tensioni di fondo che intercorrono circa i modi di intendere i rapporti tra p.a. e cittadini [25].

Si può, dunque, preliminarmente delimitare l'ambito oggettivo del problema poiché, in caso di mancanza di motivazione rispetto ad attività discrezionale pura o discrezionale-tecnica, infatti, si prospetterà l'annullabilità per eccesso

di potere, di cui la carenza motivazionale costituisce figura sintomatica per antonomasia.

Il problema, dunque, riguarda essenzialmente l'attività vincolata [26].

Per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa è stata granitica nel senso di escludere il vizio di motivazione carente dall'alveo dei vizi formali e procedurali, dal momento che non riguarda la mera forma degli atti o il *modus procedendi* della p.a., ma tocca l'essenza stessa del provvedimento, anche in relazione alle funzioni che svolge, in particolare quelle di assicurare la trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, la "legittimazione democratica" della p.a., la parità di posizioni tra p.a. e cittadino, che altrimenti non potrebbe esercitare il diritto fondamentale di difesa, costretto ad impugnare il provvedimento ancora ignaro delle ragioni ad esso sottese, solo per non incorrere nella relativa decadenza; il difetto di motivazione in caso di attività vincolata, dunque, era assolutamente insanabile e nessuno spazio, ovviamente, vi sarebbe stato per la p.a. di integrare "ex post" il corredo motivazionale in giudizio.

Questa ricostruzione, però, è stata recentemente rivista nel senso della riconduzione del vizio di carenza motivazionale nell'alveo di quelli formali, con conseguente applicabilità dell'articolo 21-octies, comma 2, primo alinea, ed altresì, come si vedrà, dell'ammissibilità di una motivazione postuma da parte della p.a.

L'orientamento, inaugurato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5171/07, ha recentemente ricevuto sempre maggiore avallo in nuove pronunce. Particolarmente eloquente sul punto è la sentenza della IV Sez. Consiglio di Stato del 4 Marzo del 2014 n. 1018, di cui si riportano alcuni significativi passaggi: "Nel giudizio amministrativo, il divieto di integrazione della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-octies, L. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale". Ed ancora: "sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte

dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata”. Conclude, il massimo organo della giustizia amministrativa: “alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata:

- non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato;
- nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;
- nei casi di atti vincolati”.

La giurisprudenza amministrativa, capovolgendo il tradizionale orientamento, dunque, ammette oggi la c.d. “dequotazione del vizio di difetto di motivazione”, sia pure limitatamente all'attività vincolata, muovendo in realtà proprio dalla “ratio” sottesa all'obbligo generalizzato della motivazione: garantire la tutela giurisdizionale del cittadino.

In altri termini, dunque, il provvedimento a carattere vincolato non sarà annullabile laddove la motivazione, ancorché carente del tutto o incompleta, non abbia comunque inficiato il diritto di difesa dell'interessato, oppure laddove la motivazione emerga dalla fase istruttoria o infraprocedimentale; in questi casi, pertanto, l'annullamento sarebbe inutile dal momento che il provvedimento, seppur non motivato o non adeguatamente motivato, non avrebbe potuto comunque essere diverso.

Di segno diverso è la sentenza della III Sez. del Consiglio di Stato 7 Aprile 2014 n. 1629 secondo cui l'articolo 21-octies, comma secondo, non può mai toccare il vizio di motivazione, poiché “la motivazione del provvedimento costituisce il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, perciò, diviene un presidio di legalità sostanziale insostituibile, neppure col ragionamento ipotetico proprio dell'articolo 21-octies comma secondo”.

Accedendo a questa ricostruzione viene a mancare la possibilità di ammettere una motivazione postuma da parte della p.a.

Si tratta di un orientamento particolarmente rigoroso che, intervenendo a breve lasso di tempo dopo la citata sentenza “possibilista” circa la non invalidità del provvedimento affetto da vizio di motivazione, rilancia l'attualità del problema, con un'interpretazione che riconduce l'assenza di motivazione nell'alveo della nullità strutturale, considerandosi la motivazione stessa un elemento essenziale del provvedimento, facendo propria la tesi finora rimasta minoritaria finanche in dottrina.

Può tentarsi ora qualche riflessione critica sul problema della ammissibilità o meno del potere della P.A. di integrare in giudizio la motivazione, prendendo le mosse dalla ricostruzione allo stato prevalente, vale a dire quella che

ritiene non annullabile il provvedimento a carattere vincolato privo della motivazione [27].

Deve dirsi che storicamente l'ammissibilità dell'integrazione della motivazione del provvedimento impugnato in corso di giudizio non è mai stata pacifica.

Secondo l'opinione tradizionale [28], infatti, osterebbe in primo luogo la natura impugnatoria del giudizio amministrativo, essenzialmente documentale e chino sull'atto e sulla sua legittimità formale, indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, che non compete al g.a. verificare.

Inoltre, l'ammissibilità di una motivazione "ex post" frustrerebbe le funzioni di tale istituto, non consentendo la pubblicità e la trasparenza dell'azione amministrativa, costituenti principi di rilevanza costituzionale che, dopo un lungo e sofferto percorso, la p.a. è oggi tenuta ad osservare.

In terzo luogo, si opina, verrebbe così lesa il principio di parità delle posizioni tra p.a. e cittadini, costituzionalmente sancito dall'articolo 111 della Costituzione, che impone di porre le parti processuali su un piano paritario, laddove il potere di integrare la motivazione in giudizio consentirebbe alla p.a. di porsi in una posizione di supremazia sul cittadino/ricorrente, determinando peraltro la possibile cessazione della materia del contendere.

Tali argomenti non appaiono del tutto convincenti.

Ad avviso di chi scrive, non sembra possa tassativamente escludersi la possibilità di una integrazione postuma della motivazione poiché in tal senso militano ragioni ed argomenti di diversa natura.

Innanzitutto, si osserva che il giudizio amministrativo oggi non è inteso più come scrutinio da compiersi esclusivamente sull'atto, ma sul rapporto [29], segnatamente quando non si frapponga il diaframma della discrezionalità amministrativa, poiché in simili ipotesi non rileva tanto la legittimità o illegittimità formale del provvedimento, quanto la spettanza del bene della vita.

In secondo luogo, proprio muovendo da quest'argomento si nota, sotto un profilo pragmatico, che negare l'integrazione della motivazione in giudizio potrebbe portare ad effetti addirittura pregiudizievoli per il ricorrente che risulterebbe sterilmente vittorioso, atteso che la p.a. ben potrebbe rieditare il potere, adottando il medesimo provvedimento, ma in forza di motivazioni che non ha potuto palesare in giudizio; con la conseguenza che il ricorrente dovrebbe poi impugnare il nuovo atto in un nuovo giudizio, con duplicazione di oneri e allungamento dei tempi, laddove in caso di integrazione postuma può proporre l'impugnazione con lo strumento dei motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43 del c.p.a.

Dunque, non solo non risulterebbe vulnerato il principio di parità di posizioni, ma si rafforzerebbe l'effettiva possibilità di difesa del ricorrente.

D'altra parte, un argomento decisivo a favore di questa ricostruzione si rinviene proprio nella novella del 2005 e nell'articolo 21-octies, comma 2, con l'introduzione della "dequotazione" dei vizi formali, che mira a non dare vita ad annullamenti inutili per il cittadino.

Del resto, una certa perdita di centralità della motivazione si può desumere altresì dall'ammissibilità *ex lege* della motivazione *per relationem* e di quella succinta, nonché dall'orientamento che ritiene, in caso di provvedimenti pluristrutturati, che l'atto non possa essere annullato se risulti sorretto anche da una sola motivazione.

Inoltre, si evidenzia, dopo l'ormai pacifica risarcibilità della lesione di interessi legittimi ad opera della Suprema Corte (SS.UU. n. 500 del 99'), che dev'essere data alla p.a. la possibilità di riparare all'errore in cui sia incorsa, attraverso proprio lo strumento dell'integrazione postuma della motivazione.

Correlato al problema ora esaminato, si pone poi anche quello dei rapporti tra giudicato di annullamento e riedizione del potere con una motivazione diversa. Il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013 ha stabilito che è ormai certo che il sapiente punto di equilibrio tra istanze di effettività della tutela giurisdizionale per il cittadino che non voglia vedersi vittima di dinieghi a catena surrettiziamente motivati dalla p.a. ed inesauribilità del potere amministrativo - almeno relativamente agli spazi lasciati vuoti dal giudicato - può essere rinvenuto nella tesi per cui "la p.a. non ha una terza chance"; ne consegue che, ove vi sia stato intervenuto giudicato di annullamento, la p.a. potrà sì adottare un provvedimento identico a quello annullato, ma sorretto da una motivazione diversa e purché palesi in quella sede, con una particolare attenzione, tutte le ragioni fattuali e giuridiche possibili; in caso contrario, il ricorrente potrà adire il giudice dell'ottemperanza per vedere dichiarata la nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato ed ottenere così la spettanza del bene della vita per cui ha agito in giudizio.

In questo senso, anche se la fattispecie esaminata attiene ad atti discrezionali, sembra orientata anche la sopra citata sentenza n. 1018/14 del Consiglio di Stato: "Nell'ordinamento italiano, per costante elaborazione pretoria, non trova riconoscimento la teoria c.d. del *one shot* (viceversa ammessa in altri ordinamenti)".

Detta regola prevede che l'Amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato. Nel sistema italiano il principio è stato "temperato": in altri termini, l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale,

che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza. In sintesi: al diniego di atto ampliativo vittoriosamente gravato in sede giurisdizionale, non consegue sempre e comunque l'obbligo per l'Amministrazione rimasta soccombente di rilasciare il titolo ampliativo medesimo, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere, evidenziare ulteriori elementi preclusivi (una sola volta, però)".

## **5. Profili di incidenza sugli atti regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti**

La tematica sin qui indagata presenta aspetti di interesse al di là dell'alveo della Pubblica Amministrazione, nel variegato ambito delle Autorità Amministrative Indipendenti, la cui presenza nell'ordinamento giuridico presenta peculiarità proprie.

Come è noto, le Autorità Amministrative Indipendenti costituiscono organismi dotati di pubblici poteri caratterizzati da un elevato grado di indipendenza dall'esecutivo, in virtù della loro neutralità rispetto agli interessi in gioco e della "expertise" tecnica dei componenti delle stesse. Nel complesso quadro dei poteri esercitati da siffatti Organismi Indipendenti, l'attenzione può porsi, ai fini della presente trattazione, sulle due principali funzioni di cui sono titolari le Autorità Indipendenti (segnatamente quelle che si occupano di garantire un quadro di libertà di azione agli operatori di beni e servizi e di tutelare le categorie dei consumatori): quella di regolazione e quella sanzionatoria [30]. Si tratta di funzioni profondamente diverse fra loro e tale diversità si riflette inevitabilmente sulla questione concernente la loro natura giuridica.

La regolazione è una funzione che partecipa dei caratteri dell'attività normativa, da un lato, e dell'attività amministrativa dall'altro: essa si traduce nella predeterminazione delle regole di condotta destinate a vincolare i comportamenti dei soggetti che operano nei mercati di volta in volta regolati. La regolazione si sostanzia, quindi, in un intervento ex ante dell'Autorità, volto anzitutto a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato. Essa avviene attraverso la fissazione di indirizzi di carattere, più o meno generale, aventi lo scopo di disciplinare l'ambito di operatività dei soggetti regolati e di eliminare gli ostacoli alla creazione di un mercato efficiente ed effettivamente libero.

L'attività sanzionatoria – che nella regolazione trova in linea di massima il suo presupposto e la sua premessa in un mercato già operante secondo

modelli di libera concorrenza - colpisce con interventi “ex post” i comportamenti che non sono in sintonia col libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo e conseguentemente gli interessi della categoria dei consumatori.

La funzione di irrogazione delle sanzioni viene pacificamente ritenuta un’attività di carattere doveroso e vincolato [31], in cui si tratta di accertare la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie sanzionatoria di volta in volta descritti dal Legislatore. Non vi è quindi esercizio di discrezionalità amministrativa in senso proprio.

Ne discende che al quesito sulla valenza dell’eventuale integrazione postuma della motivazione in giudizio, stante il carattere non discrezionale dell’attività in questione, possono applicarsi le considerazioni già svolte nel paragrafo precedente in materia di atti vincolati. In sintesi, la giurisprudenza amministrativa ammette oggi la c.d. “dequotazione del vizio di difetto di motivazione”, sia pure limitatamente all’attività vincolata, muovendo in realtà proprio dalla “ratio” sottesa all’obbligo generalizzato della motivazione: garantire la tutela giurisdizionale del cittadino.

Resta, invece, da affrontare il problema relativo all’attività di regolazione che è normalmente espressione di un potere di scelta non legislativamente predeterminato, o meglio, di un potere di “policy”, nel cui esercizio l’Autorità individua le regole che ritiene più adatte a soddisfare le esigenze del mercato.

L’articolo 3, comma 2, della Legge n. 241 del 1990 dispone che la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. Del resto, queste due tipologie di atti sfuggono, per espressa previsione legislativa, all’applicazione delle norme di legge in materia di partecipazione al procedimento.

Il Legislatore, tuttavia, prevede un’eccezione all’eccezione per alcuni atti generali o normativi adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, imponendo specifici obblighi motivazionali. Ad esempio l’articolo 23 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 dispone che i provvedimenti della Banca d’Italia e della Consob, aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all’organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alla scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.

Giova a tal uopo premettere che le Autorità Amministrative Indipendenti, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e del circuito di responsabilità delineato dall’articolo 95 della Costituzione, soffrono fatalmente una sorta di “deficit” di rappresentatività democratica. In secondo luogo, i poteri attribuiti alle Authorities spesso scontano un tasso di insufficiente legittimazione sostanziale, nel senso che la legge non le

definisce compiutamente. Infine, si assiste, proprio nell'attività di regolazione, ad un'inversione logica tra legalità formale e legalità procedurale: tanto meno v'è legalità formale, tanto più dovrà esserci quella procedurale; tanto meno v'è la legalità formale, tanto più dovrà essere garantita la partecipazione dei cittadini; questa situazione viene compensata mediante l'apertura dei procedimenti alla partecipazione dei soggetti interessati.

Molte Autorità Indipendenti, infatti, hanno autodisciplinato i procedimenti di propria competenza per l'adozione di atti generali e normativi prevedendo meccanismi di consultazione preventiva, secondo il modello del *notice and comment*: l'Autorità comunica ai soggetti interessati il progetto di atto, consentendo loro di fare pervenire le proprie osservazioni.

La consultazione preventiva sarebbe tuttavia inutile, secondo la giurisprudenza [32], se le Autorità stesse non prendessero in considerazione le osservazioni pervenute.

Il mezzo per verificare se questa valutazione è avvenuta ed in quali termini è rappresentato dalla motivazione.

La previsione di una fase di consultazione e della facoltà di presentazione di osservazioni vincola l'Autorità al rispetto di alcune basilari regole procedurali, non essendo corretto ritenere che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale. L'Autorità è, invece, tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatore e potrà motivare la decisione finale anche con riguardo alle osservazioni presentate; pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione, l'Autorità deve però dare conto delle ragioni giustificative poste a fondamento dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria, perché se il regolamento contiene una disciplina implicita, non sussistendo il parametro di legittimità che consente un controllo profondo da parte del giudice, l'unico controllo potrà operarsi sulla motivazione garantita dalla partecipazione dei destinatari al procedimento; in questo modo si recupera il principio di legalità perché comunque i regolamenti impliciti, i poteri impliciti, diventano controllabili [33]. Non è un caso che la tematica dei poteri impliciti riemerge proprio in relazione alle Autorità Amministrative Indipendenti, nel cui ambito la legislazione è generica in quanto si assiste ad un fenomeno di "ritiro" da parte del Legislatore in un settore sensibile di grande delicatezza ove si fa largamente uso della categoria dei cd. concetti giuridici indeterminati [34] che aprono la strada alla individuazione di poteri implicitamente riconosciuti dalla normativa stessa.

Così tracciati i contorni essenziali del ruolo della motivazione nei suddetti atti regolatori, può dunque affrontarsi il problema dell'applicabilità delle coordinate ermeneutiche suesposte in tema di integrazione postuma della motivazione in giudizio nel settore "de quo".

Se, come esposto, è possibile integrare la motivazione da parte della Pa nel corso del giudizio, con riferimento ai regolamenti adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, tale soluzione pare quanto meno forzata. In particolare, in forza dell'ingerenza che gli atti in questione hanno sulla sfera giuridica dei soggetti regolati, è necessario che la motivazione sia indicata previamente e contestualmente nel provvedimento.

Non si intravedono, pertanto, spiragli per un'integrazione postuma della motivazione in corso di giudizio: mancherebbe, infatti, la possibilità di verificare, da parte del giudice, se il percorso partecipativo, previsto come autolimitato dalle stesse Autorità, sia stato rispettato, poiché una motivazione postuma lo porrebbe sostanzialmente in "non cale".

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Cfr., tra gli altri, V. Parisio, Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano, in *Nuove Autonomie*, 27 ottobre 2006. L'autore precisa che l'idoneità esprime il collegamento tra l'azione intrapresa ed il fine da raggiungere: laddove possa essere esclusa la sussistenza di questo rapporto resterà preclusa all'Amministrazione la possibilità di raggiungere il fine attraverso il suddetto mezzo. Il parametro della necessità consiste nell'esigenza che il provvedimento adottato deve essere adeguato rispetto ai fini da raggiungere nel senso che, ove si presentino diverse opzioni per il soddisfacimento del fine, deve essere scelta quella meno pregiudizievole per il diretto interessato. Infine per proporzionalità in senso stretto s'intende la necessità che il mezzo prescelto, ancorché abbia superato le due soglie dell'idoneità e della necessità, non comporti un sacrificio eccessivo in danno del privato rispetto al risultato finale.

[2] Cfr., tra gli altri, L. Vandelli, Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in *"Riv. trim. dir. proc. civ."*, 1973, pag. 1595; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, pag. 283; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, I, pagg. 144-145; R. Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, pag. 286; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1957, pag. 274;

G. Landi-G. Potenza, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1960, pag. 240; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1972, pagg. 209 e ss.

[3] Sull'evoluzione giurisprudenziale relativa all'affermazione dell'obbligo di motivare gli atti amministrativi cfr. G. Bergonzini, *La motivazione degli atti amministrativi*, cit, e di R. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo*, cit. Secondo gli autori appena citati si possono distinguere tre periodi storici della giurisprudenza sulla motivazione: il primo parte dalla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (l. 31 marzo 1889, n. 5992) e giunge sino agli anni trenta, il secondo si riferisce alle decisioni degli anni quaranta, il terzo riguarda le pronunce successive.

[4] Il rapporto tra democrazia e amministrazione, soprattutto con riferimento al profilo della partecipazione al procedimento amministrativo, in realtà è oggetto di studio da parte dei giuristi del diritto pubblico sin dagli ultimi decenni del secolo passato. Si vedano, tra gli altri, M. Cammelli, *L'amministrazione per collegi: organizzazione amministrativa ed interesse pubblico*, Bologna, 1980, 144 e ss. il quale già evidenziava la tendenza dell'amministrazione per collegi a "collocarsi all'interno di un modulo caratterizzato dalla definizione non autoritativa delle specifiche finalità da perseguire e degli atti idonei a soddisfarle"; F. Benvenuti, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo* in G. Marongiu - G.C. De Martin, *Democrazia e Amministrazione*, Milano, 1933, 13; G. Berti - G.C. De Martin, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, 1996.

[5] Così nel caso di motivo illecito comune, laddove sia, appunto, comune ad entrambi i contraenti ed esclusivo, può determinare la nullità del contratto ai sensi dell'articolo 1345 del c.c.; ed ancora è particolarmente incisivo nelle disposizioni testamentarie (625 c.c.) e donative (788 c.c.), dove se è illecito ed esclusivo, può determinare la nullità dell'atto testamentario o di liberalità, a cagione della peculiarità di tali atti, dove prevale la tutela delle ultime volontà del testatore e l'"animus donandi". Ai motivi è poi possibile dare rilevanza attraverso gli elementi accidentali, come la condizione, il termine e l'onere o "modus".

[6] Al riguardo cfr. Cass. civ., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Giur. It.*, 1983; Cass. civ., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Arch. Civ.*, 1985; Cass. civ., 2 gennaio 1986, n. 20, in *Arch. Civ.*, 1986; Cass. civ., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. Giur. E.E.*, 1991; Cass. Civ., 24 marzo 2006 n. 6631, in *Mass. Giur. It.*, 2006, secondo cui, in tema di rapporti giuridici sorti da contratto, la cosiddetta "presupposizione" deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di "condizione", da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro, alla stessa "causa" del contratto, intendendosi per causa la

funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'articolo 1467 cod. civ.. (Nella specie, era stata esperita, dai proprietari del canale di carico di un mulino, domanda di pagamento dei relativi canoni nei confronti dell'affittuario consorzio di bonifica e avevano rigettato la domanda sia il primo che il secondo giudice, quest'ultimo, in particolare, avendo applicato l'articolo 1463 cod. civ. sul presupposto che il consorzio doveva ritenersi liberato dalla propria prestazione perché, a causa dell'erosione del letto del fiume, si era creato un dislivello tale, rispetto alla originaria imboccatura del canale, da rendere questo non più adatto a captare l'acqua dal fiume; la S.C. ha confermato la sentenza correggendone la motivazione sulla base dell'enunciato principio di diritto, in quanto la situazione di fatto "presupposta" dai contraenti nella formazione del loro consenso, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, doveva identificarsi nella possibilità materiale di immissione dell'acqua derivata dal consorzio nel canale di carico del mulino, possibilità venuta meno già da tempo per effetto dell'erosione del letto del fiume)

[7] Su tutte cfr. Cass. 16 aprile 1999, Casile, CED 213378 la quale aveva evidenziato che "il giudizio sulla futilità del motivo non può essere astrattamente riferito ad una medianità comportamentale, peraltro difficilmente definibile in una realtà sociale per molti versi disomogenea, ma va ancorato agli elementi concreti della fattispecie, tenendo conto delle connotazioni culturali del soggetto giudicato, nonché del contesto sociale in cui si è verificato l'evento e dei fattori ambientali che possono aver condizionato la condotta criminosa". Nello stesso senso Cass., 5 luglio 2007, Vallelunga, CED 237336

[8] Cfr., tra gli altri, G. Vacirca, la giurisdizione di merito: cenni storici e profili problematici, in [www.giurisdizione-amministrativa.it](http://www.giurisdizione-amministrativa.it), peraltro, ritiene assai dubbio che l'inclusione di una materia tra quelle devolute alla

giurisdizione di merito comporti (o comporti in ogni caso) un potere di rivalutazione delle scelte di opportunità operate dall'amministrazione.

[9] Così M.S.Giannini, Motivazione dell'atto amministrativo, cit. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha in questi anni offerto una definizione, poi accolta dalla successiva giurisprudenza, relativa alla funzione della motivazione del provvedimento amministrativo: "è quella di consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali e giurisdizionali, le proprie ragioni. L'ampia discrezionalità riconosciuta ad una pubblica amministrazione in una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, la razionalità e la congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio". Cfr. Cons. Stato, IV, 29 aprile 2002, n. 2281, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

[10] come gli istituti dell'accesso tradizionale e dell'accesso civico, introdotto dal d.lgs. 33/13. V.Caputi Jambrenghi, L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo, cit., spec. p. 384.

[11] come stabilisce l'articolo 111.6 della Costituzione, che sancisce che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati"

[12] Oltre al capo III e aldilà del generale obbligo di motivazione, posto a garanzia della partecipazione nel momento della decisione, vi sono ulteriori forme di partecipazione al procedimento disseminate nel corpo della Legge n. 241 del 1990: si pensi alla disciplina prevista in tema di accordi, ex art. 11; alla possibilità per il privato di convocare la conferenza di servizi, ex art. 14, comma 4; alla segnalazione certificata di inizio attività, ex art. 19 e, infine, al silenzio assenso ex art. 20.

[13] si pensi all'articolo 5.2 del D.P.R. 1199/71 in materia di ricorsi amministrativi.

[14] Invero, solo con la legge istitutiva della IV sezione del Consigli di Stato, l'eccesso di potere si configurava, con la violazione di legge e l'incompetenza, vizio dell'atto amministrativo (art. 24, legge 31 marzo 1889, n. 5992) che, per opera della dottrina e della giurisprudenza, ha assunto, nel corso del tempo, il fondamentale ruolo di strumento di verifica dell'azione amministrativa a quei parametri non scritti che pure vincolano l'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Nella sterminata bibliografia dedicata all'argomento, si veda M.S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi, Milano, 1932; V. Ottaviano,

Studi sul merito degli atti amministrativi, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, Roma, 1947, vol. XXII, 308 ss. ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Torino, 1992, 267 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, vol. II, *Articoli e altri scritti* (1948-1959), Milano, 2006, 991 ss.

[15] la nuova linea di demarcazione tra regime pubblicistico e regime privatistico degli atti di organizzazione passa per la contrapposizione tra l'organizzazione alta (o macro-organizzazione), da un lato, e l'organizzazione bassa (o micro-organizzazione) nonché la regolazione-gestione dei rapporti di lavoro, dall'altro: solo per i primi è conservato il regime pubblicistico. Ne deriva che mentre l'ambito riservato alla legge, ai regolamenti e agli altri atti organizzativi in regime pubblicistico è confinato alla configurazione strutturale degli apparati, le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici sono assunte dai dirigenti preposti alla gestione con la capacità e i poteri di diritto privato, entro lo spazio che la configurazione organizzativa stabilita mediante le fonti unilaterali dovrà lasciare alla loro responsabilità.

[16] in tal senso Corte Costituzionale 8 giugno 2011, n. 175.

[17] in tal senso Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 ottobre 2012, n.5257.

[18] va tenuta distinta dalla motivazione implicita quella per *relationem*, che ricorre quando nel provvedimento viene compiuto un espresso richiamo ad un determinato atto. La motivazione per *relationem* è consentita dal terzo comma dell'art. 3 legge n. 241 del 1990, secondo il quale "Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama".

[19] Sul punto, Adunanza Plenaria n. 15/2011 qualifica il silenzio assenso come provvedimento amministrativo tacito che si forma con il decorso del tempo, allo scadere del termine che il Legislatore ha affidato alla p.a. per provvedere.

[20] Nel senso della sufficienza del solo voto numerico, si veda, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. IV, decisione 05.03.2008 n° 924

[21] in tal senso Tar Lazio 8 settembre 2014, n. 9505.

[22] il problema si è posto con la revoca dell'assessore comunale: il provvedimento dev'essere motivato ma, eccezionalmente, si ammette una motivazione comunque semplificata. I provvedimenti, già di per sé, sono legittimi.

[23] Cfr. TAR Veneto, sez. II, 20 maggio 2005, citata da LUCCA M., *Il c.d. preavviso di rigetto tra buona fede e legittima aspettativa del privato*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 6/2005. Cfr. inoltre TAR Lazio, sez. II bis, 18 maggio

2005, n. 3921, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), che annulla il provvedimento impugnato perché si ritiene che alla parte interessata sia stata preclusa la partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta infatti del provvedimento di diniego (di rilascio di un permesso di costruire) che avrebbe dovuto prevedere la partecipazione dell'istante, in virtù della comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis, prima di esprimere detto diniego.

[24] Tale aspetto è stato messo in risalto dalla Corte nella sua variegata giurisprudenza. Ex multis: Sent. della Corte del 15 luglio 1970; ACF Chemiefarma NV contro Commissione delle Comunità europee, C 41-69, in Raccolta 1970 pp. 0066; Sent. della Corte del 13 marzo 1985, Regno dei Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek BV contro Commissione delle Comunità europee in C- 296 e 318/82, in Raccolta 1985 pp. 00809; Sent. della Corte del 4 giugno 1992, Consorgan - Gestão de Empresas Ld<sup>a</sup> contro Commissione delle Comunità europee, C-181/90, in Raccolta 1992 p. I-03557; Sent. della Corte (Seconda Sezione) del 15 dicembre 2005, Repubblica italiana vs Commissione delle Comunità europee, C-66/02, in Raccolta 2005 pp. I-1090.

[25] Nell'ambito del procedimento amministrativo un'indubbia rilevanza è da attribuire alle norme previste in tema di partecipazione le quali, oltre ad offrire notevoli spunti di interesse in relazione alle specifiche problematiche applicative, testimoniano, altresì, il progressivo mutamento del modo di intendere i rapporti tra pubblica amministrazione e privato e di concepire lo stesso potere pubblico. Con l'introduzione delle disposizioni volte a garantire il preliminare incontro tra cittadini e pubblica amministrazione si è, in altri termini, inverato il principio del "giusto procedimento", il quale richiede che alla definizione dell'interesse pubblico si pervenga anche attraverso il contraddittorio con i soggetti portatori dei contrapposti interessi coinvolti dall'esercizio del potere.

[26] Sulla distinzione tra attività vincolata ed attività discrezionale, Cfr. A. M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Jovene, Napoli, 1989, p.591 ss.

[27] Occorre precisare che il problema della motivazione postuma non si pone nel giudizio vertente su diritti soggettivi, perché in tal caso il processo ha sicuramente ad oggetto un rapporto giuridico. Non viene impugnato un provvedimento in senso tecnico e la p.a. non è tenuta ad adottare una motivazione che, ove in ipotesi formulata, non svolgerebbe la funzione che avrebbe in un provvedimento vero e proprio.

[28] Sul punto, Consiglio di Stato, Sez. III, 30 aprile 2014 n. 2247 afferma che: "il difetto di motivazione nel provvedimento impugnato non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali né a vizi della forma, "costituendo la motivazione il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio della PA, presidio di

legalità sostanziale insostituibile; difetto di motivazione che non può essere sostituito nemmeno attraverso il ragionamento ipotetico, di cui all'art. 21octies, comma 2, della Legge n. 241 del 90". Cfr, altresì, Tar Piemonte 5 novembre 2014 n. 1676: "è inammissibile l'integrazione postuma della motivazione del provvedimento amministrativo mediante gli atti difensivi di parte perché rimane sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può mai essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di nuovi elementi di fatto, dovendo la motivazione sempre precedere e mai seguire il provvedimento amministrativo. La motivazione precedente o contestuale è posta a presidio del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario. La motivazione funge da perimetro contro l'arbitrio del potere giudiziario".

[29] Il giudizio innanzi al giudice amministrativo è configurato dal Legislatore sempre più come giudizio sulla spettanza del bene della vita, come giudizio cioè non sull'atto, ma sul rapporto. Si pensi, in tal senso, al giudizio sul silenzio, oppure a quello risarcitorio, che è bifasico: la prima parte del giudizio è volta a stabilire se l'atto è legittimo o meno, la seconda parte verte sulla spettanza del bene della vita, ed è in questa fase che si ammette una sorta di integrazione della motivazione.

[30] Nell'ampio quadro dei poteri esercitati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, altresì, si annoverano: il potere consultivo; il potere contenzioso ed il potere di vigilanza. Il potere consultivo si sostanzia nella cd. moral suasion, ovvero nell'emanazione di pareri o segnalazioni da parte degli Organismi Regolatori alle Commissioni Parlamentari in relazione ad eventuali violazioni di normativa nei settori di loro competenza. Quanto al potere contenzioso, esso si sostanzia nella facoltà dell'Autorità di essere investite quale arbitro in determinate controversie: basti pensare, per fare un esempio, all'attività di risoluzione delle controversie tra utenti ed operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche. Infine, il potere di vigilanza riguarda la fase post-regolamentare in cui le Autorità devono vigilare sulla corretta applicazione dei regolamenti emananti, anche attraverso l'istituto delle ispezioni con cui si verifica, in maniera concordata o meno, il rispetto dei provvedimenti emanati nei settori regolati.

[31] In tal senso si sono pronunciati le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza n. 1013 del 20 gennaio 2014: " Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità detto

sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell’Autorità Garante ove questa sia mantenuta entro i suddetti margini”.

[32] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972

[33] Cfr., tra gli altri, R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2012, e alla dottrina ivi citata. In precedenza v. R. Titomanlio, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; ID., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano Giuffrè, 2007. In dottrina sterminata è oramai la riflessione dottrinale sulle autorità amministrative indipendenti: al riguardo v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; M. D’ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*; IV, Roma, 1995; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passigli, 1997; ID., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, Passigli, 1997; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002 M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. La Spina – G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000. G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 2006; L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; P. Rossi, *Le Autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2005; M. Poto, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto pubbl.*, tomo I, Utet, Torino, 2008, 54 ss.; M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; D. Borsellino, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale - Dal difensore civico alla tutela del risparmio*, Cedam, Padova, 2006; G. Napolitano, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Il diritto*, vol. II, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, 255 ss.; *Authorities*, a cura di L. Paganetto, Donzelli, Roma, 2007.

[34] Cfr., tra gli altri, De Cristofaro, *Sindacato di legittimità sull’applicazione dei «concetti giuridici indeterminati» e decisione immediata della causa nel merito*, in *Foro It.*, 1999, I, coll. 1912 e segg.. Per un più analitico esame della nozione di “norme elastiche” e degli affini “concetti giuridici

indeterminati”, “clausole generali”, “standards valutativi” e “principi generali”, si veda Fabiani, Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell’ordinamento, in Foro It., 1999, I, coll. 3558 e ss.

***Bitcoin: profili giuridici e comparatistici.  
Analisi e sviluppi futuri di un fenomeno in evoluzione.***

di

**Alexandro Capogna, Leandro Peraino, Silvia Perugi, Marco Cecili,  
Giovanni Zborowski, Andrea Ruffo**

**Abstract:**

Il fenomeno del Bitcoin rappresenta senza dubbio una delle più importanti realtà che il mondo virtuale economico-finanziario sta conoscendo negli ultimi anni. Generato e diffusosi attraverso Internet, il Bitcoin appare indissolubilmente legato alle fortune e alle meccaniche della Rete; con la quale sembra, al momento, condividere anche l'iniziale percorso di ascesa. Come avvenne per Internet, la cui diffusione al principio aveva suscitato scetticismo e preoccupazione (alimentati dal fatto che si credeva fosse una rete incentivante per il crimine, in quanto giuridicamente poco regolata) anche il Bitcoin, al momento poco sussumibile sotto l'esistente quadro normativo, sembra ingenerare gli stessi timori e pregiudizi. L'obiettivo degli Autori è, quindi, quello di chiarire (nella misura delle ricerche fino ad oggi effettuate) la natura giuridica e il difficile inquadramento che il Bitcoin avrebbe (qualora si decidesse di normarlo) nel panorama giuridico italiano. Partendo da una generale contestualizzazione e cronologia dell'avvento del Bitcoin, l'analisi affronta in successione la natura tecnica-informatica della moneta bitcoin, il suo possibile inquadramento giuridico (anche alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 22 ottobre 2015), le differenze con la moneta elettronica e il relativo quadro normativo preesistente, la comparazione con altri sistemi giuridici e il possibile sviluppo futuro che il Bitcoin e la sua tecnologia potrebbero avere nel panorama socio-economico italiano.

*The Bitcoin phenomenon is undoubtedly one of the most important and recent realities the virtual financial and economic world is experiencing. Bitcoin reality owes its birth and successive development to the Net, with which the same Bitcoin system is inextricably linked in its fortunes and mechanisms. As for the case of the Internet, the expansion of which raised at the beginning scepticism and concern (fuelled by the belief that the Net, poorly regulated, was incentive for crime), the Bitcoin also seems currently to yield the same fears and prejudices. The purpose of the Authors is to clarify the legal nature and meaning that Bitcoin would have in a prospective and*

*desirable legislation in the Italian legal system. After a general introduction to the subject, the essay covers the issues of the monetary nature of bitcoin, its legal framework (with regard to the CJEU judgment of the 22nd October 2015), the differences between the electronic money and the relative legislation, the comparison with other legal systems and the prospective progress that the Bitcoin and its technology would have in the Italian socio-economic outlook.*

**Sommario:** 1. Inquadramento generale. - 2. Bitcoin: aspetti tecnici. - 3. Natura giuridica e aspetti fiscali; 3.1. Bitcoin e moneta; 3.2. Inquadramento nella normativa vigente; 3.3. Aspetti fiscali. - 4. Bitcoin e moneta elettronica. - 5. Aspetti comparatistici. - 6. Sviluppi e futuro del Bitcoin.

## 1. Inquadramento generale.

Con il termine Bitcoin si intendono due concetti che vanno tenuti distinti e separati.

Il primo, che indicheremo per ragioni di maggiore comprensibilità come Bitcoin (B maiuscola), indica un “protocollo informatico di comunicazione”, l’algoritmo che ne è alla base e il fenomeno mondiale che da essi si è sviluppato.

Il secondo, che chiameremo bitcoin (b minuscola), identifica invece una “moneta” [1], cioè uno strumento finanziario utilizzato per compiere una serie di particolari forme di transazioni online. Il bitcoin inteso come valuta, non è altro che «una moneta che può essere coniata da qualunque utente ed è sfruttabile per compiere transazioni, possibili grazie ad un *software open source* [2] e ad una rete *peer-to-peer* [3]», il significato di tale definizione sarà chiarito in seguito [4].

Come padre dell’algoritmo Bitcoin, viene globalmente riconosciuto Satoshi Nakamoto, probabilmente uno pseudonimo dietro al quale si nascondono più menti, tutti padri del complicatissimo e rivoluzionario algoritmo a base del sistema.

Ad ogni modo, quello di Bitcoin non è un concetto del tutto originale, consistendo in una elaborazione di due sistemi ideati nel 2006: il *b-money* [5] di Wei Dai e il *Bitgold*[6] di Nick Szabo.

Nel 2008 viene pubblicato un *paper*, firmato da Satoshi Nakamoto, dal titolo “*P2P Electronic Cash System*” (Sistema P2P di Moneta Elettronica), con il quale si illustra il funzionamento di Bitcoin e, l’anno successivo, lo stesso autore lancia su internet il protocollo informatico per l’utilizzazione del sistema.

Secondo quanto affermato nel lavoro di Nakamoto, Bitcoin è «*a purely peer-to-peer version of electronic cash, [which] would allow online payments to be*

*sent directly from one party to another without going through a financial institution».*

Il fine che ci si prefiggeva era quello di sostituire il classico sistema di *e-commerce*, basato sul concetto di *trust* e di terzi garanti (soggetti che garantiscono l'identità del soggetto contraente, ad esempio le banche), con uno basato solo ed essenzialmente su principi di crittografia informatica.

Per dare un'idea generale, le principali differenze tra Bitcoin e i normali sistemi di *e-commerce*, sono le seguenti:

- la transazione non necessita di un intermediario finanziario, ma lo scambio avviene direttamente tra utenti Bitcoin;
- le transazioni sono assolutamente gratuite (la "commissione", giustificata dal servizio finanziario posto in essere dagli autenticatori, è meramente eventuale, sta all'utente che effettua il pagamento decidere se versarla e con quale ammontare);
- il controllo sulla correttezza delle operazioni, sull'assenza di frodi e sull'utilizzo di *coin* già spesi è operato da particolari utenti.

Come il sistema tecnicamente funzioni sarà spiegato più avanti; ad ogni modo, possiamo già anticipare che chiunque può accedervi creando un suo identificativo numerico, che sostituisce l'identità "reale" della persona. L'identificativo agisce e acquista online senza necessità di un istituto finanziario che faccia da intermediario nelle operazioni economiche tra i contraenti, ma i rapporti sono solo tra i diretti interessati, come in una normale compravendita "cosa contro denaro" o in un baratto.

Non bisogna però confondersi, i bitcoin sono entità molto differenti da una classica moneta avente corso legale.

Le differenze possono così riassumersi:

- Il bitcoin non è qualcosa di esistente al di fuori della rete, in quanto consiste in una stringa di numeri;
- Il valore del bitcoin non è controllabile (a causa della natura decentralizzata del metodo di creazione della "moneta");
- Il bitcoin è coniabibile da chiunque in modo autonomo attraverso operazioni di "*mining*";
- E' impossibile annullare la transazione e quindi riappropriarsi dei bitcoin una volta ceduti (a causa dell'assenza di intermediari finanziari nel "cambio di proprietà della valuta", in cui consiste la transazione in bitcoin);
- Il pagamento avviene *peer-to-peer*, ma questo comporta che i bitcoin, prima di giungere al destinatario, passino per tutti i punti della rete presenti tra cedente e acquirente;
- Il numero totale di bitcoin è stabilito a priori, è prevedibile e perciò conoscibile da tutti gli utenti: il numero tende asintoticamente a 21

milioni, limite che dovrebbe essere raggiunto nel 2140 circa. All'avvicinarsi del limite, dato l'aumento di utenti nel sistema, il valore del singolo *coin* crescerà (all'incremento della domanda corrisponde l'aumento del prezzo), perciò si creerà un effetto deflazionistico molto accentuato, che non potrà essere contrastato vista l'assenza di controllo centrale sul valore dei bitcoin. Il sistema non fallirà, perché il singolo bitcoin può essere "spezzato" fino all'ottava cifra decimale, dunque il numero dei *coin* resterà lo stesso, ma potranno cedere anche fino a 0,00000001 bitcoin.

Nonostante da più di sette anni questo nuovo modo di concepire le transazioni economiche e commerciali sia una realtà mondiale che interessa attivamente milioni di persone e che in Italia riceve l'attenzione di numerosi soggetti privati [7], ad oggi il nostro ordinamento non ha neppure iniziato ad elaborare un sistema di regolamentazione riguardo Bitcoin.

## **2. Bitcoin: aspetti tecnici**

Analizziamo come funziona tecnicamente Bitcoin.

Come detto, si tratta di un sistema di pagamento elettronico decentralizzato e diffuso attraverso una rete *peer-to-peer* (P2P o rete paritetica), a cui può accedere chiunque sia in possesso di un indirizzo Bitcoin.

Occorre fin da subito chiarire che la rete Bitcoin fa ampio uso della crittografia asimmetrica – anche detta “a chiave pubblica” – per gestire gli aspetti funzionali come la creazione di nuova moneta e l'attribuzione di proprietà dei bitcoin stessi.

Nel momento in cui l'utente scarica ed avvia il *software client*, quest'ultimo si connette attraverso internet alla rete decentrata di utenti Bitcoin, generando, tramite algoritmi, una coppia di chiavi (*keypair*) crittografiche che serviranno a scambiare criptovaluta. Da una chiave generata casualmente, se ne ottiene una seconda mediante una funzione unidirezionale, in modo tale da impedire che da quest'ultima si possa risalire alla prima.

Pur essendo le due chiavi ontologicamente equivalenti ed intercambiabili, la particolarità della crittografia asimmetrica sta nell'assoluta esclusività del segreto della chiave da usare per firmare il messaggio; infatti, solo una chiave verrà divulgata dall'utente (chiave pubblica), mentre l'altra sarà da esso custodita e tenuta segreta (chiave privata). La proprietà fondamentale delle due chiavi fa sì che, usandone una per cifrare un messaggio, quest'ultimo possa essere decifrato soltanto ricorrendo all'altra chiave e viceversa. Le due chiavi, pertanto, funzionano “insieme” pur non essendo possibile dall'una desumere l'altra [8].

I vantaggi sul piano della segretezza sono immediatamente percepibili: un soggetto che voglia essere sicuro che una comunicazione venga letta esclusivamente dal destinatario, può cifrare il messaggio con la chiave pubblica di quest'ultimo, che, mediante la sua chiave privata, sarà l'unico a poterlo decifrare.

La crittografia asimmetrica ha notevoli risvolti applicativi anche per quanto riguarda l'autenticazione, l'integrità e la non ripudiabilità dei dati trasmessi: se il mittente anziché cifrare il messaggio con la chiave pubblica del destinatario, come nell'esempio precedente, compie la medesima operazione con la propria chiave privata, il destinatario, aprendo la comunicazione attraverso la chiave pubblica del mittente, potrà avere da un lato la certezza dell'identità di quest'ultimo, dall'altro la sicurezza che il messaggio non sia stato da altri alterato, senza che il mittente possa successivamente negare di essere stato egli stesso ad aver inviato la comunicazione.

Questi vantaggi sono sfruttati prevalentemente negli algoritmi di firma digitale, i quali fanno ampio ricorso alla funzione di *hash*, una particolare funzione non reversibile che accetta in ingresso un valore di lunghezza variabile e restituisce, a seconda dell'algoritmo scelto (SHA-1, MD5, CRC *etc.*), un valore di lunghezza fissa. In particolare, nel meccanismo della firma digitale è il mittente a calcolare il valore di *hash* di un documento e a cifrarlo con la propria chiave privata: tale valore cifrato, che costituisce la c.d. "firma digitale", viene in seguito allegato al documento da inviare. Per verificare la validità della firma, sarà sufficiente che il destinatario la decifri con la chiave pubblica del mittente e la confronti con l'*hash* del documento: se gli stessi corrispondono tra loro la firma è valida.

In Bitcoin l'algoritmo usato per cifrare le transazioni è lo SHA-256, che restituisce un'impronta (*digest*) composta da valori alfanumerici esadecimale (usando cioè, oltre ai simboli da 0 a 9 del sistema decimale, anche le prime sei lettere dell'alfabeto) da 256 bit, vale a dire il doppio dei bit solitamente usati dagli algoritmi alla base dei protocolli di sicurezza TLS (*Transport Layer Security*) e SSL (*Secure Sockets Layer*), indispensabili per proteggere, ad esempio, la nostra posta elettronica, la messaggistica istantanea o le comunicazioni VoIP (*Voice over IP*) [9].

Nel sistema Bitcoin la chiave privata non è disponibile all'utente, ma viene automaticamente nascosta all'interno del computer, mentre quella pubblica, munita di un indirizzo di riferimento (del tipo "29VjRaDX6zpbA3LVnhrCAFzrVzK7ixHNsC"), viene condivisa con gli altri utenti i quali possono utilizzarla come contatto con l'utente di riferimento (proprio come un normale codice IBAN). Quando uno di essi decide di effettuare una transazione, il suo software Bitcoin "firma" (*rectius*, cripta)

l'operazione combinando la chiave privata dell'utente con quella pubblica del destinatario.

A questo punto viene effettuato un duplice controllo: una prima verifica consiste nell'esame della autenticità e della genuinità dell'ordine di trasferimento ed è effettuata utilizzando la chiave pubblica del firmatario per verificare che la disposizione di pagamento sia effettivamente partita da lui e che il messaggio non sia stato da altri alterato. A questo primo *check* ne segue un secondo, posto in essere con l'obiettivo di confermare che l'utente disponga concretamente di bitcoin da spendere ed evitare così il fenomeno della doppia spesa (*double-spending*). La soluzione più ovvia sarebbe stata certamente quella di istituire un'autorità centrale - la zecca o la banca centrale - che avrebbe potuto provvedere a verificare ed autorizzare ogni transazione, ciononostante tale opzione, che di fatto faceva dipendere l'intero sistema esclusivamente da un ente centralizzato, è stata rigettata con forza, poiché contraria ad uno dei principi ispiratori della criptovaluta, che ripudia un sistema unitario di controllo, in favore di un apparato di verifica pubblico e diffuso.

La necessità di evitare in ogni caso il fenomeno della *double-spending* ha trovato dunque rimedio in una forma particolare ed alternativa di controllo effettuato attraverso un registro pubblico condiviso tra i computer di tutti gli utenti del network Bitcoin (detti *nodì*). Tale "*libro mastro*" elenca tutte le transazioni effettuate e confermate, contenute in blocchi ordinati cronologicamente (*block-chain*), venendo costantemente aggiornato dopo ogni singola operazione.

Tutte le transazioni, oltre ad includere l'ora dell'invio (*timestamp*), l'importo, l'indirizzo Bitcoin di provenienza e quello di destinazione, contengono anche i dati della transazione precedente: in questo modo tutte le operazioni sono collegate ed indivisibili l'una dall'altra, essendo sempre possibile risalire al momento genetico del bitcoin, attraverso la sequenza delle operazioni effettuate fino all'origine [10].

La validità del controllo effettuato tramite tale registro per ogni singola operazione, si fonda sul continuo confronto svolto da ogni singolo nodo con tutti gli altri: affinché la transazione sia valida, occorre infatti che più della metà delle *block-chain* (il 51%) coinvolte nel sistema Bitcoin sia esattamente identica tra di loro. Questo rende praticamente impossibile alterare tale registro, visto che una manomissione dello stesso sarebbe possibile solamente prendendo il controllo della maggioranza dei computer coinvolti, ipotesi difficilmente realizzabile a causa del numero già estremamente grande ed in costante crescita degli utenti della rete Bitcoin.

Il sistema di controllo appena descritto ruota dunque, attorno ai registri pubblici presenti in ciascun computer coinvolto: ognuno di essi è costituito

da una serie di “*blocchi*” che contengono e confermano le varie transazioni in attesa. Queste ultime vengono quindi verificate e validate da una particolare tipologia di utenti, detti *miners* (minatori), i quali applicano la funzione di *hash* all’insieme costituito da tutte le transazioni da validare presenti in un singolo blocco e dal valore di *hash* dell’intero ultimo blocco confermato e memorizzato nella *block-chain*.

Dato che, l’*hash* di ciascun blocco è usato per contribuire a produrre anche l’*hash* del blocco successivo, nella catena che così viene a formarsi, la manomissione dell’*hash* di un blocco implicherebbe anche il necessario cambiamento dell’*hash* del successivo: si produrrebbero così risultati errati a catena e questo si ripercuoterebbe, ciclicamente, fino in fondo alla sequenza di operazioni effettuate, invalidando tutte le transazioni successive e consentendo l’immediata individuazione dell’alterazione compiuta sul registro.

Per queste sue caratteristiche, è stato affermato che la *block-chain* costituisce in buona sostanza l’evoluzione digitale del sistema contabile della partita doppia, che viene sostituita dalla crittografia della catena di firme di ogni singola transazione [11].

Punto centrale dell’intero sistema di scambio fondato sui bitcoin e garanzia ultima della sua genuinità è pertanto l’attività dei *miners*, che può essere svolta da ogni utente del sistema. Tenuto conto tuttavia che tale compito di controllo rappresenta per essi un costo, anche solo dal punto di vista energetico, gli stessi vengono ricompensati con 25 bitcoin per ogni *hash* creato. Ogni *miner*, infatti, ha il permesso di porre nel blocco stesso una transazione a suo favore di 25 BTC: ciò significa che ogni volta che la catena di blocco viene aggiornata, sono creati *ex novo* 25 bitcoin.

A tal proposito, va specificato che l’algoritmo di Nakamoto prevede che ogni quattro anni l’ammontare di bitcoin da poter coniare per ogni blocco sia dimezzato. All’inizio (2009), infatti, la somma coniabile con ogni blocco era di 50 BTC, mentre dal 2013 è divenuta di 25 bitcoin. La stessa cosa accadrà nel 2017 (12,5), 2021 (6,25), 2025 (3,125) e così via, a meno che il programma in rete non venga sostituito da un nuovo software (che farebbe però ripartire il sistema da zero).

Pertanto, con il passare del tempo il valore dell’incentivo diminuisce (tendendo verso lo 0). Per tale motivo il *miner* ha fin da ora un altro modo di guadagnare bitcoin quando crea dei blocchi (e tale sistema diverrà l’unico, a partire dal 2140, siccome l’algoritmo non permetterà più di creare nuovi *coin* “dal nulla”): accettare una commissione – ovvero una tariffa volontaria, di ammontare scelto e pagato dal soggetto che in una transazione invii *coin* – per il controllo (tramite generazione di un nuovo blocco) della legittimità delle singole transazioni.

Questo ammontare, infatti, viene riconosciuto alla persona che genera il blocco in cui appare la transazione - blocco che è necessario all'accettazione dell'operazione. Siccome il *miner* è libero di includere nel suo blocco qualsiasi transazione egli voglia, può benissimo scegliere solo le transazioni a tariffa più alta. Se tutti si dovessero comportare in questo modo (ed è ciò che secondo le leggi dell'economia dovrebbe accadere), alla fine una commissione minima di transazione verrà sempre richiesta per permettere l'inclusione di una transazione nella catena di blocchi.

Se certamente oggi calcolare l'*hash* da una raccolta di dati è diventato sempre più semplice, anche grazie alla crescente potenza dei computer, con il passare del tempo il protocollo Bitcoin rende però volutamente più difficile questa operazione tramite l'introduzione di una cosiddetta "*proof of work*" (prova di lavoro): esso richiede infatti che gli *hash* di un blocco abbiano caratteristiche sempre più complesse, tra cui v'è quella di dover iniziare con un certo numero di zeri [12]. In questo modo si impone infatti al singolo *miner* di dover aggiungere una specifica variabile (*nonce*) al calcolo dell'*hash*: l'obiettivo è rendere più o meno complessa tale attività a seconda del grado di necessità di immissione sul mercato di nuovi bitcoin, controllando dunque la creazione, altrimenti priva di regole, di nuova criptovaluta. Stante la crescente difficoltà dei calcoli, col passare del tempo si sono costituiti i cosiddetti "*mining pool*", ossia dei gruppi di *miners* che, per mezzo di appositi programmi, uniscono la potenza dei propri computer per effettuare più verifiche possibili.

Una volta autenticata la transazione dai *miners*, il trasferimento di bitcoin viene convalidato ed il registro aggiornato viene distribuito attraverso la rete Bitcoin fino a raggiungere il nodo dell'ultima persona che ha effettuato l'acquisto [13].

### **3. Natura giuridica e aspetti fiscali.**

#### **3.1. Bitcoin e moneta.**

Uno degli aspetti più interessanti per il giurista alle prese con il bitcoin, è sicuramente quello della definizione del bitcoin stesso e quindi della disciplina ad esso applicabile.

Abbiamo descritto il bitcoin come mezzo di scambio e di pagamento, ma abbiamo anche proceduto con cautela nel chiamarlo moneta. Un recente *Report* della BCE, classifica il bitcoin come mezzo di pagamento virtuale di 3° tipo [14], poiché permette l'acquisto di beni virtuali e reali.

Sicuramente stiamo parlando di una criptovaluta, di una valuta digitale [15] utilizzabile come mezzo di scambio e di pagamento; si tratta ora di capire se

il bitcoin può essere considerato una moneta o una forma di moneta elettronica.

Prima di tutto è bene chiarire cosa viene comunemente inteso per moneta.

Tautologicamente per monete tradizionali si intendono le monete aventi corso legale: esse sono mezzo di pagamento stabile, grazie all'azione delle banche centrali, ma soprattutto godono di riconoscimento legislativo, dunque il creditore che le riceve è obbligato dalla legge a considerare il debito estinto dal pagamento in moneta legale [16].

Alla moneta tradizionale vengono riconosciute quattro caratteristiche [17], esse sono: mezzo di scambio, unità di conto, riferimento per i pagamenti dilazionati e, infine, riserva di valore.

Sicuramente il bitcoin non è un mezzo di pagamento assimilabile ad una moneta avente corso legale, bensì mezzo di scambio "convenzionale", nel momento in cui vi sia qualcuno disposto ad accettarlo, e in questo senso assomiglia più ad un bene che ad una moneta.

Escluso che si tratti di moneta legale, resta da chiedersi se il bitcoin soddisfi le quattro caratteristiche delle monete tradizionali, sempre ammesso che il concetto sia scindibile da quello di moneta legale. Per quanto riguarda la prima, non vi è dubbio che il bitcoin sia un mezzo di scambio e permetta trasferimenti in qualunque parte del mondo, in forma anonima, con costi di transazione minimi. Ciò che secondo la maggior parte degli studiosi [18] ne impedisce l'inquadramento come moneta, è l'estrema volatilità del sistema, che comporta un'instabilità tale da impedire il soddisfacimento completo delle ultime tre caratteristiche, il tutto riconducibile alla decentralizzazione del sistema, che non consente calcoli affidabili nel lungo periodo, utilizzando una valuta così instabile come unità di conto. Per sintetizzare, è opinione diffusa che le criptovalute, per accedere al mercato delle monete, debbano "imparare" a diventare stabili [19].

Dunque abbiamo definito il bitcoin una criptovaluta, una valuta digitale, abbiamo escluso con certezza che si tratti di una moneta legale e abbiamo visto che nonostante gli studiosi la riconoscano come mezzo di scambio, gli stessi sono scettici nell'assimilarla alle monete tradizionali, vista la sua natura decentralizzata e l'instabilità che ne consegue. Cerchiamo adesso di capire se il bitcoin può essere considerato una moneta elettronica, anticipando, per esigenze di chiarezza, alcuni concetti che data la loro importanza nella legislazione europea, verranno ripresi più approfonditamente in seguito. Secondo la direttiva 2009/110/CE, la definizione di moneta elettronica è la seguente: «*un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso previa ricezione di fondi di valore non inferiore al valore emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti*

*diversi dall'emittente»* (es.: carte di pagamento di tipo prepagato), e questo ci porta ad escludere il bitcoin anche da questa categoria. Senza analizzare nel dettaglio la definizione, appare evidente come sia estranea al meccanismo di funzionamento del bitcoin, l'esistenza di un terzo garante, che, secondo la definizione di moneta elettronica, a seguito di un deposito di fondi, diviene debitore-garante dell'utilizzatore del dispositivo elettronico stesso. Così come abbiamo escluso con certezza che si tratti di moneta legale, possiamo escludere con altrettanta certezza che si tratti di moneta elettronica, secondo la definizione europea, e questo ci porta da un lato ad escludere l'applicabilità della disciplina europea delle monete elettroniche ai bitcoin, dall'altro, a sottolineare ulteriormente che monete elettroniche e monete digitali non sono sinonimi.

Per ragioni analoghe a quelle che impediscono l'inquadramento del bitcoin all'interno delle monete elettroniche, sono da ritenersi inapplicabili ai bitcoin, gli istituti civilistici della cessione di credito e della delegazione di pagamento.

Nella cessione di credito, *ex art. 1260 e ss. del c.c.*, il primo creditore, il cedente, trasferisce il proprio diritto di credito verso il debitore ceduto, ad un secondo creditore, il cessionario. Manca nel caso delle transazioni in bitcoin, la figura del ceduto: non essendoci intermediario, non c'è deposito, e non essendoci deposito, non c'è debitore, ma il trasferimento avviene in modo diretto, *peer-to-peer*.

Nella delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.) questo aspetto risulta ancora più evidente: come per l'assegno o il bonifico bancario, il debitore (delegante) delega un terzo (delegato), in genere a sua volta debitore del delegante, al pagamento di un suo debito nei confronti del delegatario. Il delegato, pagando al delegatario, estingue il rapporto di valuta tra delegante e delegatario, ma anche quello di provvista tra delegante e delegato. Cosa manca di questo schema ai bitcoin? Il delegato, perché mancano le istituzioni intermedie, ancora una volta perché il trasferimento di bitcoin avviene in modo diretto, *person to person*.

Possiamo affermare con certezza che il bitcoin non è una moneta avente corso legale, non è una moneta elettronica e non risponde agli istituti della cessione di credito e della delegazione di pagamento, ancorati alla figura di terzi garanti, assenti nel mondo di questa criptovaluta o valuta digitale caratterizzata dall'elemento della decentralizzazione. Ma proviamo a tornare sul concetto di moneta e su quelle che secondo gli economisti sono le caratteristiche fondamentali della moneta stessa (mezzo di scambio, unità di conto, riserva di valore). Abbiamo visto come gli studiosi faticino ad inquadrare il bitcoin in questa categoria, poiché i bitcoin difettano della stabilità necessaria e del riconoscimento legislativo come mezzo di

pagamento (moneta legale). Ma l'operatività pratica del bitcoin è a tutti gli effetti quella di una moneta, e se non può essere una moneta pubblica, legale, statale, recenti studi [20] la definiscono valuta privata o complementare, consensuale [21], scambiabile su base contrattuale, non emessa da entità governative e non controllabile attraverso il monopolio di autorità centrali. E per tornare a quanto già detto sopra, il fatto di non essere monete legali, non rende per ciò solo le monete complementari illegali, almeno finché non vengono dichiarate tali: difficile nell'universo bitcoin, basato sul consenso tra gli utenti, sulla decentralizzazione e protetto dell'anonimato.

Se accanto alle monete legali accettiamo l'esistenza delle monete private, il bitcoin riesce forse a trovare una sua dimensione. Certo, gli studiosi (economisti e giuristi) devono fare i conti con qualcosa che prima non pensavano possibile, ma è anche vero che prima delle criptovalute non c'era bisogno delle monete complementari. A conferma di questa lettura, a nostro avviso, c'è la recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha affrontato il tema dell'assoggettabilità ad IVA del cambio di valuta "tradizionale" in Bitcoin [22]. La Corte statuisce che le operazioni di cambio di valute tradizionali contro la valuta virtuale "bitcoin" (e viceversa) costituiscono prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso ai sensi della direttiva, dato che esse consistono nel cambio di diversi mezzi di pagamento e che sussiste un nesso diretto fra il servizio prestato e il corrispettivo ricevuto, vale a dire il margine costituito dalla differenza, da una parte, tra il prezzo al quale egli acquista le valute e, dall'altra, il prezzo al quale le valute sono vendute ai clienti.

La Corte afferma anche che tali operazioni sono esenti dall'IVA in forza della disposizione riguardante le operazioni relative «*a divise, banconote e monete con valore liberatorio*». Infatti, escludere tali operazioni dalla sfera di applicazione della disposizione priverebbe quest'ultima di parte dei suoi effetti, alla luce della finalità dell'esenzione, che consiste nell'ovviare alle difficoltà insorgenti nel contesto dell'imposizione delle operazioni finanziarie quanto alla determinazione della base imponibile e dell'importo dell'IVA detraibile.

Avendo più chiaro che cosa siano i bitcoin, ed essendo riusciti a inserirli, avanguardisticamente, in questa nuova categoria, si passa alla fase successiva: il giurista, *rectius* il legislatore, una volta definito un istituto, lo disciplina e lo regola.

Abbiamo detto che ai bitcoin non è applicabile la disciplina europea delle monete elettroniche, ma ancora più radicalmente possiamo affermare che i bitcoin vivono la classica fase di vuoto normativo.

Ancora prima di capire come disciplinarli, alcuni Stati si chiedono se si tratti di un mezzo di scambio legale. Come già anticipato, le valute virtuali di per se stesse non sono illegali, almeno finché uno Stato non le dichiara tali. Il problema si pone nel momento in cui vengono usate come mezzo di scambio per armi, droga, documenti falsi o materiale pornografico, il tutto favorito ovviamente dall'anonimato che caratterizza le transazioni in bitcoin [23].

Sicuramente il bitcoin rappresenta una sfida doppia per gli economisti, per i legislatori, per i *policy makers*, perché non solo siamo di fronte a qualcosa che come visto è difficile inquadrare nelle categorie preesistenti, ma anche perché per sua natura il bitcoin è anarchico, antisistema, nasce ontologicamente refrattario alle regole ed è proprio questa una delle ragioni del suo successo; ma senza un *minimum* di regole, di fronte ai recenti episodi di crack finanziari che hanno colpito alcune delle più importanti piattaforme di scambio, causando danni milionari ad altrettanti utenti, c'è il rischio che siano in molti a non investire in questo campo, senza una cornice normativa che sia prima di tutto volta a tutelare gli utenti. A ciò si aggiunge, poiché parliamo di un fenomeno globale, la necessità di una disciplina omogenea in Europa ed anche oltre [24].

### **3.2. Inquadramento nella normativa vigente.**

Come detto, non sussiste nel nostro Paese alcuna normativa inerente i Bitcoin, né nello specifico, né nel concetto di criptomoneta.

I tentativi di trovare, per così dire "a normativa invariata", un inquadramento giuridico del fenomeno nel nostro ordinamento, non sembrano aver del tutto centrato l'obiettivo, nonostante lodevoli sforzi.

Da una parte, non appare praticabile la via del semplice inserimento dei bitcoin all'interno della categoria dei "beni" ex art. 810 c.c. [25] (come "bene immateriale" suscettibile di formare oggetto di diritti) [26].

La difficoltà nel configurare il bitcoin quale bene giuridico a sé stante deriva dall'impossibilità di un pacifico inquadramento dello stesso sia tra i "beni materiali" (per motivi alquanto ovvi: il *coin*, difatti, non esiste nella realtà, se non come sequenza numerica su di un computer), sia tra i "beni immateriali" [27].

Ma anche volendo considerare bitcoin un "*bene*" nel senso civilistico del termine, i problemi non appaiono alleggerirsi. Non potendosi, infatti, configurare il *coin*, se non come bene immateriale, la sua sottrazione al legittimo proprietario non potrebbe di conseguenza configurare i reati di furto [28] o, qualora se ne abbia a qualunque titolo il possesso, di appropriazione indebita [29], ai sensi rispettivamente degli artt. 624 e 646 c.p., con evidentissimi problemi di tutela giuridica.

Resterebbe, eventualmente, la possibilità di agire per il risarcimento del danno (peraltro, con non poche difficoltà sul piano probatorio) attraverso gli ordinari rimedi civilistici.

D'altro canto, neppure l'assimilazione del bitcoin alla nozione di "documento informatico", ai sensi del Codice dell'Amministrazione Digitale [30], appare fondata, in quanto a ben vedere i concetti risultano del tutto distinti. L'art. 1, c. 1, lett. p, D.Lgs. n. 82/2005, infatti, descrive il documento informatico come «*la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*», ovvero un qualcosa che non ha valore in sé, ma solo in collegamento logico con l'atto o il fatto giuridicamente rilevante di cui fornisce una rappresentazione. Nel caso del bitcoin, invece, lo *script* digitale che lo costituisce non rappresenta alcunché, ma risulta essere un valore e come tale spendibile per la soddisfazione di interessi del proprietario dello stesso.

### **3.3. Aspetti fiscali.**

Per quanto riguarda il profilo fiscale, da una parte va valutato se l'accettazione di bitcoin sia questione fiscalmente rilevante; dall'altra, c'è il rischio che nel lasso di tempo intercorrente tra l'accettazione del pagamento in bitcoin e la conversione degli stessi in valuta corrente (per esempio euro), ci sia una variazione del valore della criptovaluta, con conseguente sussistenza di una plusvalenza o minusvalenza sull'investimento in *coin*.

Quanto al primo dei problemi fiscali rilevati, come già visto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 23 ottobre 2015, ha escluso l'assoggettabilità ad IVA delle operazioni di cambio relative a bitcoin. In precedenza, le soluzioni individuate sono state diverse: alcuni commercianti decisero di fatturare ogni singola operazione ai fini sia del pagamento IVA che delle imposte reddituali sulle operazioni commerciali, mentre altri optarono per un approccio differente, in assenza di disciplina nazionale, considerando la transazione come un caso di permuta, con relativo pagamento dell'IVA sulle operazioni svolte in *coin*, ai sensi degli artt. 1 e 2, D.P.R. n. 633/1972 [31].

Per quanto concerne il secondo problema menzionato (casi di plusvalenze derivanti dalla conversione di bitcoin in moneta avente corso legale nei vari Stati), assistiamo a vari tipi di condotte: c'è chi opta per il doppio trasferimento di *coin* (accettazione di pagamento in bitcoin - che confluiscono nel proprio *wallet* - e successiva vendita dei *coin* finalizzata alla monetizzazione degli stessi in euro, con conseguente pagamento dei tributi derivanti dall'attività finanziaria), mentre altri risolvono il problema legando il proprio *wallet* a sistemi particolari (tra cui ricordiamo il più utilizzato *Bit-*

*Pay*), che convertono immediatamente i *coin* in valuta corrente e accreditano direttamente il valore in euro (o in altra valuta) sul portafoglio del cliente (la scelta tra i due sistemi dipende dalla maggiore inclinazione al rischio e alla speculazione finanziaria dei soggetti) [32]. In questo secondo caso, a ben vedere, non sussiste in effetti alcuna operazione fiscalmente rilevante, in quanto una plusvalenza (o minusvalenza) può sussistere solo qualora il *coin* acquisti o perda valore rispetto a un dato momento, precedente a quello in cui avviene la conversione in valuta. Nel caso in cui tale conversione avvenga immediatamente al momento della transazione, il valore non potrà per definizione che essere pari a se stesso e quindi, per così dire, l'imponibile su tale operazione avrà valore uguale a 0. Resta inteso poi che l'acquisto-baratto cosa contro *coin* resti un'operazione rilevante ai fini fiscali e come tale sempre tassabile.

#### **4. Bitcoin e moneta elettronica.**

Negli ultimi venticinque anni sono stati particolarmente rilevanti i mutamenti verificatisi nella realtà dei sistemi di pagamento, frutto dei processi di informatizzazione e di integrazione dei mercati finanziari a livello globale. Stiamo assistendo, infatti, al passaggio dalla concezione reale della moneta, intesa come *traditio* [33], alla concezione obbligatoria del pagamento, in cui il trasferimento della somma di denaro, slegato dalla materialità della consegna, avviene attraverso la trasmissione di impulsi elettronici che sono diretta espressione della posizione monetaria [34]. La forma più evoluta di tale mezzo di pagamento, da alcuni efficacemente definita come la "quarta generazione" dei sistemi di pagamento, dopo l'era della moneta legale, bancaria e scritturale, è rappresentata dalla c.d. "moneta elettronica", altrimenti detta *e-money* [35].

Stiamo entrando in una fase di "decartolarizzazione" del denaro [36], che solo in parte può essere inserita in quella che viene definita "l'autoregolamentazione della rete" [37]. Vista l'importanza e la delicatezza della questione, fin da metà anni Novanta si è cercato di regolamentare il fenomeno, dato che il commercio elettronico deve avere alla base la possibilità di concludere transazioni sicure, mediante mezzi di pagamento affidabili [38].

Molto spesso l'opinione pubblica confonde e ritiene sinonimi le parole "moneta elettronica" [39] e *cyber-moneta*.

Cerchiamo quindi di dare un significato preciso alla nozione di moneta elettronica e alla disciplina giuridica ad essa applicabile [40].

I sistemi di pagamento elettronici, talvolta sinteticamente indicati come moneta elettronica o monetica, sono molti e diversi e sono tutti caratterizzati

dall'uso di strumenti diversi dal contante. Per citare solo i più importanti e conosciuti, si va dal trasferimento elettronico di fondi tra banche, ai bonifici bancari, dai pagamenti tramite carte di credito e di debito, ai borsellini elettronici [41].

In generale, può dirsi che la moneta elettronica si articola secondo due diversi schemi tipologici: le smartcards [42] o “borsellini elettronici” ed i c.d. sistemi software-based o basati su memoria di elaboratore.

La moneta elettronica è stata definita per la prima volta nella Raccomandazione 97/489/CE [43]. Molto interessanti sono i *Considerando* della Raccomandazione, nei quali viene espresso il desiderio delle Comunità Europee di dar seguito ai progressi compiuti nel completamento del mercato interno, in particolare alla luce del processo di liberalizzazione dei movimenti dei capitali, sottolineando l'utile contributo che la moneta elettronica avrebbe dato alla realizzazione dell'Unione economica e monetaria [44]. Bisogna dire, infatti, che all'epoca le operazioni effettuate mediante strumenti di pagamento elettronici rappresentavano una parte crescente, per volume e per valore, dei pagamenti nazionali e transfrontalieri [45].

Tale atto intendeva, inoltre, contribuire all'avvento della società dell'informazione ed in particolare del commercio elettronico, promuovendo la fiducia dei clienti e l'accettazione dei dettaglianti riguardo agli strumenti in questione [46].

Lo “strumento di moneta elettronica” è stato definito, quindi, come uno strumento di pagamento ricaricabile, non uno strumento di pagamento mediante accesso a distanza, ma una carta con un valore immagazzinato o una memoria di elaboratore elettronico, sulla quale è caricato elettronicamente il valore, affinché il titolare potesse effettuare le operazioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1 (es. trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento elettronici, ritiro di denaro contante mediante strumenti di pagamento elettronici e caricamento o scaricamento di tali strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici).

Nell'agosto del 1998 è stato pubblicato dalla Banca Centrale Europea il “Rapporto sulla moneta elettronica” [47], che ha assunto rilievo fondamentale e rappresentato uno dei punti di riferimento principali nell'emanazione della normativa comunitaria successiva. Si tratta di un provvedimento di notevole impatto pratico, nel quale vengono messi in luce alcuni spunti di riflessione interessanti, raccolti e confluiti poi nella regolamentazione successiva. In particolare, si sono indagati i rapporti e le connessioni tra la nascita della moneta elettronica e le conseguenze del suo sviluppo sulla politica monetaria, sulla stabilità del sistema dei pagamenti e, più in generale, sul sistema finanziario.

Per quanto attiene specificatamente alla nozione di moneta elettronica, questa veniva definita come «*an electronic store of monetary value on a technical device that may be widely used for making payments to undertakings other than the issuer without necessarily involving bank accounts in the transaction, but acting as a prepaid bearer instrument*». Pertanto, gli elementi principali della fattispecie sono individuati: a) nella rappresentazione della moneta elettronica in termini di valore monetario elettronico; b) nella sua memorizzazione su un qualsiasi supporto informatico idoneo a registrarne l'importo; c) nella non necessaria presenza di un rapporto sottostante di conto corrente tra titolare ed emittente; d) nella natura di mezzo prepagato dello strumento.

In particolare, la Banca Centrale Europea qualifica per la prima volta in maniera chiara la moneta elettronica in termini di valore monetario espresso in forma elettronica, laddove invece il *Rapporto* precedente si riferiva genericamente ad un valore caricato elettronicamente, senza alcuna precisazione in merito alla natura di tale posizione. In secondo luogo, in linea con gli orientamenti da più parti espressi circa l'opportunità di eliminare dalla formulazione della definizione qualsiasi riferimento specifico a particolari tecniche e procedimenti informatici, al fine di evitare che questa divenisse presto obsoleta, non è stata espressa alcuna opzione in merito agli schemi di moneta elettronica adottabili, ritenendosi preferibile parlare genericamente di supporto informatico.

L'unico elemento di continuità con la definizione contenuta nella Raccomandazione è rappresentato dalla natura di strumento prepagato che viene riconosciuta alla moneta elettronica, la cui emissione viene chiaramente "sganciata" dalla presenza di un rapporto di conto corrente tra titolare ed emittente.

Per ora, interessa qui sottolineare come la direttiva 2009/110/CE, infine, definisca la moneta elettronica come: «*un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia memorizzato su un dispositivo elettronico, emesso previa ricezione di fondi di valore non inferiore al valore monetario emesso e accettato come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente*» [48], ampliando notevolmente lo spettro della prima definizione.

Perché si possa avere "moneta elettronica", dunque, pare innanzitutto che debbano ricorrere, in positivo, i seguenti presupposti, legati alla sussistenza di un valore monetario [49] che sia:

- 1) memorizzato elettronicamente;
- 2) rappresentato da un credito verso l'emittente;
- 3) emesso per consentire operazioni di versamento, di trasferimento o di prelievo di fondi;

4) accettato come mezzo di pagamento da persone diverse dall'emittente. Inoltre, dal combinato disposto dell'art. 1, comma 2°, lett. h-ter) del T.U.B. e dell'art. 2, comma 2° lett. m) e d), si possono ricavare due ulteriori condizioni di ordine negativo [50]:

- 5) non spendibile solo nella sede utilizzata dall'emittente o in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di un rete limitata di prestatori di servizi o per una gamma limitata di beni o servizi;
- 6) non utilizzato per l'acquisto di beni o servizi, a livello digitale o informatico, quando l'operatore di telecomunicazione a cui venga effettuato il pagamento, non operi unicamente quale intermediario fra l'acquirente e il fornitore.

La moneta elettronica costituisce, in sostanza, un surrogato elettronico di monete metalliche e banconote, destinato ad effettuare pagamenti di importo limitato, mediante il trasferimento di fondi da persona a persona in modo scritturale, ma senza supporto fisico. Essa si distingue da altri sistemi di pagamento di uso corrente in quanto, a differenza delle carte di pagamento tradizionali, il valore monetario è direttamente incluso nell'oggetto virtuale, per cui il pagamento non presuppone alcuna registrazione da conto a conto e il possesso di moneta elettronica non richiede che l'utente sia titolare di un conto bancario.

In quanto strumento di pagamento elettronico che incorpora un valore monetario equivalente all'ammontare dei fondi ricevuti dal soggetto emittente, la moneta elettronica può essere memorizzata sia su una carta a microchip, che sulla memoria di un dispositivo elettronico, ed è accettata come mezzo di pagamento da soggetti diversi dall'emittente. Per le sue caratteristiche può essere considerato uno strumento di pagamento alternativo al contante.

Il d.lgs. 45/2012 (di attuazione della direttiva 2009/110/CE) ha innovato la precedente definizione di moneta elettronica già presente dal 2002 nel d.lgs. 385/1993 (c.d. T.U.B.), riprendendo pedissequamente la definizione della direttiva.

La nozione è precisata in negativo chiarendo che non costituisce moneta elettronica:

- 1) Il valore monetario memorizzato sugli strumenti previsti dall'art. 2, comma 2, lettera m) del d.lgs. 11/2010 [51];
- 2) Il valore utilizzato per le operazioni di pagamento previsto dall'art. 2, comma 2, lettera n) del d.lgs. 11/2010 [52].

Le valute virtuali non possono configurare moneta elettronica in senso giuridico in quanto funzionali alla circolazione solo in circuiti privati [53], sia in quanto emesse al di fuori dalle prerogative di un istituto di emissione di moneta elettronica autorizzato (IMEL). Questo comporta che le valute virtuali

non possono configurarsi come mezzo di estinzione dei debiti pecuniari ai sensi dell'art. 1277 c.c. [54].

In tal senso è necessario fare delle precisazioni anche per quanto riguarda la moneta elettronica. Il maggior ostacolo al riconoscimento della moneta elettronica come moneta c.d. "di diritto" e delle operazioni di pagamento telematiche come adempimento di obbligazioni, è costituito proprio dall'art. 1277 c.c. Tale norma consente esclusivamente alla moneta "legale" l'attitudine ad estinguere le obbligazioni pecuniarie, conferendo ad essa il carattere dell'irrifutabilità. A tal proposito, bisogna sottolineare che il d.l. 143/1991 (sull'antiriciclaggio) ha cambiato molte cose. L'art.1 della legge 197/1991 (di conversione del decreto), vietando l'uso del denaro contante quando il valore da trasferire è complessivamente superiore a 12.500 euro (a seguito della legge di Stabilità 2016, oggi è vietato l'uso del contante per pagamenti pari o superiori a 3.000 euro), sancisce il dovere del creditore di rifiutare un pagamento effettuato in contanti. Questo porta come conseguenza il fatto che l'unica moneta utilizzabile nelle transazioni di valore consistente è quella elettronica, diventata, per così dire, più «legale del denaro contante» [55].

Gli strumenti di moneta elettronica attualmente in circolazione sono:

- le carte di pagamento di tipo prepagato;
- i conti di tipo prepagato (i c.d. borsellini elettronici) [56].

Il titolare dello strumento di moneta elettronica:

- 1 "carica" lo strumento con un bonifico bancario da un conto corrente bancario, oppure con un versamento in denaro contante presso un punto vendita abilitato, oppure negli altri modi messi a disposizione dall'istituto emittente;
- 2 spende la moneta elettronica presso gli esercenti convenzionati ai circuiti di appartenenza oppure la trasferisce a terzi, in entrambi i casi soltanto nei limiti del saldo disponibile sullo strumento (oltre questo limite, l'emittente non autorizza l'operazione);
- 3 può sempre chiedere il saldo e i movimenti dello strumento per via telematica;
- 4 può sempre chiedere il rimborso del saldo residuo sullo strumento, pagando le eventuali spese previste dal contratto con l'emittente. Il rimborso deve essere effettuato al valore nominale in moneta legale, ovvero mediante versamento su un conto bancario, senza applicazione di ulteriori oneri e spese, fatta eccezione per quelli strettamente necessari per l'effettuazione dell'operazione. Possono escludersi rimborsi per importi inferiori a € 5,00 [57].

Ci sono altri importanti servizi elettronici di pagamento che si differenziano dalla moneta elettronica finora descritta:

- le carte di credito che sono normalmente collegate ad un conto corrente bancario intestato al titolare della carta, che viene addebitato periodicamente dall'emittente con la somma delle spese effettuate dal titolare o del denaro contante prelevato. L'addebito avviene nei termini e alle condizioni economiche stabilite nel contratto tra il titolare e l'emittente; nell'intervallo di tempo che intercorre tra l'acquisto del bene/servizio presso l'esercente di commercio convenzionato e l'addebito della somma sul conto corrente del titolare, l'emittente della carta (una banca o un intermediario finanziario) paga l'esercente di commercio per conto del titolare della carta e concede credito a quest'ultimo; ciò comporta l'addebito di interessi passivi e i più elevati costi delle carte di credito rispetto alle carte di debito e alla moneta elettronica;
- le carte di debito che sono collegate ad un conto corrente bancario intestato al titolare della carta, che viene addebitato dall'emittente al momento della transazione, con ogni singolo importo speso o prelevato dal titolare; anche nei casi in cui, per motivi tecnici, l'importo non venga addebitato immediatamente, l'emittente della carta non concede credito al titolare della stessa. Quando il conto corrente al momento dell'addebito non presenta un saldo sufficiente a coprire la spesa, il correntista si trova a pagare alla banca le spese previste dagli ulteriori contratti da lui firmati con la banca (interessi passivi del conto corrente, commissioni di massimo scoperto del fido, etc.);
- i servizi di internet o *home banking*: i conti correnti aperti su internet (c.d. conti on-line) e la maggior parte dei conti correnti bancari tradizionali consentono al titolare di disporre pagamenti e trasferimenti di denaro a distanza, tramite l'uso di codici univoci e personali di identificazione; in questi casi, il servizio reso è solo un servizio di accesso ad un deposito bancario.

In quest'ultimo gruppo il denaro non è caricato sulla carta, ma in un conto che deve essere collegato telematicamente tramite POS per completare la transazione (*software based*), nella moneta elettronica, invece, il credito è salvato direttamente nel chip della carta (*card based*) ed è come se si pagasse in contanti.

L'emissione di moneta elettronica nell'ordinamento è molto limitata. I soggetti emittenti possono essere solamente banche e istituti di moneta elettronica. Possono, inoltre, emettere moneta elettronica, nel rispetto delle disposizioni ad essi applicabili, «*la Banca Centrale Europea, le banche centrali comunitarie, lo Stato italiano e gli altri Stati membri, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, nonché Poste Italiane*» (art. 114 *bis*, co. 2, T.U.B.). Bisogna sottolineare che l'emittente di moneta elettronica

non concede interessi o qualsiasi altro beneficio commisurato alla giacenza della moneta elettronica [58].

Gli istituti di moneta elettronica (IMEL) [59] sono soggetti diversi dalle banche, che svolgono in via esclusiva l'attività di emissione di moneta elettronica, possono anche svolgere attività connesse e strumentali all'emissione di moneta elettronica e offrire servizi di pagamento. Non possono svolgere l'attività di concessione di crediti, in alcuna forma. Sono iscritti in un apposito albo gli istituti di moneta elettronica autorizzati in Italia e le succursali in Italia degli IMEL con sede legale in uno Stato comunitario o extracomunitario.

I tratti salienti del quadro normativo proposto nella disciplina di vigilanza degli IMEL possono essere riassunti in [60]:

- 1) neutralità rispetto alle soluzioni tecnologiche prescelte;
- 2) affidabilità conseguibile attraverso un regime di vigilanza prudenziale moderato dal carattere monoprodotto degli IMEL, a cui è esclusa la concessione di credito;
- 3) sicurezza grazie a sistemi operativi che assicurino *standards* idonei ad evitare fenomeni di uso improprio e falsificazioni nell'emissione, nell'utilizzo, nella conversione e nel rimborso di moneta elettronica.

La principale differenza tra i bitcoin (che possiamo considerare una cyber-moneta) e la moneta elettronica, quindi, è data dalla mancanza di un collegamento con una moneta reale e ciò comporta che:

- questa valuta dipenda da un tasso di cambio specifico non legato ad una moneta tradizionale perché legata al semplice rapporto tra domanda/offerta;
- la mancanza di un collegamento con una moneta tradizionale potrebbe rendere complessa la sua conversione in moneta reale;
- il controllo della moneta è rimesso ai privati.

Inoltre, mentre gli strumenti di pagamento tramite moneta elettronica sono emessi da banche e Istituti di moneta elettronica, sottoposti a notevoli controlli da parte delle competenti autorità bancarie, ciò non avviene con riferimento ai bitcoin. La stessa peculiarità è relativa alle transazioni in bitcoin, che si verificano al di fuori dei canali bancari.

## **5. Aspetti comparatistici.**

Alla luce di quanto detto è facile intuire quanto il Bitcoin costituisca una questione di estrema rilevanza, tanto a livello europeo quanto internazionale. Data la non univocità nella categorizzazione dello "strumento-Bitcoin" all'interno degli ordinamenti nazionali, risulta necessaria una panoramica comparativa delle differenti modalità d'approccio nelle singole legislazioni.

In prima battuta è importante chiarire che attualmente pochissime sono le nazioni che hanno anche solo abbozzato una regolamentazione giuridica in tale materia. Svitati sono i motivi che spingono i paesi a “temporeggiare”: primo fra tutti il crack del portale nipponico Mt.Gox[61], al quale sono poi seguiti altri furti in portali di cambio minori [62], i quali hanno minato profondamente la credibilità di tale strumento. Altro fondamentale elemento che rallenta enormemente il movimento di emersione del Bitcoin è la poca conoscenza, a livello governativo, dei processi informatici a base del sistema e, infine, anche la scarsa possibilità di controllo su transazioni totalmente anonime, che talvolta possono celare traffici illeciti, intimorisce i governi.

Tenendo ben a mente le problematiche appena accennate, risulta più semplice capire i motivi che hanno spinto, e che ancora oggi spingono, le autorità nazionali a procedere con cautela, tramite semplici raccomandazioni e pareri, o addirittura, in alcuni casi, a non procedere affatto.

Assumendo sin da subito coscienza dell'impossibilità di trattare di tutte le modalità con le quali la totalità dei paesi hanno affrontato la questione-Bitcoin, si andranno ad analizzare di seguito esclusivamente i comportamenti più interessanti delle autorità nazionali (sia nella direzione di apertura che di chiusura al Bitcoin).

Tendenzialmente gli atteggiamenti di quest'ultime possono essere suddivisi in tre macro-gruppi: paesi che categoricamente vietano produzione e transazioni svolte a mezzo bitcoin; altri che, invece, non dichiarandone ufficialmente l'illegalità, indirettamente ne permettono l'utilizzo e, infine, paesi che pongono in essere una serie di restrizioni rivolte esclusivamente alle autorità ed istituzioni pubbliche.

In relazione a quest'ultimo gruppo, il primo fra tutti i paesi che ha posto delle severe restrizioni in materia di Bitcoin è la refrattaria Repubblica Popolare Cinese. La PBOC (Banca Popolare della Cina), tutt'altro che propositiva nei confronti della moneta virtuale, tramite un rapporto risalente al 5 dicembre 2013 [63], ha esplicitamente vietato le transazioni da e con bitcoin a tutte le istituzioni finanziarie nazionali (che siano banche o società minori di pagamento). Questo però non estende automaticamente il divieto anche ai privati, i quali, a dispetto degli eventi e delle circostanze, hanno continuato ad utilizzare la moneta virtuale, aumentandone esponenzialmente il volume degli scambi. Un *report* dell'autorevole agenzia *Goldman Sachs* [64], ha rilevato come più dell'80% [65] delle transazioni di scambio di bitcoin, nel primo bimestre del 2015, siano avvenute in Yuan cinesi; oltre quest'ultimo, alla Cina deve essere assegnato un ulteriore primato, ossia quello di essere il fulcro delle operazioni di *mining* a livello mondiale, grazie soprattutto a fattori immanenti la struttura socio-economica della Repubblica cinese, quali manodopera e materie prime a basso costo [66].

Anche la Russia ha assunto posizioni “ostruzionistiche” in materia di Bitcoin, seppur altalenanti. Inizialmente la Banca Centrale della Federazione Russa [67] vietava implicitamente l'utilizzo delle criptovalute a causa di alcune questioni, quali l'anonimato e le possibili attività illecite ad esse collegate. A distanza di pochi mesi il medesimo istituto bancario, facendo un passo indietro, dichiarò la possibilità di aprirsi a queste nuove forme di transazioni, seppur con tutte le garanzie del caso. Tali tutele sono state trasposte in un disegno di legge del Governo russo, il quale vorrebbe predisporre dei nuovi controlli sull'uso di Internet, comprendendo, quindi, in questo modo anche la cyber-moneta. Infine, nel gennaio 2015, le Autorità russe, tra cui il Regolatore per i Media (*Roskomnadzor*), hanno bloccato tutte le navigazioni informatiche su siti web legati al mondo del Bitcoin [68]. Questo comportamento, secondo alcuni, porterebbe ad “un'involuzione” [69] del Bitcoin, tale da portare la Russia agli stessi livelli della Cina [70].

Altri Paesi, probabilmente mossi dallo scarso controllo che può essere applicato sulle transazioni, nonché dai furti informatici sopra esposti, hanno deciso di vietare categoricamente qualsiasi attività di produzione, scambio e transazione da e con bitcoin. Esempi sono: Tailandia [71], Islanda (dove forse anche a causa della radicata crisi finanziaria, si è proceduto alla dichiarazione dell'illegalità della criptovaluta), Bolivia [72], Vietnam e, infine, Ecuador (il quale con un voto a maggioranza nell'assemblea nazionale ha ufficialmente bandito la moneta digitale [73]).

In via residuale, le restanti nazioni tacitamente accettano i bitcoin, limitandosi esclusivamente a pareri e relazioni di natura generale (quasi sempre con funzione di monito e di messa in allerta) sull'argomento.

In questa direzione sembra volgere la Banca Centrale di Dublino, la quale ha espresso forti preoccupazioni sull'influenza che le criptomonete possono esercitare sul sistema finanziario irlandese [74]. Dello stesso orientamento è anche la Banca d'Italia, che con una comunicazione del 30 gennaio 2015 [75], ha scoraggiato le banche e gli intermediari finanziari «dall'acquistare, detenere o vendere valute virtuali», seguendo il parere dell'Autorità Bancaria Europea del 4 luglio 2014 [76].

L'Australia [77], meno allarmista rispetto alla media, spinge verso una corretta regolamentazione, su richiesta degli utenti e dalle associazioni australiane, del commercio digitale [78].

L'Unione Europea [79], alla luce di una ponderazione tra effetti positivi e negativi della moneta digitale, ha chiaramente evidenziato, nella *Relazione* dell'Autorità Bancaria Europea del 4 luglio 2014 [80], la preponderanza dei secondi sui primi, sottolineando la necessità di maggiori controlli. In relazione a tale monito, i singoli Stati europei hanno reagito diversamente,

rimettendosi nella maggior parte dei casi ad una futura regolazione da parte dell'Unione.

Nel panorama europea, sono da segnalare due differenti approcci: quello tedesco ed inglese. In merito al primo, il Ministro delle Finanze tedesco, di concerto con il Governo, ha stabilito che per tutte le transazioni di monete virtuali siano necessarie apposite autorizzazioni rilasciate dalla *Bundesanstalt Für Finanzdienstleistungsaufsic (BatFin)*, ossia dall'Autorità Federale di Supervisione Finanziaria [81]. Quanto al secondo, in Inghilterra dopo un'iniziale rigidità verso il bitcoin, ricollegabile ad alcune pronunce sistematiche della Banca d'Inghilterra, la stessa si è recentemente posta con toni totalmente differenti da quelli iniziali, dichiarando che «lo sviluppo di valute elettroniche può rivoluzionare il modo in cui i cittadini inglesi pagano beni e servizi» [82] [83]. Inoltre risale al 18 settembre 2015 l'intervento di Andrew Haldane [84], *chief economist* per l'analisi monetaria e statistica della Banca Centrale di Gran Bretagna, dinnanzi la Camera di Commercio di Portadown irlandese, il quale indica come possibile strumento di fuoriuscita dalla crisi il bitcoin.

Anche gli Stati Uniti d'America [85], dopo un iniziale slancio [86] a favore della regolamentazione sul Bitcoin [87], si sono ritrovati in una situazione di sostanziale stallo; questo anche a causa della scarsa coordinazione fra i protagonisti della politica economica quali la *Federal Reserve Bank of New York*, il *New York Department of Financial Services* e l'*Internal Revenue Services*, che hanno dato differenti e contrastanti definizioni di moneta elettronica e digitale, causando così un rallentamento (se non un vero blocco) della corsa alla regolamentazione della moneta virtuale [88].

Invece, per motivi del tutto differenti, Iran e Kenya [89] hanno “spalancato” le porte al sistema Bitcoin. Le ragioni che sottendono a tale scelta sono diversi. Per il caso iraniano, la causa che ha spinto all'apertura verso la cripto-valuta è legata semplicemente a fattori immanenti all'economia del Paese, la quale ha passato fasi di forte instabilità valutaria [90], ottenendo conseguentemente la sfiducia da parte dei cittadini. Questi ultimi, spinti da minori costi di transazione ed anche dalla decentralità organizzativa, vedono con sempre maggiore fiducia al bitcoin [91], quale mezzo di collegamento dell'isolato mercato iraniano al resto del mondo. Nell'esperienza keniota i presupposti che hanno portato alla comune accettazione delle monete virtuali [92] sono di natura pratica; secondo ufficiali statistiche meno della metà della popolazione in Kenya [93] possiede un conto corrente, che a sua volta lamenta gravose spese di transazione. Anche i kenioti, incentivati dai minori costi per i micro-pagamenti, che costituiscono la maggioranza degli spostamenti finanziari del Paese, propendono per le transazioni in cripto-valuta.

Conclusivamente si può raccogliere un dato evidente, vale a dire la crescita esponenziale dell'utilizzo dei bitcoin a livello globale, nonostante la maggior parte dei governi mondiali tenda ad osteggiare o ad ignorare tale fenomeno. La partita della moneta virtuale avrà una battuta d'arresto oppure un ulteriore incremento? Solo con la regolamentazione delle più grandi economie mondiali si potrà effettivamente rispondere a tale difficile quesito.

## **6. Sviluppi e futuro del Bitcoin.**

Lo sviluppo operativo (in qualità di moneta con potere d'acquisto e valore transattivo) che il bitcoin sta avendo in questi ultimi anni è e sarà, ancora tutto in divenire. Come ogni idea e invenzione che viene alla luce, anche il bitcoin e la sua tecnologia (che sfrutta i requisiti di segretezza e affidabilità legati alla *blockchain*) hanno introdotto nel panorama tecnologico-monetario globale una novità rivoluzionaria rispetto alla quale non sarà più possibile tornare indietro [94]. A riprova della natura ineffabile, originale e in continua evoluzione di questa nuova realtà, occorre ricordare che lo stesso creatore Satoshi Nakamoto, nel rispondere alla domanda di definire il Bitcoin rispose: «Niente è esistito prima e niente esiste oggi che gli assomigli».

Col trascorrere del tempo il Bitcoin potrà certamente progredire, cambiare o dare luogo ad altro e, perfino, divenire desueto; ma mai scomparire del tutto. Il processo innovativo-competitivo è ormai avviato e spetta al mercato globalizzato e alle autorità internazionali di regolazione commerciale-finanziaria definire e delimitare i possibili usi e fini dello strumento Bitcoin.

Dalla sua prima diffusione su scala globale, il "concetto Bitcoin" [95] ha generato una serie di fenomeni emulativi, per cui si sono prodotte, in un tempo relativamente breve, più di una quarantina di crypto-monete [96] che, al fine di attrarre speculatori in cerca di facili guadagni, cercano di percorrere la stessa strada di successo tracciata dal BTC.

Ad oggi, possiamo dividere i soggetti interessati al bitcoin e alla sua tecnologia in quattro gruppi principali:

- I. Soggetti interessati alle opportunità che il sistema Bitcoin offre per lo studio e lo sviluppo della tecnologia *blockchain* e dei suoi possibili e diversi impieghi nella società;
- II. Operatori e gruppi finanziari capaci di investimenti ad alto rischio attraverso attività di *trading*;
- III. Commercianti attratti dai vantaggi economici e dai collegamenti che la valuta bitcoin offre;
- IV. Soggetti dediti a traffici illegali;

I primi costituiscono una categoria variegata, formata tanto da appassionati di sistemi informatici quanto da veri e propri studiosi del fenomeno, facenti

parte di gruppi di ricerca, monitoraggio e sperimentazione delle nuove tecnologie, sovvenzionati da imprese, banche o società private [97].

I secondi, che comunque possono compenetrarsi con gli studiosi del Bitcoin (costituendo però il braccio operativo), rappresentano la parte più consistente dell'insieme, in quanto la natura stessa del bitcoin, non controllata da un ente bancario sovraordinato e quindi non regolata da una disciplina unitaria a livello globale, ha indotto il mercato ad attestarsi su un piano di mera compravendita del "bene" bitcoin, il cui valore variabile è segnato dall'interesse verso il fenomeno, che movimentata il mercato dei *traders* (e i capitali dei privati affidati a questi), che acquistano le criptomonete in cambio di denaro in varia valuta (euro, dollari, yen, *etc.*). La semplicità e la sicurezza (specialmente sotto il profilo della *privacy*) del sistema di scambio, infatti, risultano incentivanti per chiunque abbia interesse e abilità in investimenti ad alto rischio [98].

Il terzo gruppo (i commercianti), sebbene con un numero di operazioni-bitcoin totale annuo inferiore rispetto alle categorie sopracitate, rappresenta la prova tangibile della diffusione e della comune accettazione del bitcoin come valuta di scambio. Come si dirà in seguito, solo in Italia il numero degli esercizi commerciali che si avvalgono di sistemi hardware e software per l'utilizzo di Bitcoin è in rapida crescita [99].

Infine, il quarto insieme, costituito dagli utilizzatori per scopi delinquenti, comprende un vasto numero di soggetti che hanno trovato nel bitcoin, ancora poco conosciuto e con scarso controllo unitario globale, uno strumento adatto per realizzare le transazioni delle proprie attività illecite (dallo spaccio di sostanze stupefacenti al finanziamento dei gruppi terroristici) [100].

Appare chiaro, dunque, che il Bitcoin deve essere inteso come un fenomeno emergente nei sistemi monetari e finanziari [101], che ha avuto, almeno ai suoi inizi, un grande impatto sul pubblico specializzato, aumentando così vertiginosamente il proprio valore [102]. Considerando la natura stessa di ogni singolo bitcoin, in quanto unica, progressiva e finita, poiché originata da una stringa alfanumerica che varia matematicamente da caso a caso, si può tranquillamente affermare che il valore nominale del bitcoin, proprio in relazione alla sua "finitezza" [103] è direttamente proporzionale al numero di utenti che lo "minano" e lo utilizzano.

Riguardo alla sua rapida diffusione, dalla cui geografia non si può prescindere, e volendo analizzare il suo probabile futuro, i paesi "pionieri" risultano tutt'oggi essere la Cina e gli Stati Uniti, seguiti dalla Corea del Sud (in cui il colosso della Nautilus Hyosung ha già installato dispositivi di Bitcoin Bancomat) e da alcuni paesi d'Europa sensibili alle innovazioni nel campo dei software (Finlandia, Spagna, Italia e, ultimamente, Regno Unito). Pur

trattandosi ancora di un fenomeno esiguo, si deve notare che, dopo solo 7 anni, il volume delle transazioni giornaliere in bitcoin si aggira intorno alle 90.000 operazioni e che la capitalizzazione del mercato (tutti i bitcoin moltiplicato il valore di cambio attuale) è di poco inferiore 5 miliardi di dollari [104]. Ciononostante, non si deve certo tralasciare come la crescente affermazione del BTC come forma monetaria sostitutiva dei già consolidati strumenti finanziari/informatici di pagamento, abbia già originato non poche tensioni col mondo della finanza consolidate e con le grandi multinazionali del software [105] [106].

Il bitcoin si presenta, dunque, sul panorama delle valute come un elemento dirompente, dalla tecnologia avanzata (per molti aspetti “oscura” ai non addetti), in un sistema monetario-finanziario ancorato su posizioni concrete ed immanenti.

Il rischio maggiore per il mondo in evoluzione del bitcoin deriva, comunque, non tanto dal fatto che alcuni governi e banche centrali, consapevoli della minaccia bitcoin, attuino misure restrittive e antagoniste [107], ma dalla sua “percezione sociale”. Quest’ultima è da intendersi come elemento chiave di qualsiasi processo di sviluppo di un’innovazione, in quanto percezione, da parte di vaste fasce della società, dei vantaggi e della affidabilità del nuovo strumento e, quindi, richiesta e volontà di farne uso. Parallelamente sul versante finanziario, negli ultimi anni, si sta assistendo al proliferare di compagnie web cambia valuta [108] che cambiano il BTC con valute ufficiali o con altre cripto-monete [109]. Considerato che ognuna di queste società di cambio possiede diverse quotazioni di moneta (con differenziali anche del 10%), si può comprendere bene come il bitcoin di scambio, rappresenti e possa, ancor più in futuro, costituire un’enorme fonte di guadagno da speculazione finanziaria [110]. Se si aggiunge che, come sopradetto, il fenomeno del Bitcoin ha già fatto nascere molte realtà emulative [111], ci si troverà in un prossimo futuro ad avere, in campo finanziario, sempre più tipi di criptomoneta con mutevoli tassi di cambio e diverse caratteristiche tecniche, per cui il sistema previsto dal BTC potrà essere considerato al livello finanziario solo un inizio. Per questo il funzionamento del Bitcoin come realtà finanziaria rappresenta, al pari di un esperimento di laboratorio, un interessante fenomeno, osservato con attenzione da molte società di brokeraggio, che stanno sviluppando e, in parte hanno già messo in atto, meccanismi di trading finanziario che consentano di trattare il BTC al pari delle altre valute del mercato *Forex* [112]. Lo stesso meccanismo di funzionamento dei bitcoin, attraverso la tecnologia della *blockchain*, sta rappresentando per il mondo della finanza un’interessantissima opportunità per dotarsi di nuovi strumenti e meccanismi di trading virtuale sempre più efficienti e sicuri (sono d’esempio il progetto pilota lanciato dalla *Nasdaq*

*Group* [113] o gli investimenti fatti, in tale ambito, dalla *Goldman Sachs* [114]). La tecnologia della *blockchain* potrebbe quindi essere, per le sue caratteristiche di affidabilità, trasparenza e resistenza a manipolazioni o hackeraggi, impiegata per numerosissimi altri scopi. Si va dall'impiego per certificare in maniera univoca e immodificabile, come nel caso della firma digitale, documenti e atti (una sorta di notaio virtuale), all'applicazione sui veicoli a motore di apparecchiature *blockchain*, tipo scatole nere, con funzione "anti-truffa" a vantaggio delle compagnie assicurative, oltre che a possibili utilizzi per rendere impermeabili ad alterazioni esterne molte delle procedure elettorali (dalla raccolta delle firme al computo dei voti) [115].

A livello finanziario muove in questo senso, oltre che con lo spirito di portare trasparenza nel mercato BTC e di regolamentarlo adeguatamente secondo standard rigorosi, la decisione [116] del *New York Stock Exchange* (parte dell'*Intercontinental Exchange*) di quotare in borsa un indice dedicato al Bitcoin, il NYSE Bitcoin Index (ticker NYXBT). L'indice rappresenta giornalmente, alle ore 16 di Londra, il valore in dollari di un bitcoin basato sulle transazioni in corso su determinate piattaforme di scambio della valuta virtuale, operazioni controllate dal *Big Board* e che ne rispettano gli standard di qualità [117].

Un altro aspetto, già ampiamente manifestatosi, del bitcoin riguarda la sua potenziale natura di "bene rifugio" [118], considerando che il forte tasso speculativo e la finitezza del bene-BTC potrebbero indurre, in una situazione di sicurezza dello strumento e insicurezza delle altre valute, i consumatori ad investire in moneta-bit. Diverse società d'investimento (tra cui lo stesso colosso finanziario *Intercontinental Exchange*), infatti, da quando il Bitcoin ha raggiunto la sua punta massima di quotazioni pari a 1.224 dollari US [119], si stanno attrezzando per lanciare derivati specifici sul BTC che possano attribuire ai detentori o produttori profitti sulla base delle fluttuazioni future del valore, come avviene per le materie prime, per i prodotti agricoli o alimentari [120].

Un altro possibile, quasi immediato, sviluppo legato al mondo del Bitcoin è, senza dubbio, quello dei convertitori o distributori di BTC, i cosiddetti Bitcoin Bancomat, che da qualche anno sono sperimentati e, conseguentemente installati, in varie aree del mondo [121]. La creazione e il perfezionamento di tali macchine offrirà alla realtà delle cripto-monete due interessanti benefici: se da una parte la loro installazione in maniera estesa consentirà più possibilità per gli utenti di cambiare o prelevare bitcoin (producendo anche un effetto pubblicitario indiretto a vantaggio della realtà BTC), dall'altra, la messa a punto di bancomat sempre più sofisticati farà progredire la ricerca e sperimentazione di hardware maggiormente efficienti al passo con i nuovi *software* di tipo 3.0, avvantaggiando così il progresso tecnologico generale.

Analizzando i diversi impieghi e sviluppi che il bitcoin ha e potrà avere, non si può dimenticare che il suo aspetto più importante, sicuramente tra i motivi a fondamento della sua stessa nascita, è quello di moneta con potere d'acquisto e valore transattivo. Uno dei primi impieghi del bitcoin è stato, e continua ad essere, quello di moneta o bene di scambio [122], idoneo ad acquistare o vendere beni e servizi. Proprio quest'utilizzazione che, per le sue caratteristiche intrinseche, ne ha fatto un ottimo strumento di pagamento, riservato e accessibile a tutti, porta in se alcune problematiche come la sicurezza e il monitoraggio delle transazioni, tutt'oggi irrisolte. La vera sfida che il futuro pone al bitcoin e al suo mondo è, certamente, quella riguardante la sicurezza dei suoi impieghi al doppio scopo, sia di proteggere gli utilizzatori e i consumatori da eventuali truffe o illeciti negoziali (che possono svilupparsi a causa dell'irreversibilità delle transazioni in BTC), sia di monitorare e reprimere sul nascere fenomeni transattivi illeciti, legati alla richiesta di prestazioni o beni vietati per legge o, peggio, agli interessi di criminalità organizzate o gruppi terroristici. Famoso, a quest'ultimo proposito, è il caso del sito americano di commercio elettronico *Silk Road* che, attraverso i servizi nascosti del software di anonimato *Tor* e grazie alle transazioni operate in bitcoin, garantiva agli utenti lo spaccio e la compravendita di sostanze psicotrope e stupefacenti o di altri servizi illeciti, messi in vendita dalla criminalità. Il sito, più volte chiuso dall'FBI [123] ed oggi aperto sotto il nome di *Silk Road 3.0*, ha dimostrato che la paura e la diffidenza nutrita da molti paesi nei confronti del BTC sono realmente fondate, sia per la possibilità che tali tecnologie possano essere utilizzate per scopi delinquenziali, sia per l'impossibilità degli Stati di controllare e contrastare adeguatamente gli illeciti in criptovaluta.

Il problema risiede, oltre che nella natura ontologica del bitcoin, nel fatto che non c'è, a livello internazionale, una definizione giuridica di bitcoin e, quindi, a causa della mancanza di una definizione standard, idonea a tutelare il mercato globalizzato, molti Paesi (come la stessa Italia) affrontano le problematiche inerenti il BTC avendo, in materia, un vero vuoto normativo. Per contrastare il fenomeno degli usi illeciti della tecnologia Bitcoin, la stessa rete degli utenti e *miners* BTC sta elaborando, in attesa di una normativa globale, alcune interessanti ipotesi di controllo e autoregolamentazione: una di queste consisterebbe in una sorta di "autotutela" degli utenti [124], fondata su teorie che propendono per l'autoregolamentazione del sistema attraverso meccanismi di reputazione e servizi di custodia e garanzia; un'altra, invece, rimetterebbe la regolazione agli operatori del mercato, facendo ricadere sulle transazioni in bitcoin la normativa, presente in alcuni Stati, in materia di *money service business*.

Volendo restringere il campo di analisi degli sviluppi e dei possibili implementi al nostro Paese si deve, quindi, considerare preliminarmente che in Italia manca del tutto una struttura giuridica dedicata al tema BTC, essendoci in materia un completo vuoto normativo [125]. Questo stato della legislazione può essere in parte giustificato dal fatto che (escludendo alcuni esempi e luoghi, come *CoinCapital* e il *BitCoin Caffè* di Roma, da considerare più un fenomeno “di nicchia”) l’interesse finanziario verso il concreto uso della cripto-moneta non è ancora molto diffuso, ma potrebbe aumentare nel caso gli utilizzatori del bitcoin riuscissero a crescere economicamente grazie a una prevedibile crescita di interesse per il mercato della criptomoneta. Dagli studi del “*Gruppo di Studio Progetto Bitcoin Crowdfunding*” [126], infatti, emerge che nel sistema degli scambi in bitcoin sono presenti numerose attività operanti attraverso lo scambio continuo di piccole quantità di bitcoin. Considerato che queste piccole imprese, quasi mononucleari, non sono in grado di essere finanziate attraverso meccanismi ordinari (donazioni o sistemi di *equity* e *crowdfunding*), si potrebbe verificare il caso per cui il bitcoin possa diventare un mezzo idoneo a finanziare tali realtà dato che i più chiedono donazioni attraverso il proprio sito.

Riguardo al futuro della distribuzione dei BTC (attraverso i cosiddetti Bitcoin Bancomat), anche l’Italia può essere considerata tra i Paesi all’avanguardia e innovatori del settore. Poco tempo fa è stato realizzato, dai ragazzi di *CoinCapital*, con la collaborazione di diverse startup e professionisti del settore, il primo prototipo tutto italiano di distributore “bancomat” di bitcoin. Il prodotto risponde perfettamente ai requisiti di sicurezza e affidabilità richiesti dall’emergente mercato del settore [127], ponendo il nostro Paese, rispetto a molti altri, in una posizione di netto vantaggio nel possibile sviluppo di tecnologie e industrie legate alla produzione di bitcoin bancomat. Anche il Mezzogiorno contribuisce attivamente allo sviluppo del Bitcoin: un sondaggio dell’ANSA rivela, infatti, che la Sicilia è leader in Italia nella sperimentazione del Bitcoin. Secondo inoltre quanto censito dal settimanale del Centro Pio La Torre “*A sud’Europa*”, sarebbero una trentina gli esercizi commerciali che attualmente nel Sud accetterebbero i pagamenti con la formula *peer to peer* dei BTC, 15 dei quali si troverebbero nell’isola [128].

In merito ai possibili scenari che si potrebbero sviluppare dall’implementazione del sistema dello scambio in bitcoin e dallo studio della loro tecnologia, si segnala nella realtà italiana la fondazione (il 18 febbraio 2015) di una prima associazione di categoria, la “*AssoB.it*”, per imprese attive nel campo nella *blockchain* [129].

Sempre nel campo della ricerca legata all’universo del Bitcoin, anche la LUISS (Libera Università Internazionale degli Studi Sociali) di Roma ha conquistato un onorevole primato grazie al progetto “*Discover Bitcoin*” [130], avviato su

iniziativa spontanea di alcuni studenti del Dipartimento di Economia e Finanza [131]. Il progetto si pone l'obiettivo, anche attraverso l'importante collaborazione del Centro di Ricerca Arcelli per gli Studi Monetari e Finanziari LUISS (CASMEF), nonché di alcuni giovani talenti del team di *Google Developers*, di strutturare un osservatorio, incentrato sull'analisi accademica e sulla ricerca nel campo degli sviluppi futuri al livello monetario e finanziario della risorsa digitale del Bitcoin.

In conclusione, si può affermare che l'universo dei bitcoin sia ancora tutto da esplorare, che forzi le categorie attraverso cui siamo abituati a pensare, costringendoci a mettere in discussione concetti, come quello di moneta, che ci sono sembrati per anni un porto sicuro. L'evoluzione ci porta continuamente a superarci, come uomini e come giuristi, economisti, studiosi; più il bagaglio delle nostre conoscenze si amplia, più aumenta l'orizzonte davanti a noi, con una prospettiva che man mano si allontana. Spesso l'evento iniziale è fortuito, casuale: Nakamoto crea i bitcoin probabilmente senza la cognizione piena di tutto ciò che la sua invenzione comporta, ma una volta affermata, essa entra nel campo della necessità, ci costringe a fare i conti con le nostre categorie, quella di moneta, per esempio, perché non è detto che se i bitcoin sono una moneta diversa dalle monete che conosciamo, allora non siano una moneta.

Si auspica, pertanto, che il Bitcoin, la cui era è solamente all'inizio, con la dovuta sperimentazione e ricerca e con l'opportuna legislazione a riguardo, possa diventare nel prossimo futuro una risorsa importante per le economie di molti Paesi.

---

Note:

[\*] L'ordine degli autori rispecchia la redazione dei paragrafi.

[\*\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Utilizziamo questo termine per semplificare e rendere immediata la comprensione del fenomeno, ma come chiariremo in seguito, il bitcoin presenta differenze sia rispetto alla moneta in senso tradizionale, sia rispetto alla moneta elettronica.

[2] Software open source (termine inglese che significa codice sorgente aperto), in informatica indica un software i cui autori (più precisamente i detentori dei diritti), ne permettono e favoriscono il libero studio e l'apporto di modifiche da parte di altri programmatori indipendenti (la definizione è stata presa dal sito italiano di Wikipedia, uno dei più classici e palesi esempi

di software open source e open content, ovvero in cui non tanto il codice sorgente, ma i suoi contenuti editoriali, possono essere liberamente modificati dagli utenti).

[3] Per tale si intende una rete informatica paritaria, i cui nodi non sono gerarchizzati secondo lo schema fisso server e client, ma sotto forma di nodi equivalenti che possono fungere sia da servente che da cliente verso gli altri nodi.

[4] *Infra*, par. 2.

[5] Il programma b-money permetteva la creazione di una rete in cui i soggetti venivano identificati come utenti digitali da un identificativo consistente in una stringa di numeri; cfr. P. Franco, *Understanding Bitcoin: cryptography, engineering and economics*, Hoboken (Stati Uniti d'America), 2015, p. 164.

[6] Il programma Bitgold si basava su un protocollo di lettura, un sistema di chiavi pubbliche e private e su una serie di “blocchi” di transazioni controllate, al fine di non rendere possibile la doppia spesa di monete (cfr. *ibidem*).

[7] Sia soggetti che curano la divulgazione informativa su Bitcoin (ad es. Bitcoin Foundation Italia) che attività commerciali - tra cui bar, ristoranti e alberghi - i quali hanno aggiunto tra i propri sistemi di pagamento i bitcoin.

[8] R. Borruso; S. Russo; C. Tiberi, *L'informatica per il giurista. Dal Bit a internet*, Milano, 2009, p. 59.

[9] G. De Palma, *Affare Bitcoin. Pagare col p2p e senza banche centrali*, (ebook), 2013, p. 13.

[10] D. Capoti; E. Colacchi; M. Iaggioni, *Bitcoin Revolution: La moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano, 2015, p. 19.

[11] A. Simeone; D. Mancini; A. Ianaro, *Bitcoin - Guida all'uso*, Piove di Sacco (PD), 2014; v. anche G. Arangüena, *Bitcoin. L'altra faccia della moneta*, Firenze, 2014.

[12] B. Guttman, *BITCOIN: Guida completa*, Milano, 2014, p. 255 ss.

[13] Per un ulteriore approfondimento, si consiglia la lettura di S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, 2008, in sito Internet [bitcoin.org/bitcoin.pdf](http://bitcoin.org/bitcoin.pdf).

[14] Costituiscono mezzo di pagamento virtuale di 1° tipo, gli strumenti che permettono l'acquisto di beni e servizi digitali all'interno di una comunità; mentre fanno parte del 2° tipo, gli strumenti che consentono l'acquisto dei soli beni virtuali.

[15] Negli ultimi tempi si è iniziato ad utilizzare un'espressione più precisa, dal punto di vista economico e monetario, per indicare il bitcoin, definito come “Valuta Virtuale” (o “V.V.”). Secondo la definizione data dalla BCE, le V.V. sono «rappresentazioni digitali di valore non emesse da una banca

centrale o da un'autorità pubblica. Esse non sono necessariamente collegate a una valuta avente corso legale, ma sono utilizzate come mezzo di scambio o detenute a scopo di investimento e possono essere trasferite, archiviate e negoziate elettronicamente. Le V.V. non sono moneta legale e non devono essere confuse con la moneta elettronica».

[16] Art. 1277 c.c. (Debito di somma di danaro) «I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale.

Se la somma dovuta era determinata in una moneta che non ha più corso legale al tempo del pagamento, questo deve farsi in moneta legale raggugliata per valore alla prima».

[17] C. Imbriani; A. Lopes, *Macroeconomia. Mercati, Istituzioni Finanziarie, Politiche*, Torino, 2013.

[18] V. [www.bitcoin.org](http://www.bitcoin.org); De Palma G., *Affare bitcoin. Pagare col P2P e senza banche centrali*; D. Jaromil Roio, *Bitcoin, la fine del tabù della moneta*, su [www.ffmpeg.org](http://www.ffmpeg.org).

[19] Inoltre, il bitcoin difetta di taluni requisiti tradizionalmente propri della moneta. Nello specifico, la criptomoneta di Satoshi Nakamoto possiede il requisito dell'accettabilità generale (i cui presupposti sono individuabili nella durevolezza, nella fungibilità, nella trasportabilità e nella quantità limitata) e dell'assenza di costi di transazione (anzi, sotto questo punto di vista bitcoin soddisfa il requisito anche meglio della moneta elettronica), ma difetta del valore facciale (nel senso che la moneta deve riportare direttamente sul suo recto il valore nominale che le è attribuito; la dottrina economica richiede che tale valore sia anche invariabile, nel senso che una moneta ad esempio di un euro dovrà riportare sulla sua faccia sempre il valore di un euro, al di là del potere di acquisto di questa o del suo valore rispetto ad altre monete, ad esempio il dollaro), del rendimento nullo per il portatore (nel senso che non deriva alcuna utilità al portatore dal non investimento finanziario della moneta) e del cd. zero-maturity (cioè la disponibilità e spendibilità immediata al valore facciale, che corrisponde al valore attuale della moneta).

[20] M. Amato; L. Fantucci, *Moneta complementare. Sai cos'è?* Milano, 2013; si veda anche [www.monetacomplementare.org](http://www.monetacomplementare.org).

[21] La "moneta complementare" è uno strumento con cui è possibile scambiare beni e servizi affiancando il denaro ufficiale (rispetto al quale è per l'appunto "complementare"). Solitamente questa non ha corso legale e viene accettata su base volontaria, il che contribuisce ad identificare la comunità all'interno della quale è usata, in modo non troppo dissimile dai vantaggi di una tessera associativa.

[22] CGUE, C-264/14, Skatteverket / David Hedqvist. Un interessante commento è S. Capaccioli, A comment to Court of Justice Judgement C-264/14 on Bitcoin Vat Exemption, in [www.coinlexit.wordpress.com](http://www.coinlexit.wordpress.com).

[23] È vero che Bitcoin opera ad un livello di trasparenza senza precedenti. Tutte le transazioni di Bitcoin sono pubbliche, tracciabili e raccolte in maniera permanente nella rete di Bitcoin. Gli indirizzi di Bitcoin sono le uniche informazioni utilizzate per definire dove si trovano i bitcoin, e dove sono inviati. Tali indirizzi sono creati privatamente dai portafogli di ciascun utente. Il software permette al contempo un elevato livello di privacy, dal momento che ogni indirizzo consiste in una stringa di numeri, quindi completamente anonima (solo in rari e più recenti casi gli utenti devono rivelare la propria identità per poter ricevere servizi o beni, perdendo così il loro anonimato). Tuttavia, una volta che gli indirizzi vengono utilizzati, sono corrotti dalla storia di tutte le transazioni con cui sono coinvolti. Tutti possono vedere il bilancio e tutte le transazioni di ogni indirizzo, ma esistono sistemi che permettono di isolare ogni singola transazione creando portafogli ad hoc da utilizzare una sola volta, isolando ogni singola transazione, in modo tale da non rendere possibile la loro associazione globale. L'uso di Bitcoin per le transazioni online diviene così strumento per riciclaggio di denaro, finanziamento del terrorismo e delle mafie, e in generale, per traffici illeciti. Le monete virtuali, nello spazio virtuale dove avvengono, giornalmente, migliaia di trattative illecite, possono così dar luogo, truffe a parte, a forti speculazioni e a complesse operazioni di riciclaggio internazionale.

[24] Sicuramente è il caso di accennare al fatto che alcuni Paesi stanno cercando di colmare il vuoto normativo in cui aleggiano i bitcoin, tra questi gli Stati Uniti e la Germania. L'Italia, invece, tramite un emendamento presentato al Senato da SEL, nel Gennaio 2014, ha tentato invano di rendere obbligatoria l'identificazione del titolare per transazioni in bitcoin al di sopra dei 1000 euro.

[25] Secondo cui "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti". Si veda quanto proposto in A. Simeone; D. Mancini; A. Ianaro, Bitcoin – Guida all'uso, cit., pp. 94 ss.

[26] Configurando i bitcoin come "bene" ai sensi dell'art. 810 c.c., ne risulterebbe il contratto di compravendita attraverso coin come contratto di permuta ex artt. 1552 ss. c.c.. Le implicazioni di tale ricostruzione sarebbero varie:

- Il coin riceverebbe la disciplina che più si avvicina all'attuale situazione "materiale" (in cui il bitcoin non è altro che un "qualcosa" a cui un numero indefinito e per ora indefinibile di soggetti attribuisce un valore, tanto da desiderare di scambiare beni, servizi o denaro per ottenerlo);

- L'ordinamento avrebbe già ora uno strumento per rispondere ai casi di double spending, in quanto l'art. 1553 c.c. prevede espressamente che "Il permutante, se ha sofferto l'evizione e non intende riavere la cosa data, ha diritto al valore della cosa evitta, secondo le norme stabilite per la vendita, salvo in ogni caso il risarcimento del danno".

Pertanto, in caso di doppia spendita di bitcoin, il permutante potrebbe decidere di riottenere il bene, servizio, denaro ceduto, ovvero farsi devolvere un corrispettivo in denaro, parametrato al valore del bene o servizio reso (nel caso di denaro non sussiste invece differenza alcuna, se non quella inerente all'eventuale inflazione-deflazione della moneta).

La soluzione è però solo apparente, in quanto appare difficile per l'attuale sistema Bitcoin, risalire al soggetto che ha (doppiamente) speso i suoi coin, al fine di ottenere la restituzione dei beni o l'equivalente in denaro, oltre al risarcimento dell'eventuale danno.

Inoltre, la regola a nulla appare utile nell'ipotesi opposta, ovvero nei casi in cui a subire l'evizione sia il soggetto che ha speso coin: quest'ultimo, infatti, se volesse riottenere quanto dato, dovrebbe richiedere una nuova transazione (con relativi costi) alla controparte. Ci si troverebbe pertanto non più in un'ipotesi di obbligo di dare (*rectius*, restituire), ma di fare, con tutte le conseguenze che sul piano processuale e sostanziale ciò comporta.

Ai sensi dell'art. 1554 c.c. «Salvo patto contrario, le spese della permuta e le altre accessorie sono a carico di entrambi i contraenti in parti uguali», tale regola non vale a oggi per il sistema Bitcoin, in cui la commissione è di solito pagata dal soggetto che spende i coin, nei casi in cui ovviamente qualche commissione venga effettivamente pagata.

[27] Questo in quanto, la tradizionale dottrina - tra tutti, P. Cendon, Commentario al Codice Civile, Torino, 2001, p. 1274 - ritiene che possano essere comprese in questa categoria solo quelle entità che realizzino un apporto creativo, non presente nel singolo coin, e soddisfino l'ulteriore requisito della riproducibilità (concetto in forza del quale la creazione di coin deve essere suscettibile di essere riprodotta in un numero di esemplari indefinito; mentre il singolo bitcoin, rimane unico e non riproducibile, se non patologicamente).

[28] Insegnamento più volte ribadito da Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 1971, n. 481, ai sensi del quale «ai fini del delitto di furto, non sono da considerare cose mobili le entità immateriali e, in particolare, i prodotti immateriali del pensiero, dell'ingegno e dell'attività umana, in quanto tali ed in sé considerati», precisando peraltro che «quando queste entità o prodotti immateriali vengano trasfusi in una cosa materiale, corporea, quest'ultima perde (in tutto od in parte) la sua rilevanza per il suo valore intrinseco ed acquista quella inerente allo interesse relativo al prodotto intellettuale in essa

incorporato, il quale, pertanto, viene in considerazione come oggetto primario della sottrazione e dell'impossessamento, unitamente alla cosa mobile in cui si è materializzato». Il bitcoin, come visto, non può essere trasfuso in una cosa materiale; pertanto, non si può realizzare la fattispecie di furto. Ad esso, inoltre, non potrebbe nemmeno applicarsi la disciplina prevista per le opere dell'ingegno in quanto non registrabile (anche data l'incertezza sull'identità dell'autore).

[29] Cfr. Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, in Guida al diritto, 2010, 38, p. 90, ai sensi del quale «oggetto materiale del reato di appropriazione indebita può essere solo il denaro o altra cosa mobile, e non certo un bene immateriale, come la proprietà industriale o le opere dell'ingegno, che, semmai, possono essere oggetto di appropriazione con riferimento ai documenti intesi nella loro cartacea fisicità che detti beni immateriali contengano e riportino».

[30] Inoltre l'art. 20 del medesimo decreto si preoccupa di precisare che: «Il documento informatico da chiunque formato, la memorizzazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'articolo 71, sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice».

[31] Ai sensi del quale, rispettivamente:

- Art. 1 (Operazioni imponibili): «L'imposta sul valore aggiunto si applica sulle cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nel territorio dello Stato nell'esercizio di imprese o nell'esercizio di arti e professioni e sulle importazioni da chiunque effettuate»;

- Art. 2 (Cessioni di beni), c. 1: «Costituiscono cessioni di beni gli atti a titolo oneroso che importano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di diritti reali di godimento su beni di ogni genere».

[32] Sui vantaggi e i rischi per i commercianti, derivanti dall'uso del sistema Bitcoin, si prenda visione di A. Longo, Bitcoin, i rischi e i vantaggi per gli esercenti, in [www.pagamentidigitali.it](http://www.pagamentidigitali.it), pubblicato il 19/03/2014.

[33] V. Amenta, Fourth generation, cit., p. 11.

[34] E. Bassoli, Forme di pagamento elettronico e strumenti finanziari informatici, in G. Cassano; G. Scorza; G. Vaciago, Diritto dell'internet: manuale operativo: casi, legislazione, giurisprudenza, Padova, Milano, 2013, pp. 272-274.

[35] P. Pacileo, La moneta elettronica, in S. Sica; V. Zeno Zencovich, Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione, Padova, 2014, p. 533, che nell'ultima edizione inserisce il termine digitalmoney al posto di e-money, presente nella precedente edizione. Si sta diffondendo anche la m-money, un sistema che manterrebbe il denaro sul cellulare, esattamente come manteniamo un "credito" sul cellulare per eseguire le telefonate, per un

cenno cfr. M.C. Malaguti, I pagamenti elettronici, in G. Finocchiaro; F. Delfini, Diritto dell'informatica, Milano, 2014, p. 694.

[36] Per una ricostruzione interessante, cfr. T. Pasquino, Il pagamento, in D. Valentino (a cura di), Manuale di diritto dell'Informatica, Napoli, 2011, pp. 335-338.

[37] Fenomeno descritto da M. Dona; L. Cecconi, L'autoregolamentazione sulla rete, in D. Valentino (a cura di), Manuale di diritto dell'Informatica, cit., pp. 43-68.

[38] R. Martelli, Profili giuridici della moneta elettronica, in F.A. Maschio (a cura di), Il diritto della nuova economia, Padova, 2002, p. 283.

[39] Tale ricostruzione della moneta elettronica è propedeutica ad una ricostruzione del fenomeno bitcoin. Per un approfondimento sugli istituti giuridici applicabili alla moneta elettronica cfr. G. Guerrieri, I rischi connessi alla circolazione della moneta elettronica, in Nuove leggi civ., 2014, pp. 1043-1087. Si consiglia anche, per una ricostruzione più generale, M. Onza, La "trasparenza" dei "servizi di pagamento" in Italia, in Banca borsa tit. cred., 2013, 5, pp. 577-618.

[40] Negli Stati Uniti non esiste un'espressa disciplina in materia di moneta elettronica: alle transazioni tra consumatori tramite la rete ed ai pagamenti collegati, è applicabile la disciplina dell'Electronic Funds Transfer Act del 1978, mentre alle operazioni commerciali è applicabile la disciplina dello Uniform Commercial Code, cfr. P. Pacileo, La moneta elettronica, cit., p. 537.

[41] CNEL, Osservazioni e proposte del 23/01/2014.

[42] Le origini di tale fenomeno possono essere ricondotte al giornalista francese Roland Moreno, il quale, nel 1974, brevettò la c.d. smart card, ossia una tessera a banda magnetica con microprocessore incorporato, dotato della capacità di memorizzazione di una notevole quantità di dati. Cfr. G. Olivieri, Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento, Milano, 2002, p. 247.

[43] All'epoca si registrava un'inarrestabile diffusione dei c.d. IMEL (istituto di emissione di moneta elettronica autorizzato) in Gran Bretagna e il legislatore comunitario sentì l'esigenza di disciplinare la moneta elettronica. Cfr. P. Pacileo, La moneta elettronica, cit., p. 537.

[44] Raccomandazione 97/489/CE, Considerando n° 2.

[45] Ibidem, Considerando n°1.

[46] Ibidem, Considerando n°4.

[47] BCE, Report on electronic money, Annex 1, Frankfurt, 1998.

[48] Legge n. 39 del 1 marzo 2002 (attuativa della direttiva 2000/46/CE), art. 55, lett. h-ter).

[49] G. Guerrieri, La moneta elettronica: profili di diritto privato, in Nuove leggi civ., 2013, p. 756.

[50] Ivi.

[51] «Servizi basati su strumenti che possono essere utilizzati per acquistare beni o servizi solo nella sede utilizzata dall'emittente o in base ad un accordo commerciale con l'emittente, all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi o per una gamma limitata di beni o servizi».

[52] «Operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo, a condizione che l'operatore di telecomunicazione, digitale o informatico, non agisca esclusivamente quale intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore dei beni e servizi».

[53] G. Ciacci, *Pagamenti elettronici e moneta elettronica*, La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico, Tomo II, Milano, 2012, p. 539.

[54] In passato si è discusso della possibilità di estinguere le obbligazioni pecuniarie con la moneta elettronica. Parte della dottrina riteneva che il consenso richiesto dall'art. 1197 c.c. potesse considerarsi implicito nell'adesione ad un sistema elettronico di trasferimento fondi e nell'accettazione dell'accredito, spingendosi anche ad ipotizzare una presunzione generale di consenso da parte dei soggetti che non abbiano manifestato apertamente il proprio dissenso, cfr. R. Martelli, *Profili giuridici della moneta elettronica*, in F. Maschio (a cura di), *Il diritto della nuova economia*, Padova, 2002, p. 285.

[55] P. Pacileo, *La moneta elettronica*, cit., p. 539. Da segnalare la teoria che si basa invece sull'art. 1175 c.c., che stabilisce il dovere di correttezza tra creditore e debitore. Si sostiene infatti, che qualora si trattasse di pratica costante per il tipo di affare o preesistente tra le parti, il creditore non possa rifiutare il pagamento in moneta elettronica, se non adducendo specifici motivi.

[56] La differenza con un conto corrente bancario tradizionale è che non permette scoperti e non paga interessi.

[57] Il diritto al rimborso ha una prescrizione decennale.

[58] Art. 114 bis, co. 3, d.lgs. 385/1993.

[59] La disciplina degli IMEL è contenuta nel TUB: titoli V-bis (artt. 114 bis-114 quinquies), rubricato "Istituti di moneta elettronica". Tale novella ha consentito di non modificare la disciplina delle banche. Per un approfondimento, cfr. G. Guerrieri, *La moneta elettronica*, cit., p. 749-752.

[60] P. Pacileo, *La moneta elettronica*, cit., p. 546.

[61] È stata una delle principali piattaforme di scambio di bitcoin. Il suo CEO, Mark Karpeles, ha ufficializzato la notizia dell'avvenuto furto nel gennaio del

2014. Il bottino di hackeraggio ammonta a circa 850.000 bitcoin (di proprietà di migliaia di utenti per la quota di 750.000 bitcoin e della società per i restanti centomila) che monetizzati, per gli allora “tassi di cambio”, raggiungevano l’esorbitante cifra di 345 milioni di euro.

[62] La canadese Flexicoin, oggetto di un furto di circa 900 bitcoin, quantificabili in 600.000 dollari (per di più a pochissimi giorni dal milionario furto a Mt.Gox); anche la Bitcoin Internet Payment Services (BIPS) danese ha visto sottrarsi 1.300 monete per un ammontare di più di un milione di dollari; infine anche il principale portale europeo di servizi finanziari legati alla criptovaluta, Bitstamp, ha visto sottrarsi 5 milioni di dollari nello scorso gennaio.

[63] Fonte: [www.bloomberg.com/news/articles/2013-12-05/china-s-pboc-bans-financial-companies-from-bitcoin-transactions](http://www.bloomberg.com/news/articles/2013-12-05/china-s-pboc-bans-financial-companies-from-bitcoin-transactions).

[64] Fonte: [www.financemagnates.com](http://www.financemagnates.com).

[65] Mentre il restante 20% risulta così diviso: 19% in dollari americani, 1% in euro.

[66] Questo grazie a molti fattori favorevoli concomitanti come elettricità a buon mercato, sviluppate infrastrutture, prodotti elettronici a basso costo ed infine l’evidente potenza economica del Paese stesso.

[67] Con una circolare intitolata On Using Virtual Currencies, Specifically Bitcoin, in Transactions del 27 gennaio 2014.

[68] Fonte: [www.rt.com/news/222215-russia-bans-bitcoin-sites](http://www.rt.com/news/222215-russia-bans-bitcoin-sites).

[69] A. Simeone; D. Mancini; A. Ianiro, BITCOIN – Guida all’uso, cit., p. 86.

[70] Altri Paesi che assumono simili politiche restrittive nei confronti della cripto-valuta sono: Bangladesh, Estonia, India, Indonesia, Libano e Taiwan.

[71] La cui Banca Centrale per prima ha dichiarato l’illegalità delle monete digitali.

[72] Qui la Banca Centrale di Bolivia, con una dichiarazione ufficiale risalente al giugno del 2014, ha confermato la non legalità del Bitcoin.

[73] Votazione parlamentare del 23 luglio 2014; cfr. [www.cnn.com](http://www.cnn.com).

[74] Preoccupazioni esternate dal responsabile della supervisione dei mercati della Banca Centrale d’Irlanda, Gareth Murphy, alla Conferenza Bitfin tenutasi gli scorsi 3-4 luglio a Dublino; [www.bitfin.com](http://www.bitfin.com).

[75] Fonte: [www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/avvertenza-valute-virtuali)

[76] Fonte: [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu)

[77] Nel settembre 2015 è stato inaugurato un nuovo ed ufficiale portale di cambio valuta, cfr. [www.pagamentidigitali.it/innovazione/579\\_australia-bitcoin-e-moneta-corrente-ai-fini-della-tassazione.htm](http://www.pagamentidigitali.it/innovazione/579_australia-bitcoin-e-moneta-corrente-ai-fini-della-tassazione.htm).

[78] Fonte: [www.coindesk.com](http://www.coindesk.com). Partendo dalle richieste degli interessati, capeggiati da Ronald Tucker quale presidente della Digital Currency

Commerce Association, è stato proposto al Senato australiano un disegno di legge per l'autoregolamentazione.

[79] Il Virtual Currency Schemes fu il primo documento nel quale venne sistematicamente affrontato il tema Bitcoin, risalente all'ottobre 2012; ad ogni modo ad un primo entusiasmo la Banca Centrale Europea sostituì serie preoccupazione e riserve per tale sistema di pagamento.

[80] Fonte: [www.eba.europa.eu](http://www.eba.europa.eu).

[81] Categorizzando esplicitamente i Bitcoin come "unità di conto" e "forma di moneta privata".

[82] Per approfondimento vedi il caso inglese di Kingston upon Hull; cittadina dello Yorkshire che, per tagli alla spesa pubblica, ha inventato l'Hullcoin, una moneta elettronica sullo stampo del Bitcoin per pagare servizi cittadini. Per ulteriori notizie, cfr. [www.coindesk.com](http://www.coindesk.com).

[83] Fonte: [www.bankofengland.co.uk](http://www.bankofengland.co.uk). È d'obbligo evidenziare come in realtà la Banca Centrale d'Inghilterra non si riferisca esplicitamente ai bitcoin, ma alle cripto-valute in generale.

[84]

Fonte:

[www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/2015/840.aspx](http://www.bankofengland.co.uk/publications/Pages/speeches/2015/840.aspx).

[85] Gli USA a ben vedere hanno optato per un approccio meramente descrittivo del fenomeno Bitcoin e tra l'altro ai soli fini della loro rilevanza fiscale. Questi vengono definiti, in assenza di specifiche soluzioni al problema, come una property (più o meno il corrispettivo italiano del bene ex articolo 810 c.c.). È indubbio che bitcoin sia una "cosa" a cui determinati soggetti privati, per motivi del tutto personali, hanno attribuito e attribuiscono un valore, in quanto si manifestano disposti a pagare un prezzo per ottenerlo e a scambiarlo con beni e servizi. Alla luce di tale considerazione, gli USA hanno parificato il bitcoin a "valori" quali l'oro, l'argento, etc., con il conseguente risultato di rendere rilevante ai fini fiscali anche il possesso e lo scambio di tale "bene", attraverso la previsione della corresponsione di una percentuale sul valore "di mercato" dei bitcoin posseduti nel proprio wallet da parte dei soggetti privati. Sebbene la risposta non appaia del tutto sbagliata, non risulta però neppure soddisfacente. Una normativa inerente Bitcoin non può fermarsi alla mera descrizione del fenomeno così come appare oggi, ma deve "lanciarsi" in un'attività di inquadramento creativo dell'oggetto. I motivi sono presto detti. La risposta americana si scontra inesorabilmente con l'anonimato personale proprio di Bitcoin: se i privati denunciano il possesso di un wallet contenente bitcoin, e perciò legano quelle stringhe alfanumeriche alla loro identità, nulla quaestio; ma se il privato decidesse di non uscire allo scoperto, non sussisterebbe modo per risalire dal wallet al soggetto fisico cui i coin appartengono.

[86] Grazie anche ad alcune pronunce favorevoli di giudici degli Stati federati, vedi il caso Securities and Exchange commission VS Tredon T. Shovers and Bitcoin savings and trust dello Stato del Texas.

[87] È importante il report del Dipartimento del Tesoro Americano Virtual Currency del 2013 con il quale si tentava una classificazione della moneta digitale.

[88] Dopo una prima importante audizione al Senato americano, tenutasi nel Novembre del 2013, il fermo del Bitcoin è stato causato anche dallo scandalo Silk Road, che ha visto protagonisti alcuni funzionari pubblici, di cui si parlerà più avanti.

[89] Altro paese che si è dimostrato propositivo è la Svizzera; la sua Autorità di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) ha rimodulato i propri schemi finanziari ordinamentali includendo informazioni e linee guida anche sui bitcoin, dimostrando interesse per l'argomento.

[90] Il potere d'acquisto del Riyal s'è dimezzato tra 2012-2013.

[91] Per venire incontro alle domande dei cittadini iraniani, sul finire del 2013 venne creato un piccolo sito Iran Bitcoiners, che è servito per "l'educazione informatica" al Bitcoin.

[92] In questo caso si deve parlare di differenti monete digitali, quali M-Pesa, Tagpesa e Bitpesa (solo questi ultimi sono i bitcoin di cui parliamo).

[93] Anche la Tanzania sta vivendo questa "invasione" delle criptovalute, le quali stanno stravolgendo totalmente il volto del Paese, come osservato in [www.bitcoin-italia.org](http://www.bitcoin-italia.org).

[94] Preme assolutamente far notare al lettore come, al di là degli sviluppi che Bitcoin avrà, la tecnologia di supporto è costituita da un algoritmo rivoluzionario che ha già cambiato la storia e che resterà. La tecnologia introdotta dalla blockchain, rappresenta una novità assoluta, in quanto non è mai esistito un programma del genere ed è uno strumento che inevitabilmente rappresenta il futuro. A tale riguardo, può essere da esempio il caso di Ethereum, piattaforma digitale decentralizzata del Web 3.0, che dal dicembre 2013, sfruttando la tecnologia introdotta dal sistema dei Bitcoin, consente agli utenti la creazione e la diffusione dei contratti intelligenti, anche detti Smart Contract.

[95] Comprendendo in tale definizione sia l'idea ispiratrice su cui si fonda il BTC, che la tecnologia "delle stringhe numeriche" che ne permette, attraverso processi di elaborazione e calcolo informatico, la creazione e la diffusione.

[96] Tra queste, che secondo il Wall Street Journal sarebbero molto più numerose (almeno 80), le più note per uso e valore attribuito sono: Litecoin (Ł), Peercoin (PPC), Quark (QRK), Namecoin (NMC), Feathercoin (FTC), Primecoin (PPC), Dogecoin (DOGE) Coinye, Primecoin (XPM o ψ), Datacoin(DTC), GlobalBoost-Y e la nuova Ethereum (Ξ), il cui rilascio della

prima versione “live” della piattaforma (versione Frontier) è avvenuto il 30 luglio 2015.

[97] G. Arangüena; S. Caroli; L. Nicoli; M. Rizzati; F. Chiari, Bitcoin – L'altra faccia della moneta, ebook, 26 febbraio 2014.

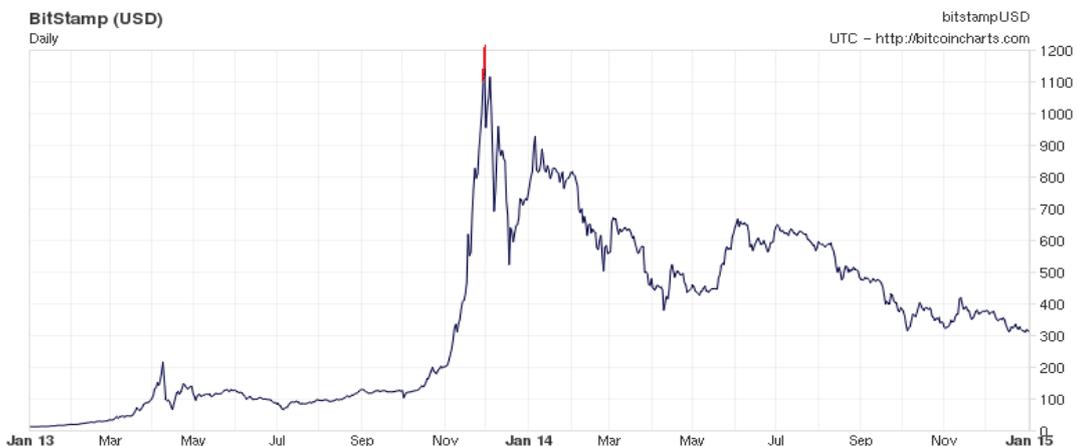
[98] Non è un caso che da più parti si sia paragonato l'investimento in bitcoin a quello sui derivati. v. F. Bisozzi, Bitcoin, parla Guido Rossi: è uno strumento rischioso, come i derivati, può stravolgere le regole del capitalismo, articolo edito su HuffingtonPost.it il 16/04/2013 (aggiornato il 16/06/2013).

[99] Per maggiori dati sull'aumento del numero di commercianti che iniziano ad utilizzare il sistema Bitcoin, rimandiamo all'inchiesta di A. Longo, Bitcoin, i rischi e i vantaggi per gli esercenti, edita su [www.pagamentidigitali.it](http://www.pagamentidigitali.it) il 19/03/2014 (che riporta il dato di Coinmap.org, secondo cui sarebbero circa 200 gli esercenti italiani che si sono dotati di un sistema Bitcoin) e a N. D'Antuono, Pagamenti: il bitcoin si diffonde nel Sud Italia, articolo edito su [www.foreinxo.it](http://www.foreinxo.it) il 03/05/2014.

[100] Si vedano a tale proposito il report The Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA), 2015, di Europol e il paper Measuring the Longitudinal Evolution of the Online Anonymous Marketplace Ecosystem, 12 agosto 2015, Washington D.C., della Carnegie Mellon University (WBM).

[101] Come è stato recentemente sottolineato dalle relazioni preparatorie dei docenti ed esperti intervenuti al seminario, promosso da ISIMM (Institut Supérieur d'Informatique et de Mathématiques de l'Université de Monastir) sul tema “Bitcoin: natura giuridica, profili economici, rischi, opportunità che ha dato modo di riflettere e ampliare la conoscenza sul fenomeno del bitcoin, mostrandone i limiti e le potenzialità”, tenutosi a Roma il 21 maggio 2015.

[102] Raggiungendo il suo valore massimo il 28 novembre 2013 con un cambio virtuale che lo quotava a circa 1.224 dollari. Valore, tuttavia, da considerarsi solo come un massimo storico (picco) favorito da alcune congiunture critiche dei mercati.



- [103] Come detto, i bitcoin potranno essere prodotti dagli utenti (ovvero “minati”) fino al 2140.
- [104] F. De Paolis, *Panoramica su Bitcoin*, in sito internet [www.formiche.net](http://www.formiche.net), 2015.
- [105] D. Capoti; E. Colacchi; M. Maggioni, *Bitcoin Revolution: La moneta digitale alla conquista del mondo*, Milano 2015.
- [106] J. Brito, *Bitcoin: una moneta online che sfida banche e governi*, in sito internet [www.techland.time.com](http://www.techland.time.com), 2011.
- [107] Alcune banche di Stati in cui il bitcoin è considerato “sgradito” (se non pericoloso) per l’economia, stanno cercando, attraverso un vertiginoso acquisto di bitcoin, di impedire che, con un tasso di interesse sempre crescente, questa criptomoneta possa raggiungere la necessaria stabilità/maturità diventando una minaccia effettiva per il sistema delle valute fiat, cfr. *Il Bitcoin è già morto (e mi dispiace ma NON sarà lui a spazzare via le banche centrali, anzi sta accadendo esattamente il contrario)*, in *Rivista digitale Rischio Calcolato*, 24 novembre 2013.
- [108] Spesso ritenute inaffidabili e molto vulnerabili agli attacchi informatici. Tra queste, tuttavia, si segnala la Digital Asset Holdings, startup che opera nel settore delle criptovalute, il cui amministratore delegato è Blythe Masters, economista ed ex manager di JP Morgan Chase, che negli anni Novanta è stato tra gli “architetti” dei prodotti derivati e tra coloro che hanno creato i moderni credit default swap (CDS, contratti derivati usati come assicurazione contro il default sul credito).
- [109] G. Giannelli; A. Fumagalli, *Il fenomeno Bitcoin: moneta alternativa o moneta speculativa?*, in [www.effimera.org](http://www.effimera.org), 17 dicembre 2013.
- [110] F. De Paolis, *Panoramica su Bitcoin*, cit.
- [111] C. Leonardi, *Bitcoin e i suoi fratelli: piccola guida al denaro virtuale*, in [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it), 24 gennaio 2014.
- [112] Il Forex è il mercato più “liquido” di speculazione esistente, con un volume giornaliero delle contrattazioni stimato superiore a 1,5 trilioni di dollari US, è (in ordine di grandezza) maggiore dei mercati azionari e obbligazionari mondiali riuniti insieme.
- [113] L. Shin, *Nasdaq Selects Bitcoin Startup Chain To Run Pilot In Private Market Arm*, *Forbes – Personal Finance*, 24 gennaio 2015.
- [114] Da *Quotidiano Indipendente Online “Lettera43”*, *Goldman Sachs crede nei Bitcoin*, 5 maggio 2015.
- [115] Dati tratti da [www.assob.it](http://www.assob.it), sito ufficiale di Assobit, associazione Blockchain Italiana con scopo di studiare e monitorare implementazioni della tecnologia blockchain.
- [116] Comunicata il 20 maggio 2015.

- [117] Inizialmente i dati saranno tratti da Coinbase Exchange, il principale exchange americano di valuta virtuale, su cui quest'anno il NYSE ha effettuato un investimento.
- [118] A. Simeone; D. Mancini; A. Ianaro, BITCOIN – Guida all'uso, cit.
- [119] Picco raggiunto il 28 novembre 2013.
- [120] G. Giannelli; A. Fumagalli, Il fenomeno Bitcoin: moneta alternativa o moneta speculativa?, cit.
- [121] Bitcoin: Bancomat e distributori automatici, oltre 200 nel mondo, 4 in Italia, in sito internet [www.gavrilobtc.it](http://www.gavrilobtc.it), 31 agosto 2014.
- [122] A seconda di qual è l'inquadramento giuridico del BTC, nel luogo in cui avviene il commercio.
- [123] La prima volta risale al 3 ottobre 2013, con successiva riapertura illecita nel novembre dello stesso anno e, quindi, richiusura (al momento) definitiva il 6 novembre 2014.
- [124] A. Simeone; D. Mancini; A. Ianaro, BITCOIN – Guida all'uso, cit.
- [125] Sui possibili rischi dell'uso del bitcoin l'unico documento ufficiale dell'Unione Europea è il documento Opinion on virtual currencies, che l'EBA ha redatto il 4 luglio 2014.
- [126] Progetto "Bitcoin – Crowdfunding Studio preliminare sul crowdfunding in Italia e sulla possibilità di piattaforme basate sul bitcoin", portato avanti da S. Caroli e F.A. Chiari.
- [127] Come dichiarato da uno dei principali artefici del progetto, Guido Dassori.
- [128] Agenzia ANSA (Sicilia), distaccamento informativo di Palermo, 21 aprile 2014.
- [129] Da sito internet [www.thefielder.net](http://www.thefielder.net).
- [130] Sito ufficiale Ateneo LUISS, archivio, 18 marzo 2014.
- [131] I dottori Davide Mancini, Annalaura Ianaro e Antonio Simeone, autori anche del già citato libro Bitcoin – Guida all'uso, Padova, 2014.

***Embrione: qualcosa o qualcuno?***

di  
**Giacomo Rocchi**

**Abstract**

La produzione degli embrioni con l'uso delle tecniche di fecondazione in vitro porta a ritenerli oggetti, che possono essere destinati alla ricerca scientifica se non servono a determinare una gravidanza. La Corte Costituzionale, nel giudicare della legittimità del divieto, dovrebbe ribadire il diritto alla vita degli embrioni. Esistono però decisioni opposte a livello internazionale, tra cui quella della Corte Interamericana dei Diritti Umani contro il Costa Rica. Emergono anche possibili contrasti con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La decisione potrebbe avere influenza su altri temi, come l'eutanasia

*Embryos production through in vitro fertilisation techniques generates the opinion that they're items and may be manipulated for scientific research when not successfully employed to cause a pregnancy. The Constitutional Court, in judging the legality of the ban, should reaffirm the embryos right to life. Internationally some opposing rulings have been observed including one issued by the Inter-American Court of Human Rights against Costa Rica. Conflicts are also possible between the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court. The decision could impact jurisprudence orientation on other issues, such as euthanasia.*

**Sommario:** 1. L'ordinanza del Tribunale di Firenze di promozione del giudizio di legittimità costituzionale. - 2. Come il Tribunale di Firenze considera l'embrione umano. - 3. La vera natura della questione di costituzionalità. - 4. La sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani contro il Costa Rica. - 5. I contrasti tra le Corti sopranazionali e le Corti Costituzionali. - 6. Una Corte Costituzionale coerente e coraggiosa? - 7. L'importanza della decisione

**1. L'ordinanza del Tribunale di Firenze.**

La Corte Costituzionale è chiamata a valutare la questione di costituzionalità degli articoli 6 e 13 della legge 40 del 2004 sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza del 7/12/2012 con riferimento al divieto assoluto di qualsiasi

ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso e al divieto assoluto di revoca del consenso alla PMA dopo l'avvenuta fecondazione dell'ovulo [1].

Molteplici sono le censure da muovere all'ordinanza di rimessione: non sembra, ad esempio, che compito del Giudice sia quello di favorire cause pilota, soprattutto quando tale natura è evidente; mentre non si dovrebbe dimenticare che il principio secondo cui ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale (art. 111 Costituzione), vale anche per il processo civile: tale contraddittorio non sembra certo garantito dalla citazione del Centro di fecondazione assistita [2], mentre gli effettivi controinteressati - i nove embrioni già prodotti dalla coppia e crioconservati, destinati, secondo i desideri dei loro genitori, ad essere sottoposti a esperimenti e poi ad essere soppressi - benché riconosciuti "soggetti di diritto" dalla stessa l. n. 40 del 2004, non risultano in alcun modo tutelati [3].

Il Giudice, inoltre, non sembra affatto turbato dalla condotta della coppia ricorrente: benché la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 151 del 2009 [4] avesse esplicitamente ribadito che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni strettamente superiore a quello strettamente necessario [5], la coppia aveva prodotto il numero massimo di embrioni tecnicamente possibile (ben 10), salvo poi la donna rifiutare sic et simpliciter il trasferimento di nove di essi e chiedere di essere sottoposta ad un nuovo ciclo per la produzione di altri embrioni! Si tratta di condotta che dimostra la contestuale violazione e strumentalizzazione della pronuncia della Consulta, applicata con una logica del tutto differente da quella che aveva mosso i giudici costituzionali: la discrezionalità del medico nel decidere il numero di embrioni da produrre interpretata come libertà assoluta, l'obbligo di trasferimento degli embrioni, seppure non contestuale, dimenticato e negato; i problemi di salute della donna, derivanti dalla ripetizione di cicli con conseguenti stimolazione ovariche, svaniti miracolosamente ...

Ma, appunto, il Giudice di Firenze non pare interessato a quanto avvenuto; anzi, tanto esso aderisce alla posizione degli attori, da ritenere sussistente il pericolo legittimante il ricorso d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.; ma si tratta di pericolo che viene fatto dipendere dal rischio di deterioramento degli embrioni, che la Corte riteneva dovessero essere trasferiti in utero e che gli attori vogliono destinare alla ricerca [6]. Quindi, una situazione di urgenza determinata dalla violazione delle regole vigenti sul numero di embrioni da produrre e di quella dell'obbligo di trasferirli in utero, accompagnata dalla pretesa di vedere soddisfatto il mero desiderio di destinare gli embrioni alla ricerca [7].

Il Giudice di Firenze non viene nemmeno sfiorato dal dubbio che quegli embrioni siano stati prodotti «a fini di ricerca e sperimentazione», in violazione dell'art. 13, comma 3, lettera a) della l. 40 [8], né che anche i prossimi embrioni che la coppia intende produrre siano ugualmente destinati alla ricerca, visto che la donna già esprime la previa volontà di non consentire il trasferimento di quelli affetti da esostosi o non biopsabili e di destinarli alla ricerca scientifica [9].

## **2. Come il Tribunale di Firenze considera l'embrione umano.**

Un pregio, tuttavia, deve essere riconosciuto all'ordinanza: essa esprime con chiarezza la considerazione che le parti – e il giudice – hanno dell'embrione umano prodotto dalla fecondazione in vitro e quindi, si dovrebbe aggiungere, di quei nove embrioni già prodotti e congelati.

L'embrione è "qualcosa"; appunto una cosa, priva di qualunque valore [10].

Tre passaggi dell'ordinanza dimostrano ampiamente questa affermazione.

In un primo passaggio il giudice recepisce il dubbio espresso dai ricorrenti sul concetto di "embrione": «Va inoltre osservato che la definizione di embrione, estranea alla scienza giuridica e propria di quella biologica, individua un'entità organica al terzo giorno dalla fecondazione dell'ovocita; dunque, ovulo fecondato e concepito non corrisponderebbero a embrione inteso come unità multicellulare, con patrimonio genetico ormai distinto e autonomo da quello dei progenitori.

Sia sotto il profilo della ricerca scientifica (art. 13), che sotto quello delle tutele normative apprestate (art. 1, comma 2; art. 6, comma 3 u.c.; art. 6, comma 1; capo III), la qualificazione dell'oggetto di tutela come embrione ovvero come entità in fase precedente (ovulo fecondato e/o concepito e/o nascituro), comporta conseguenze estremamente rilevanti in termini di disciplina applicabile, con riferimento al bilanciamento di interessi operato de jure condito dalla legge, ponendo nello stesso tempo problemi di coerenza logica e sistematica delle varie disposizioni. Se i divieti assoluti di ricerca clinica e sperimentale di cui all'art. 13 devono intendersi riferiti all'embrione, si dovrebbe infatti ritenere che nel tempo intercorrente tra concepimento, formazione della blastocisti, morula ed embrione (3 gg. circa), tali previsioni non dovrebbero applicarsi, con ogni effetto consequenziale».

Da questo passaggio si comprende: a) che il Giudice rifiuta di interpretare la l. 40 del 2004 globalmente, ignorando la norma che considera il "concepito" come soggetto di diritto (art. 1, comma 1) e la portata della stessa norma della cui costituzionalità dubita (art. 6, comma 3), che vieta la revoca del consenso «dopo la fecondazione dell'ovulo»: cosicché è evidente che il legislatore non ha affatto voluto distinguere tra tutela del concepito nei primi

due giorni e tutela dello stesso concepito nei giorni successivi; b) che questa artificiosa distinzione fa leva su un'affermazione clamorosamente errata, che cioè, solo dal terzo giorno dal concepimento il patrimonio genetico dell'embrione «è distinto e autonomo da quello dei progenitori», quando è noto che fin dal momento del concepimento [11] il nuovo organismo esiste, è autonomo, ha in sé ed esegue un preciso processo di sviluppo e di differenziazione; c) che, quindi, il Giudice ritiene che le parole possano tradire la realtà sottostante e che ciò sia possibile con l'uso della tecnica di interpretazione normativa letterale, prescindendo del tutto dalla volontà del legislatore.

In un secondo passaggio il Giudice definisce l'embrione «materiale genetico» [12]; espressione che rimarca il rifiuto di vedere l'embrione come qualcosa di autonomo e vivo.

In un terzo passaggio, davvero significativo, il Tribunale distingue tra due “categorie” di embrioni. Ricordiamo che, nel caso di specie, la diagnosi genetica preimpianto ha dimostrato che 5 dei 9 embrioni residui sono affetti da esostosi; gli altri quattro, invece, per ragioni tecniche non sono biopsabili (cioè non possono essere sottoposti a diagnosi genetica preimpianto) e, quindi, si ignora se anch'essi sono affetti dalla medesima patologia.

Ebbene: il Giudice ritiene [13] che, in linea di principio, il legislatore possa ragionevolmente stabilire che la tutela dell'embrione non malato prevalga sul diritto di autodeterminazione della donna.

Diversa è la considerazione per gli embrioni malati o non biopsabili [14]: «A parere del giudicante, invece, diversamente si prospetta, stante l'assetto dei valori e dei principi costituzionali, il divieto di utilizzare gli embrioni residuati da procedimenti di PMA - cioè gli embrioni malati, ovvero ancora non biopsabili, dunque sicuramente non più impiegabili per fini procreativi e destinati perciò all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno -, per impieghi alternativi e sicuramente meritevoli di tutela alla luce della Carta costituzionale quale, ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico».

Nel prosieguo, nel passo in cui nega che una pronuncia di incostituzionalità determinerebbe un vuoto normativo, il Tribunale è - se possibile - ancora più esplicito: «per superare l'evidente problema di ragionevolezza della disposizione sarebbe sufficiente prevedere che l'assolutezza della tutela, che si traduce nell'inderogabilità della stessa (e quindi dell'impossibilità di destinare l'embrione a fini diversi dalla sua propria cura), debba essere valutata «tenendo conto dell'impiego programmato o ragionevolmente prevedibile cui l'embrione è destinato», con la conseguenza che ove il medesimo fosse non più impiegabile a fini procreativi e quindi destinato a naturale e rapida «estinzione», esso potrebbe essere utilizzato, previo parere

dei generanti, per altri impieghi «costituzionalmente rilevanti», come la ricerca scientifica bio-medica».

Si possono avanzare due ipotesi: a) il Giudice ritiene che gli embrioni appartengono alla specie umana e sono vivi: ebbene, in questo caso, ha affermato nel provvedimento che gli uomini possano essere divisi in categorie e che il loro stato di malattia e l'impossibilità di un loro utilizzo programmato rendano lecita la negazione di ogni loro diritto, tenuto conto che essi possono servire a qualche altra finalità "buona" [15]. Potremmo, quindi, adattare l'argomentazione a situazioni diverse, sempre riguardanti esseri umani vivi, ad esempio applicandola al divieto di utilizzare anziani malati di Alzheimer – sicuramente non più impiegabili per fini procreativi (o produttivi, o sociali) e destinati a distruzione certa nel giro di qualche anno – per impieghi alternativi quale, ad esempio, l'impiego per la ricerca scientifica in ambito medico e terapeutico ...

b) La seconda ipotesi – che, per quello che si dirà nel prosieguo, appare più verosimile – è che, invece, il Tribunale non consideri affatto gli embrioni umani come esseri umani vivi, ma piuttosto ritenga che siano "cose", prive di ogni valore.

### **3. La vera natura della questione di costituzionalità.**

Ecco che emerge il vero quesito cui dovrà rispondere la Corte Costituzionale: gli embrioni creati con la fecondazione in vitro hanno la stessa natura e possiedono gli stessi diritti degli altri embrioni umani, cioè di quelli concepiti naturalmente a seguito di un rapporto sessuale?

La Corte Costituzionale applicherà anche agli embrioni prodotti in vitro le forti affermazioni contenute nella sent. n. 35 del 1997: «Basilare resta fra tutte la sentenza n. 27 del 1975, con la quale la Corte, nel dichiarare la illegittimità costituzionale parziale dell'art. 546 del codice penale del 1930, ebbe modo di affermare i principî di ordine costituzionale in materia. Disse la Corte che ha fondamento costituzionale la tutela del concepito, la cui situazione giuridica si colloca, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'articolo 2 della Costituzione, denominando tale diritto come diritto alla vita, oggetto di specifica salvaguardia costituzionale (...) Questo principio ha conseguito nel corso degli anni sempre maggiore riconoscimento, anche sul piano internazionale e mondiale. Va in particolare ricordata, a questo riguardo, la Dichiarazione sui diritti del fanciullo approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959 a New York, nel cui preambolo è scritto che "il fanciullo, a causa della sua mancanza di maturità fisica ed intellettuale, necessita di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione

legale appropriata, sia prima che dopo la nascita”. Così pure si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono - per usare l'espressione della sentenza n. 1146 del 1988 - all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» [16]? Il quesito non è banale e la risposta non è scontata.

Abbandonando per un attimo l'impostazione strettamente giuridica del presente scritto, è opportuno richiamare la logica della fecondazione artificiale, in particolare delle tecniche in vitro, nelle quali la fecondazione dell'ovocita avviene al di fuori del corpo della donna.

L'embrione è un “prodotto”: nel significato letterale del termine, poiché esso viene, appunto, prodotto; non a caso, la legge n. 40 del 2004 utilizza i termini “produzione” o “prodotto”, con riferimento agli embrioni, in alternativa ai termini “creazione” o “creato” [17].

Non basta: la tecnica di fecondazione in vitro più diffusa, l'I.C.S.I. (in italiano: Microiniezioneintracitoplasmatica dello spermatozoo), permette la produzione di un singolo determinato embrione: con tale tecnica, infatti, viene preventivamente selezionato un solo spermatozoo che viene iniettato in un'ovocita da cui è stato rimosso il complesso cumulo-corona [18]; in altre parole, ovocita e spermatozoo sono previamente individuati e selezionati.

Infine: l'embrione viene prodotto perché serve ad uno scopo, è utile rispetto ad un obiettivo; le tecniche di fecondazione artificiale hanno un senso solo con riferimento allo scopo che, di volta in volta, esse perseguono [19].

La natura di prodotto si riflette inevitabilmente sulla considerazione che dell'embrione ha l'autore della produzione: la sua esistenza dipende dalla volontà e dall'azione di chi lo produce; le sue caratteristiche dipendono dalle scelte degli adulti [20]; esso viene prodotto quando è necessario; può essere prodotto “in serie” [21]; e, poiché serve ad uno scopo, deve superare il “controllo di qualità” tipico di quelle produzioni: non essere, quindi, malato, imperfetto, poco vitale.

Il controllo di qualità si persegue con la Diagnosi genetica preimpianto, ma anche con la diagnosi osservazionale degli embrioni; la tecnica I.C.S.I. può avere la medesima finalità, perseguita preventivamente mediante selezione dell'ovocita e dello spermatozoo “più adatti”.

È utile confrontare il quadro fin qui tratteggiato con la “visione” che si ha, nell'esperienza comune, degli embrioni concepiti naturalmente a seguito di rapporto sessuale: essi si impongono agli adulti, perché un rapporto sessuale non determina necessariamente un concepimento e, quindi, l'uomo e la

donna non sanno se vi sarà un concepimento e quando avverrà; non solo: la donna [22] non si avvede del concepimento nel momento in cui esso avviene – come accade nella fecondazione in vitro con l'esame della provetta in cui sono stati posti oocita e spermatozoi – ma successivamente, quando l'embrione esiste già.

Per completare il confronto con la tecnica I.C.S.I., non solo i due adulti non sanno se e quando avverrà il concepimento, ma ignorano chi sarà il concepito, attesa la grande quantità di spermatozoi che tenteranno di penetrare nell'oocita e, quindi, l'impossibilità di predeterminare quale di essi contribuirà al concepimento.

Ecco che l'embrione concepito naturalmente non fatica ad imporsi – prima alla donna, poi agli altri adulti – come “altro”, soggetto che, pur nel corpo della madre, esiste autonomamente, perché ha iniziato la sua esistenza in un momento sconosciuto e non percepito, lo ha fatto a prescindere dalla volontà di chi l'ha generato (mentre una volontà diretta alla sua creazione non sempre produce l'effetto voluto); soggetto diverso da madre e padre e che ha un proprio progetto (che, non a caso, talvolta collide con i progetti e la volontà degli adulti).

La giurisprudenza costituzionale sull'interruzione volontaria di gravidanza – formatasi quando (almeno in Italia) le tecniche di fecondazione artificiale non erano comparse – si caratterizza, come è noto, per il bilanciamento degli interessi tra il diritto alla vita del concepito e quello alla vita e alla salute della madre; ma, appunto, tale bilanciamento presuppone un essere a se stante, indipendente, centro autonomo di diritti.

Ha ancora senso un bilanciamento di questo tipo per l'embrione in vitro, che dipende in tutto e per tutto (il “se” e il “quando” della fecondazione; le caratteristiche; le finalità che gli sono state assegnate) da coloro che l'hanno prodotto?

I tecnici della fecondazione in vitro rispondono in maniera convinta di no: nessun bilanciamento, gli embrioni possono essere prodotti nel numero voluto, selezionati, sottoposti a diagnosi invasive, scartati, soppressi, destinati ad esperimenti scientifici.

Occorre, allora, verificare quale sia la risposta a livello del diritto e, soprattutto, del diritto costituzionale.

#### **4. La sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani contro il Costa Rica.**

Appare opportuno, a questo punto, dare atto di una pronuncia giurisdizionale che, sebbene lontana nello spazio, appare davvero significativa per la tematica che stiamo affrontando.

Si tratta della decisione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo del 28 novembre 2012 [23], che ha condannato il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro, che avrebbe violato i diritti alla vita privata, all'integrità e all'autodeterminazione personale nonché il diritto a formare una famiglia riconosciuti dalla Convenzione americana dei diritti dell'Uomo. La pronuncia è importante anche per la situazione italiana, quanto meno perché i riferimenti alla situazione europea e italiana sono numerosi.

Qui interessa sottolineare il passaggio fondamentale che ha portato alla decisione della Corte Interamericana: l'interpretazione dell'articolo 4, comma 1, della Convenzione Americana dei Diritti Umani, che stabilisce: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita. Tale diritto è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento. Nessuno sarà arbitrariamente privato della vita.» [24]

Ebbene, la Corte Interamericana giunge ad affermare che «l'embrione non può essere trattato come persona ai fini dell'articolo 4.1 della Convenzione americana» [25] e ha concluso che «si ha concezione (o concepimento), ai sensi dell'articolo 4.1, nel momento dell'impianto dell'embrione nell'utero, cosicché prima di questo evento non trova applicazione l'articolo 4 della Convenzione» [26].

Ancora, secondo la Corte, «la protezione del diritto alla vita ai sensi di tale disposizione non è assoluta, ma è graduale e progressiva secondo il suo sviluppo, cosicché non si tratta di un dovere assoluto e incondizionato, comportando possibili eccezioni alla regola generale» [27].

In sostanza, la Corte ridefinisce il termine “concepimento”, statuendo che «concepimento è l'annidamento» [28].

Le conseguenze di questa decisione, con riferimento alla fecondazione in vitro, sono intuitive: se, prima dell'annidamento in utero, non esiste nemmeno un “concepimento”, l'embrione in provetta non è persona, non è uomo e qualsiasi azione nei suoi confronti è lecita.

Richiamando le considerazioni del paragrafo precedente, non sembra casuale che la Corte sottolinei, all'inizio della motivazione, che questo mutamento di prospettiva costituisce diretta conseguenza dell'introduzione delle tecniche di fecondazione in vitro [29].

La palese debolezza dell'argomentazione dimostra che la Corte ha compiuto una scelta di fondo politica, e non giuridica. Cosa pensare, infatti, dell'affermazione secondo cui le tecniche di fecondazione in vitro avrebbero “rivelato” l'esistenza di un lasso di tempo tra unione di oocita e spermatozoo e l'annidamento nel corpo della donna [30], quasi che, in precedenza, tale circostanza fosse ignota? E di quella secondo cui il termine “concepimento” non può essere inteso come un momento o un processo che esclude il corpo della donna, perché un embrione non ha alcuna possibilità di sopravvivere se

l'impianto non avviene [31] (affermazione che, tra l'altro, ignora le ricerche e le sperimentazioni sull'ectogenesi, cioè sull'utero artificiale, dirette proprio a sganciare lo sviluppo dell'embrione dal corpo materno [32])?

E di quella – contraddittoria in sé – secondo cui, stabilire se vi sia o meno una gravidanza è possibile soltanto una volta che l'ovulo fecondato si è annidato in utero [33]: affermazione che – appunto – si riferisce all'avvenuto annidamento (e non al concepimento) e che, per di più, cancella – si suppone per ignoranza – il cross-talk tra corpo della madre e embrione non ancora annidato, fenomeno che ha inizio pochi istanti dopo l'avvenuto concepimento?

Resta da segnalare in che modo la Corte Interamericana applichi la clausola della Convenzione secondo cui il diritto alla vita «è protetto dalla legge e, in generale, dal momento del concepimento».

La Corte ritiene che la finalità dell'inciso «in generale» sia di consentire eccezioni alla tutela del diritto alla vita dal concepimento, in presenza di un conflitto tra diritti [34]. Parrebbe una posizione analoga a quella espressa dalla Corte Costituzionale italiana con la sentenza n. 27 del 1975; invece, la Corte interamericana utilizza l'inciso come argomento per “spostare in avanti” il momento del concepimento, così negando in toto qualsiasi diritto del concepito prima dell'annidamento e aprendo la strada alla deregolamentazione della fecondazione artificiale: le tecniche, infatti, non hanno più a che fare con “concepiti”, ma con oggetti, la cui natura la Corte interamericana si guarda bene dal definire.

La sentenza appena commentata fornisce una risposta implicita al quesito che abbiamo posto all'inizio del paragrafo precedente: come interagiscono i principi affermati in relazione alla tutela degli embrioni concepiti naturalmente con le tecniche di fecondazione artificiale?

Sembra emergere, in tale interazione, la prevalenza della logica della fecondazione in vitro, cosicché la tutela di tutti i concepiti tende a ridursi [35]: ad esempio, la pronuncia spazza via tutte le questioni sulla natura abortiva dei preparati potenzialmente antinidatori [36]; ma anche il principio affermato di una tutela graduale e progressiva in relazione al grado di sviluppo del feto, con la possibilità di eccezioni alla regola generale, lascia ampio spazio alla liberalizzazione dell'aborto dichiaratamente eugenetico.

Comprendiamo, quindi, la rilevanza di questa pronuncia: al pari della Corte Interamericana, che ha ridefinito i termini “concepimento” ed “embrione”, escludendo l'intera fase precedente all'annidamento in utero, il Tribunale di Firenze si è esercitato in un'interpretazione letterale della norma che vorrebbe escludere dal concetto di “embrione” i primi due giorni di vita successivi al concepimento, traendone le ovvie conseguenze.

Non è una novità: la storia della fecondazione in vitro presenta molti tentativi di ridefinire l'embrione, al fine di escludere da ogni tutela una parte, più o meno rilevante, della sua vita: già nel 1984 in Gran Bretagna, la Commissione Warnock, pur ammettendo esplicitamente che «una volta che il processo dello sviluppo è iniziato, non c'è stadio particolare dello stesso che sia più importante di un altro; tutti sono parte di un processo continuo (...) da un punto di vista biologico non si può identificare un singolo stadio nello sviluppo dell'embrione, prima del quale l'embrione in vitro non sia da mantenere in vita», concludeva: «Tuttavia si è convenuto che questa era un'area nella quale si doveva prendere una precisa decisione al fine di tranquillizzare la pubblica ansietà», raccomandando: «la legislazione dovrebbe disporre che la ricerca possa essere condotta su ogni embrione risultante dalla fecondazione in vitro, qualunque ne sia la provenienza, fino al termine del quattordicesimo giorno dalla fecondazione» [37]; limpido esempio del consapevole sganciamento del legislatore dalla realtà scientifica in conseguenza della scelta politica di non tutelare gli embrioni umani fino ad un certo momento della loro esistenza.

Dal preembrione creato dalla Commissione Warnock, le operazioni semantiche di questo tipo sono state numerose [38], ultima quella relativa agli ootidi (ovuli fecondati nella fase precedente alla fusione dei pronuclei): “entità” utile a permettere il congelamento degli embrioni.

In effetti, queste operazioni si caratterizzano per la loro utilità ad uno scopo predeterminato, coerentemente con la logica delle tecniche di fecondazione in vitro, strettamente collegate ad una finalità, mai assoluta - come invece è assoluta la dignità dell'uomo in sé - ma sempre relativa.

## **5. I contrasti tra le Corti sopranazionali e le Corti Costituzionali.**

La sentenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani nei confronti del Costa Rica assume particolare interesse anche sotto un altro profilo, assai rilevante per la decisione che la Corte Costituzionale italiana dovrà adottare prossimamente.

Si deve ricordare in che modo il Costa Rica era giunto a proibire le tecniche di fecondazione artificiale [39]: autorizzate con Decreto del Ministro della Salute, la Corte Suprema di Giustizia del Costa Rica aveva dichiarato la illegittimità costituzionale del decreto con sentenza n. 2306 del 15/3/2000, sotto due profili: la lesione del principio della riserva di legge, perché «solo con una legge formale promulgata dal legislatore in rispetto della procedura stabilita dalla Costituzione, è possibile regolare e, se necessario, limitare i diritti e le libertà fondamentali»; e il contrasto con il diritto alla vita, dovendo

l'embrione essere considerato persona ai sensi dell'art. 4 della Convenzione americana dei diritti umani.

La Corte Suprema di giustizia agganciava la propria valutazione al dato scientifico: «quando lo spermatozoo fertilizza l'oocita, quella entità diventa uno zigote e poi un embrione. La più importante caratteristica di questa cellula è che tutto ciò che gli permetterà di evolvere in un individuo è già al suo interno; tutte le informazioni necessarie e sufficienti per determinare le caratteristiche di un nuovo essere umano appaiono contestualmente alla unione dei 23 cromosomi dello spermatozoo e dei 23 cromosomi dell'oocita. Nel descrivere le divisioni cellulari che avvengono immediatamente dopo la fertilizzazione, emerge chiaramente che allo stadio di tre cellule un minuscolo essere umano esiste e da quello stadio ogni individuo è unico, rigorosamente diverso da ogni altro. In sintesi, dal momento del concepimento una persona è una persona e noi siamo di fronte ad un essere vivente, con il diritto ad essere protetto legalmente» [40].

La conclusione della Corte era fondata sull'art. 21 della Costituzione del Costa Rica e sull'art. 4 della Convenzione Americana dei diritti umani, già menzionato: «L'embrione umano è una persona dal momento del concepimento; non può quindi essere trattato come un oggetto per gli scopi di ricerca, sottoposto a processi di selezione, crioconservato e – aspetto essenziale per la Corte – non è legittimo costituzionalmente esporlo ad un rischio sproporzionato di morte. L'applicazione delle tecniche prevede un'alta perdita di embrioni, che non può essere giustificata con il fatto che si intendeva creare un nuovo essere umano, fornendo un bambino ad una coppia che altrimenti non potrebbe averne uno. L'aspetto centrale è che gli embrioni la cui vita è prima cercata e poi violata sono esseri umani e la Costituzione non permette alcuna distinzione tra di loro.» [41]

Emerge, quindi, il contrasto – quasi un braccio di ferro – tra Corte Costituzionale nazionale e Corte sopranazionale: e risulta davvero superfluo ricordare che, proprio su questo tema, il disinvolto ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte dei giudici di merito oppure il richiamo alla sua giurisprudenza, scelta accuratamente nella parte in cui sostiene una certa tesi, costituisce una evidente – ed esplicita – pressione sulla Corte Costituzionale italiana.

Come è noto, nel caso in esame il pericolo di un potenziale contrasto tra una pronuncia della Corte EDU e una sentenza della Corte Costituzionale italiana è stato disinnescato dal provvedimento del Presidente della seconda di rinvio dell'esame della questione di legittimità costituzionale in attesa della decisione della prima sul ricorso n. 46470/11 di Parrillo c. Italia: decisione in più passi apprezzata esplicitamente dalla Corte EDU, che ha preso occasione

di ribadire i ruoli delle due Corti e di confermare la validità delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 [42].

Benché la Corte di Strasburgo abbia respinto il ricorso della Parrillo – che chiede di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni prodotti prima della morte del compagno – basato su motivazioni identiche a quelle esposte nell'ordinanza del Tribunale di Firenze, l'influenza della decisione su quella che la Corte Costituzionale dovrà adottare nel marzo 2016 è prevedibile.

Ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che la scelta «consapevole e meditata» dei genitori sul destino degli embrioni «concerne un aspetto intimo della (loro) vita personale e riguarda conseguentemente il (loro) diritto all'autodeterminazione. Nel caso di specie è pertanto applicabile l'articolo 8 della Convenzione, dal punto di vista del diritto al rispetto della vita privata»; non solo: ha sostenuto che, in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 162 del 2014, «l'ordinamento giuridico italiano attribuisce importanza anche alla libertà di scelta delle parti della fecondazione in vitro riguardo al destino degli embrioni non destinati all'impianto» [43], e che «la sentenza ... con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa (...) dovrebbe adesso permettere l'adozione per la nascita, prassi consistente nell'adozione di embrioni soprannumerari da parte di una coppia o di una donna al fine dell'impianto ed è stata prevista dal Comitato nazionale per la bioetica nel 2005».

La Corte EDU si è ritratta di fronte all'interpretazione dell'art. 8, comma 2, della Convenzione, che permette l'interferenza dell'autorità pubblica nella vita privata se necessaria «per la protezione dei diritti e delle libertà degli altri», sostenendo di non avere mai affermato (né di volerlo fare) che tra questi “altri” rientrino gli embrioni [44].

Anche in tema di violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione (protezione della proprietà) la Corte ha mostrato la medesima ritrosia, forse ancora più esplicita: di fronte alla posizione del Governo italiano che aveva dedotto che «l'embrione umano non poteva essere considerato una “cosa” e che era in ogni caso inaccettabile attribuirgli un valore economico», sottolineando che «nell'ordinamento giuridico italiano l'embrione umano era considerato un soggetto di diritto titolare del diritto al rispetto dovuto alla dignità umana», la Corte ha rilevato che «le parti hanno opinioni diametralmente opposte in questa materia, specialmente riguardo allo status dell'embrione umano in vitro» e ha risolto negativamente il quesito se gli embrioni possono essere considerati “beni” ai sensi della disposizione, rimarcando la propria volontà di non rispondere all'interrogativo sulla “natura” dell'embrione: «(La Corte) ritiene che non sia necessario esaminare qui la delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita

umana, in quanto nel caso di specie non è in gioco l'articolo 2 della Convenzione».

Infine, deve essere sottolineato che, nella consueta ricognizione dei testi normativi rilevanti per la decisione, la Corte EDU, nel menzionare al par. 22 i "pertinenti" articoli della Costituzione italiana, ricorda l'art. 9 (ricerca scientifica), l'art. 32 (tutela della salute) e l'art. 117 (potestà legislativa), ma non l'art. 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo): quell'art. 2 che, fin dal 1975, la Corte Costituzionale ha posto a fondamento della tutela dell'embrione. [45]

## **6. Una Corte Costituzionale coerente e coraggiosa?**

Le "sentenze gemelle" del 2007 non dovrebbero, per la verità lasciare dubbi: se le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo si posizionano ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione; non solo: lo scrutinio di costituzionalità non può limitarsi alla possibile lesione dei diritti e dei principi fondamentali, ma deve estendersi ad ogni profilo di contrasto con le norme costituzionali.

L'esigenza che le norme della Convenzione siano conformi alla Costituzione è «assoluta e inderogabile» e, nell'ipotesi in cui una norma risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte ha il dovere di espungerla dall'ordinamento giuridico italiano: tale verifica riguarda la norma della Convenzione come prodotto dell'interpretazione ad essa data dalla Corte di Strasburgo.

Di conseguenza, quali che siano i principi che possano trarsi dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la Corte Costituzionale italiana appare vincolata dalla propria giurisprudenza sul tema dei diritti dell'embrione umano, che è fondata sui diritti inviolabili dell'uomo, quei diritti che appartengono «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

La scelta di fondo per la Corte Costituzionale, nel decidere la questione sollevata dal Tribunale di Firenze, sarà quindi se ritenersi o meno vincolata dalle proprie precedenti statuizioni in ordine alla natura dell'embrione umano e al suo status.

In effetti, la Corte non ha mai differenziato i diritti dell'embrione prodotto con la fecondazione extracorporea da quelli dell'embrione concepito naturalmente, traendo la necessità di tutela del primo dalle decisioni adottate in materia di interruzione volontaria di gravidanza, pratica che riguarda il secondo.

Tale posizione è stata confermata esplicitamente con la recente sentenza della Corte n. 229 del 2015 che ha sì, legittimato la selezione degli embrioni «nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili», ma ha confermato il divieto di soppressione degli embrioni scartati e crioconservati.

Secondo la Corte, «deve escludersi che risulti (...) censurabile la scelta del legislatore del 2004 di vietare e sanzionare penalmente la condotta di «soppressione di embrioni», ove pur riferita (...) agli embrioni che, in esito a diagnosi preimpianto, risultino affetti da grave malattia genetica. Anche con riguardo a detti embrioni, la cui malformazione non ne giustifica, sol per questo, un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni sani (...), si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico. Con la sentenza n. 151 del 2009, questa Corte ha già, del resto, riconosciuto il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione, riconducibile al precetto generale dell'art. 2 Cost.; e l'ha bensì ritenuta suscettibile di "affievolimento" (al pari della tutela del concepito: sentenza n. 27 del 1975), ma solo in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale (come il diritto alla salute della donna) che, in temine di bilanciamento, risultino, in date situazioni, prevalenti. Nella fattispecie in esame, il vulnus alla tutela della dignità dell'embrione (ancorché) malato, quale deriverebbe dalla sua soppressione *tamquam res*, non trova però giustificazione, in termini di contrappeso, nella tutela di altro interesse antagonista» [46].

Tuttavia, la decisione sulla questione sollevata dal Tribunale di Firenze interviene in una fase di progressivo smantellamento e ricostruzione della normativa in materia di fecondazione in vitro, circostanza che induce timori sull'esito del giudizio.

Attualmente, a seguito delle varie decisioni della Corte, il quadro normativo permette una sovrapproduzione di embrioni rispetto alle esigenze immediate di trasferimento nel corpo della donna [47], la loro sottoposizione alla diagnosi genetica preimpianto, la selezione di quelli destinati al trasferimento e all'impianto e di quelli non "adatti" a ciò, il congelamento a tempo indeterminato di questi ultimi, il venir meno dell'obbligo di trasferirli. Ecco che viene a crearsi [48] quella riserva di embrioni crioconservati non utili per l'instaurazione di gravidanze, su cui si concentrano [49] gli interessi di molti laboratori e ricercatori e la cui portata economica notevolissima non

può certo essere negata; il numero degli embrioni crioconservati, ovviamente, aumenterà nel corso degli anni.

L'esistenza di questo "problema" – che, in verità, il legislatore del 2004 già conosceva e aveva tentato di affrontare [50] – costituisce una forte spinta verso una decisione che, in qualche modo lo risolve.

Quali conseguenze comporta «l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione»?

Si noti che l'affermazione incidentale che la Corte Costituzionale ha fatto nella sentenza n. 229 del 2015 ha un fondamento scientifico: in effetti, è pacifico che l'embrione prodotto in vitro, se non viene trasferito tempestivamente nell'utero della madre, muore se non viene congelato, tanto che già la legge 40 del 2004 consentiva in via eccezionale la crioconservazione degli embrioni in caso di impossibilità del trasferimento in utero per causa di forza maggiore (art. 14, comma 3).

Gli embrioni congelati, quindi, sono embrioni vivi, della cui dignità la Corte si preoccupa.

Occorre inoltre avere presente un ulteriore dato scientifico: finché gli embrioni sono in stato di crioconservazione, non se può accertare la morte che, invece, può essere constatata dopo lo scongelamento [51]; con la conseguenza fotografata dalla Relazione finale della Commissione di studio sugli embrioni istituita dal Ministero della Salute: «Allo stato attuale delle conoscenze, per accertare la perdurante vitalità dell'embrione è necessario però scongelarlo, il che ci pone di fronte ad un paradosso, dato che una volta scongelato l'embrione non può essere congelato una seconda volta e se non si provvede ad un suo immediato impianto in utero, se ne causa inevitabilmente la morte. Di qui la prospettiva tuzioristica di una possibile conservazione a tempo indeterminato degli embrioni congelati».

Ciò premesso, la risposta al quesito sopra enunciato potrebbe prendere l'avvio da una domanda provocatoria: perché l'esistenza di migliaia di embrioni crioconservati costituisce un "problema"? E, ancora, per chi è un problema?

Senza dubbio esiste una questione economica: il mantenimento degli embrioni crioconservati è costoso ed è legittimo chiedersi chi ne debba sostenere il peso; la legge 40 del 2004 e i provvedimenti successivi avevano stabilito che il costo per il mantenimento degli embrioni "abbandonati" fosse a carico della collettività, ma la previsione riguardava un numero assai limitato di embrioni, la maggior parte dei quali prodotti prima della legge; attualmente – come si è visto – le coppie e i tecnici cui le stesse si rivolgono producono intenzionalmente un numero di embrioni nettamente superiore a

quelli che saranno trasferiti, cosicché è difficile non considerarli responsabili del mantenimento di quelli scartati [52].

In ogni caso, si deve escludere che considerazioni di questa natura possano essere dirimenti rispetto ad una decisione – quella che permetterebbe la consegna degli embrioni congelati alla ricerca scientifica – che concerne la loro morte volontariamente procurata.

A ben vedere, non esistono ulteriori interessi degli adulti coinvolti di portata tale da prevalere sul diritto alla vita e alla dignità degli embrioni crioconservati, tutelati ai sensi dell'art. 2 della Costituzione.

Davanti alla Corte EDU, Adelina Parrillo aveva sostenuto che «lo Stato esigeva che ella assistesse alla distruzione dei suoi embrioni piuttosto che permetterle di donarli alla ricerca, fatto che avrebbe perseguito una nobile causa e sarebbe stata fonte di conforto per lei dopo i dolorosi avvenimenti accaduti nella sua vita»; frase che sottolineava l'evento della morte “naturale” degli embrioni ma taceva di quella procurata dalle ricerche scientifiche che su di essi, ancora vivi, sarebbero state eseguite, indicando genericamente la nobiltà di una causa e la necessità di avere un conforto per la tragica perdita del compagno.

Le considerazioni relative alla denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo 1 alla Convenzione erano assai meno evocative di alti principi: negando la natura di “persone” agli embrioni non impiantati, la ricorrente aveva concluso che, dal punto di vista giuridico, essi erano dei “beni”, su cui ella aveva la proprietà, senza che lo Stato potesse porre restrizioni del suo diritto.

Anche i ricorrenti nella causa davanti al Tribunale di Firenze che ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale avanzano considerazioni analoghe: per di più – contrariamente alla Parrillo, che non poteva pretendere l'impianto degli embrioni per essere il padre degli stessi defunto [53] – essi indicano che «per loro espressa decisione (gli embrioni) non verranno mai utilizzati nel processo procreativo, configurandosi come embrioni soprannumerari destinati all'autodistruzione».

Piuttosto, la “nobile causa” della ricerca scientifica indicata dalla Parrillo viene trasformata nella pretesa della prevalenza dell'interesse alla ricerca scientifica sul diritto alla vita degli embrioni, «in particolar modo per quanto riguarda gli embrioni abbandonati, malati, ovvero ancora non biopsabili, dunque sicuramente non più impiegabili per fini procreativi e destinati perciò all'autodistruzione certa nel giro di qualche anno», lamentandosi, in definitiva, che «l'interesse allo sviluppo della ricerca scientifica (sia) del tutto recessivo rispetto all'aspettativa di vita del singolo embrione».

Queste argomentazioni possono essere efficaci per far ritenere la normativa illegittima costituzionalmente? Sembra davvero paradossale dovere argomentare in senso negativo!

Un essere umano vivo, il cui diritto alla vita è tutelato in base all'art. 2 della Costituzione come diritto inviolabile, può essere ritenuto di “proprietà” dei suoi genitori? Essi lo possono vendere o regalare a terzi? La sofferenza derivante dalla certezza della morte futura degli embrioni (incerta quanto all'epoca) può rendere legittima la scelta di destinarli ad una morte certa e prossima? Il diritto alla vita può essere meno solido se il soggetto che ne è titolare è malato oppure non è utile ad un determinato scopo? La libertà di ricerca scientifica può trasformarsi nell'obbligo per determinati soggetti di sottoporsi a ricerca scientifica distruttiva?

In definitiva, l'esistenza di un alto numero di embrioni crioconservati a tempo indeterminato integra, sì, un “problema”, ma solo dal punto di vista degli embrioni, la dignità dei quali può ritenersi violata dalla loro condizione.

Ma, sotto questo profilo, si tratta di un problema senza soluzioni, atteso che, come si è visto, tale condizione permette loro di non morire; un problema conseguente all'ingiustizia della loro produzione extracorporea in misura sovrabbondante e alla decisione della madre di non accettarne il trasferimento in utero, che darebbe loro qualche *chance* di sopravvivenza in caso di gravidanza e parto.

L'inutilizzabilità del singolo embrione – originaria o sopravvenuta – rispetto ad una possibile gravidanza, però, non ne modifica la dignità intrinseca: l'essere umano non è mai qualificato dalla sua utilità ad uno scopo e la sua dignità (con i conseguenti diritti) consegue alla sua stessa esistenza.

In definitiva, sarebbe errata una decisione adottata alla luce della necessità di trovare una soluzione al “problema” degli embrioni congelati: essa rischierebbe di utilizzare criteri di valutazione proposti dagli adulti coinvolti, prescindendo dall'unico criterio ammissibile, la difesa della dignità degli embrioni. [54]

Se, quindi, il rigetto della questione di costituzionalità appare doveroso, notevoli sono i rischi di un accoglimento parziale che – come in precedenti occasioni – potrebbe trasformarsi in accoglimento totale.

Per non discostarsi dai propri insegnamenti, in primo luogo la Corte dovrà respingere posizioni antiscientifiche come quelle espresse dal Tribunale di Firenze in ordine alle caratteristiche dell'embrione nei primi giorni di vita [55], ribadendo che la tutela concerne l'embrione umano fin dal momento del concepimento [56]; allo stesso modo dovrà rifiutare soluzioni nominalistiche, quale quella adottata dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani, che negano la tutela mutando il nome delle cose.

Dovrà essere inoltre respinta ogni soluzione che discriminasse alcune “categorie” all'interno della totalità degli embrioni crioconservati: essa rischierebbe di consegnarli alla scelta arbitraria degli adulti in mancanza di una valida giustificazione.

Si è già accennato alla inaccettabilità di una distinzione tra embrioni ancora impiantabili ed embrioni non più impiantabili: a ben vedere, se essa richiama il dato scientifico che dimostrerebbe che alcuni embrioni non sono più trasferibili con successo per l'eccessivo lasso di tempo trascorso dal momento della loro produzione [57], in realtà finisce per rivendicare – come fanno i ricorrenti davanti al Tribunale di Firenze – una non trasferibilità dipendente dalla malattia o dai difetti dell'embrione o, molto più semplicemente, dalla volontà degli adulti di non utilizzarlo [58].

Assai insidiosa, inoltre, è la distinzione tra embrioni vitali e embrioni non vitali [59].

Poiché si parla di diritto alla vita degli embrioni, il giudice costituzionale non può che rifiutare una distinzione che – disinvoltamente – proponga un *tertium genus* tra embrione “vivo” ed embrione “morto” e pretenda di negare ogni diritto agli embrioni “sostanzialmente morti”: una soluzione, ancora una volta, di carattere chiaramente nominalistico.

Si deve notare che l'insistenza sulla morte degli embrioni è presente sia nel ricorso proposto al Tribunale di Firenze, sia in quello di Parrillo alla Corte EDU: si parla addirittura di “autodistruzione” per indicare un evento naturale, la morte dell'embrione; ma – ancora una volta – il fatto che un essere umano vivo sia destinato, prima o poi, a morire non ne muta affatto la natura e non ne diminuisce la dignità.

## **7. L'importanza della decisione**

Si potrebbe obiettare che l'insistenza nel difendere il diritto alla vita degli embrioni congelati è rivolta verso un problema inesistente ed è frutto di quella che molti ritengono una vera e propria fissazione di una parte culturale e religiosa.

Non è questo il luogo per argomentare su questa tematica; tuttavia si può rimarcare un aspetto, che rende importante la decisione della Corte Costituzionale anche con riferimento ad interessi diversi da quelli degli embrioni.

L'articolo dei due ricercatori italiani Alberto Giubilini e Francesca Minerva [60] sull'aborto post-nascita ha dimostrato, nel suo ingenuo cinismo, la fragilità di una netta distinzione tra giustificazioni per la legalizzazione dell'aborto e per quella dell'infanticidio, facendo comprendere che i programmi diretti alla soppressione dei neonati in gravi condizioni di salute, come il Protocollo di

Gröningen, trovano la loro reale motivazione in criteri già adottati dalle leggi di legalizzazione dell'aborto.

Il dato non è irrilevante per l'ambito della procreazione medicalmente assistita: non a caso, le precedenti sentenze della Corte Costituzionale (ma anche la sentenza Costa - Pavan della Corte EDU) hanno spesso richiamato il bilanciamento di interessi tra madre e figlio posto a base della legge 194 del 1978, ritenendo illogico non anticiparne l'applicazione alla fase di produzione extracorporea degli embrioni.

Non è difficile comprendere che l'influenza culturale e giuridica tra procreazione medicalmente assistita, interruzione volontaria di gravidanza e infanticidio può svolgersi in entrambe le direzioni: così come le regole dell'aborto legale possono incidere su quelle della fecondazione in vitro, allo stesso modo possono estendersi al trattamento dei bambini dopo la nascita [61]; e così, anche le argomentazioni esposte per autorizzare o meno la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni umani non potranno non avere riflesso in altri ambiti. Non è un caso, del resto, che Giubilini e Minerva siano attenti a chiarire di non avanzare «nessuna richiesta sul limite entro cui l'aborto post-natale non debba più essere permesso» e menzionino espressamente la condizione giuridica degli embrioni congelati [62].

Il legame con la tematica dell'eutanasia non consensuale, quindi, è evidente [63]: se gli embrioni sono esseri umani vivi, le argomentazioni adottate per autorizzarne la soppressione mediante consegna ai ricercatori avranno inevitabilmente riflesso sul destino di altri esseri umani vivi.

La Corte, pertanto, nel decidere se gli embrioni malati, difettosi o non più utili a nessuno scopo possono essere sottoposti a sperimentazioni scientifiche o alla soppressione, dovrà tenere conto di altri esseri umani malati, difettosi e non più utili; se riterrà un criterio distintivo la vicinanza di alcuni embrioni alla morte naturale, dovrà ricordare altri uomini per malattia o età vicini alla morte; nel valutare se il costo di mantenimento degli embrioni congelati è insostenibile per la collettività o per le coppie, dovrà tenere conto se il costo per il mantenimento in vita di altre persone bisognose di assistenza medica e di cure sia eccessivo o insostenibile; nel ritenere alcuni embrioni “sostanzialmente morti”, dovrà valutare se anche altre persone in stato di incoscienza possano essere considerate tali.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Ord. Trib. Firenze del 7/12/2012, in causa C.S.A. e P.G. c. Centro di fecondazione assistita Demetra s.r.l. e Presidenza del Consiglio dei Ministri, reg. ord. n. 166 del 2013 pubbl. su G.U. del 17/7/2013 n. 29; reperibile nel sito della Corte Costituzionale: [http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2013&numero=166&numero\\_parte=1](http://www.cortecostituzionale.it/schedaOrdinanze.do?anno=2013&numero=166&numero_parte=1). I ricorrenti avevano già promosso altra causa nel corso della quale era stata sollevata questione di costituzionalità decisa insieme ad altre dalla sentenza della Corte Cost. n. 151 del 2009.

[2] che, ovviamente, si è associato alla richiesta di sollevare questione di costituzionalità della normativa negli stessi termini dei ricorrenti.

[3] I Giuristi per la Vita hanno chiesto al Presidente della Corte Costituzionale la nomina di un curatore speciale per gli embrioni prodotti, al fine di garantire, almeno davanti alla Corte, un reale contraddittorio rispetto alle domande proposte.

[4] che, come sottolineato, era stata emessa nell'ambito di una causa promossa dagli stessi odierni attori.

[5] Corte Cost. sent. n. 151 del 2009: «Deve, pertanto, dichiararsi la illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2, della legge 40 del 2004, limitatamente alle parole 'ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre'. L'intervento demolitorio mantiene, così, salvo il principio secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare, con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diversa, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute».

[6] Ord. Trib. Firenze del 7/12/2012: «È evidente, poi, che il trascorrere del tempo determinerebbe una perdita di qualità indispensabili per poter effettuare l'attività di ricerca per cui gli attori intendono destinare gli embrioni non biopsabili».

[7] Ord. Trib. Firenze del 7/12/2012: «Tale questione risulta, dunque, rilevante per il soddisfacimento degli interessi azionati nel caso de quo, atteso che gli attori hanno crioconservato (presso il Centro Demetra) 9 embrioni (di cui la metà malati e l'altra metà non sottoponibili a biopsia), che per loro espressa decisione non verranno mai utilizzati nel processo procreativo, configurandosi come embrioni soprannumerari destinati all'autodistruzione».

[8] La violazione della norma è sanzionata dal quarto comma dello stesso articolo con la pena della reclusione da due a sei anni e con la multa da

50.000 a 150.000 euro, con ulteriore aumento per l'aggravante da esso prevista. La Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4/4/1997, di cui è stata autorizzata la ratifica con l. 28 marzo 2001, n. 145, vieta la produzione di embrioni umani a fini di ricerca (art. 18, comma 2).

[9] O meglio: il Tribunale mostra di essersi posto il problema, risolvendolo con una motivazione che nulla dice: «È invece evidente il ben diverso atteggiarsi del divieto di ogni forma di selezione a scopo eugenetico di gameti ed embrioni, ovvero di produrre embrioni esclusivamente finalizzati alla ricerca ed alla sperimentazione, o ancora ad essere utilizzati in trattamenti finalizzati alla predeterminazione di caratteristiche genetiche o alla donazione, rispetto al divieto volto ad impedire, sempre e comunque, la crioconservazione del materiale prodotto, la selezione fra embrioni portatori della specifica patologia e non finalizzati al trasferimento nell'utero della donna, nonché la possibilità per la gestante, acquisite le informazioni inerenti lo stato di salute dell'embrione, di rifiutare il trasferimento ovvero di revocare il consenso all'attuazione dello stesso (a maggior ragione quando questo risultasse affetto dalla specifica grave patologia che l'intervento era chiamato a scongiurare ovvero determinasse seri rischi per la salute della stessa gestante), correlato al divieto assoluto, per i generanti, di destinare gli embrioni residuati alla ricerca medica, anziché condannarli all'autodistruzione per estinzione». Che sia davvero “evidente” questa differenza è assai discutibile: il Giudice esclude che la volontà della coppia sia stata e sia quella di produrre il numero massimo di embrioni per destinarli alla ricerca scientifica? E come si giustifica la volontà di destinare alla ricerca anche gli embrioni non biopsabili, quelli per i quali la coppia non sa nemmeno se sono o meno malati?

[10] Se non di valore economico. In effetti, l'ordinanza non chiarisce affatto se la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni prodotti avverrebbe gratuitamente. Il difensore dei ricorrenti, in un comunicato stampa emesso a seguito del ricorso al Presidente della Corte Costituzionale dei Giuristi per la Vita di cui si è già fatto cenno *supra*, nota 3, ha pubblicamente sostenuto che i nove embrioni sono “proprietà” della coppia che li ha generati. Si tratta della posizione assunta da Parrillo nella causa Parrillo c. Italia davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, su cui *infra*, par. 5: la ricorrente sosteneva che «gli embrioni concepiti mediante fecondazione in vitro non potevano essere considerati “persone” in quanto se non erano impiantati non erano destinati a svilupparsi in feti e a nascere. Ha concluso che, dal punto di vista giuridico, essi erano dei “beni”. Date le circostanze ella ha ritenuto di aver diritto alla proprietà dei suoi embrioni e che lo Stato avesse imposto restrizioni di tale

diritto non giustificate da alcuna causa di pubblica utilità.» (CEDU, sent. Parrillo c. Italia, 27/8/2015, parr. 202 e 203).

[11] esattamente dalla fusione del citoplasma dello spermatozoo con il citoplasma dell'oocita.

[12] Ord. Trib. Firenze del 7/12/2012: «Nessun rilievo viene attribuito alla specifica condizione in cui il materiale genetico si trova; e ciò vale, soprattutto, per gli embrioni soprannumerari o residuati al trattamento di PMA»

[13] Si tratta di affermazione provvisoria: nel prosieguo il Giudice solleva anche la questione di costituzionalità dell'art. 6, comma 3, legge 40 e, quindi, sostiene l'illegittimità del divieto di revoca del consenso dopo la fecondazione dell'ovulo; la questione, quindi, travolge la distinzione di cui si parla, perché si sostiene che il rifiuto al trasferimento in utero, previa revoca del consenso da parte della donna, sia possibile anche per gli embrioni di cui non è stata accertata alcuna malattia.

[14] quindi per tutti quelli prodotti dalla coppia ricorrente.

[15] Un richiamo implicito alla «funzione sociale» della proprietà privata (art. 42 Cost.)?

[16] Questi principi sono stati ribaditi recentemente dalla Corte Costituzionale con l'ord. n. 234 del 2013. La Corte ha dichiarato legittima la previsione della legge n. 194 del 1978 che prevede la procedibilità d'ufficio (e non a querela) del reato di aborto colposo, osservando che «in seguito alla riforma attuata con la legge n. 194 del 1978, non può utilmente proporsi una comparazione tra l'aborto colposo e le lesioni personali colpose, perché l'aborto colposo è configurato come un reato autonomo, rispetto al quale vengono in rilievo, oltre all'integrità psico-fisica della donna, altri interessi costituzionalmente garantiti, quali quelli relativi alla protezione della maternità (art. 31, secondo comma, Cost.), e alla tutela del concepito, desumibile dall'art. 2 Cost. (sentenze n. 35 del 1997 e n. 27 del 1975)». Un fuggevole riferimento all'esigenza della tutela dell'embrione limitata solo dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione è contenuto nella Sent. della Corte Cost. n. 162 del 2014 sul divieto di fecondazione eterologa. Sulle affermazioni presenti nella sentenza della Corte Cost. n. 229 del 2015, infra nel testo, par. 6.

[17] Art. 13, comma 3, lett. a): «Sono comunque, vietati ... la produzione di embrioni umani ...»; Art. 14, comma 2: «Le tecniche di produzione degli embrioni ...»; art. 14, comma 5: «I soggetti ... sono informati ... sullo stato di salute degli embrioni prodotti ...»

[18] La descrizione della tecnica è effettuata nel paragrafo III delle Linee Guida.

[19] Nell'uso veterinario, lo scopo è esplicitamente eugenetico (miglioramento della razza dell'animale); nell'uso umano le tecniche possono essere utilizzate «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o infertilità umana», come indica l'art. 1 della legge 40; ovvero allo scopo di selezionare ed eliminare gli embrioni malati; ovvero, ancora, per ottenere “materiale” per le ricerche scientifiche di vario tipo.

[20] Basti richiamare l'esperienza delle banche del seme assai diffuse in altri paesi (e vietate dall'art. 12, comma 6, della legge 40) nelle quali i gameti maschili e femminili sono catalogati sulla base delle caratteristiche fisiche del donatore.

[21] come si è visto, nel caso di specie sono stati prodotti dieci embrioni in un solo ciclo.

[22] ma anche gli strumenti per la diagnosi di gravidanza.

[23] Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica*, del 28 novembre 2012, serie C., n. 257, reperibile

in <http://joomla.corteidh.or.cr:8080/joomla/es/jurisprudencia-oc-avanzado/38-jurisprudencia/1950-corte-idh-caso-artavia-murillo-y-otros-fertilizacion-in-vitro-vs-costa-rica-excepciones-preliminares-fondo-reparaciones-y-costas-sentencia-de-28-noviembre-de-2012-serie-c-no-257>; la pronuncia è menzionata dalla sentenza della Corte EDU *Parrillo c. Italia*, cit., al par. 68.

[24] Article 4. Right to Life «Every person has the right to have his life respected. This right shall be protected by law and, in general, from the moment of conception. No one shall be arbitrarily deprived of his life.». I testi in lingua straniera sono tradotti dall'A. e riportati nella lingua originale in nota.

[25] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit.: «the embryo cannot be understood to be a person for the purposes of Article 4(1) of the American Convention»

[26] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit.: «the Court has concluded that “conception” in the sense of Article 4(1) occurs at the moment when the embryo become implanted in the uterus, which explains why, before this event, Article 4 of the Convention would not be applicable»

[27] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit.: «the protection of the right to life under this provision is not absolute, but rather gradual and incremental according to its development, since it is not an absolute and unconditional obligation, but entails understanding that exceptions to the general rule are admissible.»

[28] Osserva Stefano Fontana (S. Fontana, *La crisi giuridica ovvero l'ingiustizia legale*, in Crepaldi, Fontana (a cura di) *Quinto Rapporto sulla dottrina sociale della Chiesa nel mondo*, Siena, 2013, p. 16): «si constata una

giurisprudenza delle Corti di giustizia internazionali che si arroga il diritto di formulare delle definizioni metafisiche e non solo di individuazione delle fattispecie giuridiche, fino a definire in proprio – ma non si capisce con quale autorità – quanto in precedenza era definito dalla religione, dal senso comune, dalla legge naturale, dalla politica. Le Corti di giustizia, nel momento in cui si concedono questo diritto di ridefinizione metafisica della natura umana – espressione di un dogmatismo pragmatico indifferente al principio ontologico della persona – nel momento cioè della massima loro forza, dimostrano anche e conseguentemente la crisi giuridica, dando luogo all'ingiustizia legale. La Corte Interamericana per i Diritti Umani ha giuridicamente imposto al Costa Rica una ingiustizia. Maggiore crisi giuridica non ci potrebbe essere».

[29] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit: «The Court underlines that the evidence in the case file shows that IVF has transformed the discussion on how the phenomenon of “conception” is understood. Indeed, IVF has revealed that some time may elapse between the fusion of the egg and the spermatozoid and implantation. Therefore, the definition of “conception” accepted by the authors of the American Convention has changed. Prior to IVF, the possibility of fertilization occurring outside a woman’s body was not contemplated scientifically.»

[30] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit: «Indeed, IVF has revealed that some time may elapse between the fusion of the egg and the spermatozoid and implantation.»

[31] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit: «Thus, the Court considers that the term “conception” cannot be understood as a moment or process exclusive of a woman’s body, given that an embryo has no chance of survival if implantation does not occur.»

[32] Ricerche effettivamente in corso e aventi una qualche consistenza, tanto da essere esplicitamente vietate dall'art. 13, comma 3, lett. c) legge 40 del 2004.

[33] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit: «Proof of this is that it is only possible to establish whether or not pregnancy has occurred once the fertilized egg has been implanted in the uterus, when the hormone known as “chorionicgonadotropin” is produced, which can only be detected in a woman who has an embryo implanted in her.»

[34] Corte Interamericana dei diritti umani, sent. cit: «The precedent sexamined so far allowit to be inferred that the purpose of Article 4(1) of the Convention is to safeguard the right to life, without this entailing the denial of other rights protected by the Convention. Thus, the object and purpose of the expression “in general” is to permit, should a conflict between rights arise, the possibility of invoking exceptions to the protection of the

right to life from the moment of conception. In other words, the object and purpose of Article 4(1) of the Convention is that the right to life should not be understood as an absolute right, the alleged protection of which can justify the total negation of other rights.»

[35] Ci riferiamo alla tutela affermata nelle pronunce delle Corte Costituzionali, cui non sempre corrispondono le norme adottate dal legislatore ordinario.

[36] Il riferimento è alla pillola “del giorno dopo” e alla più recente pillola “dei cinque giorni dopo”.

[37] Department of Health and Social Security, Report of the Committee of inquiry into Human Fertilization and Embriology, London, Her Majesty's Stationary Office, 1984, pag. 65. La traduzione in italiano è quella contenuta in A. Serra, L'uomo-embrione, Siena, 2003, p. 45.

[38] Sono tutte rammentate nella sentenza della Corte interamericana.

[39] Le notizie sono ricavate da Miranda Haider, La Corte Interamericana condanna il Costa Rica per il divieto di fecondazione in vitro, in DPCE online, 2013 – 2, reperibile alla pagina <http://www.dpce.it/online/index.php/archivio/numero-2-2013/134-note-a-sentenza/302-la-corte-interamericana-condanna-il-costa-rica-per-il-divieto-di-fecondazione-in-vitro>

[40] Corte Suprema del Costa Rica, sent. cit.: «Cuandoelespermatozoidefecunda al óvuloesaentidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es quetodo lo que le permitiráevolucionarhaciael individuo ya se encuentra en su lugar; toda la informaciónnecesaria y suficiente para definir lascaracterísticas de un nuevo ser humanoaparecenreunidas en elencuentro de losveintitréscromosomas del espermatozoide y losveintitréscromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de lascélulasque se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en elestadio de trescélulasexiste un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamentediferente de cualquierotro. En resumen, en cuanto ha sidoconcebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por elordenamientojurídico»

[41] Corte Suprema del Costa Rica, sent. cit.: «Elembriónhumano es persona desdeel momento de la concepción, por lo que no puede ser tratadocomoobjeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimiconstitucionalmentequeseaexpuesto a un riesgodesproporcionado de muerte. [...] La objeciónprincipal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevadapérdida de embriones, que no puedejustificarse en elhecho de queelobjetivo de ésta es lograr un ser

humano, dotar de un hijo a una pareja de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones que se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos.»

[42] CEDU, sent. Parrillo c. Italia, 27/8/2015, cit.: «Le sentenze nn. 348 e 349 stesse chiariscono la differenza tra i ruoli che hanno rispettivamente la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale, concludendo che la prima ha il compito di interpretare la Convenzione mentre l'ultima deve determinare se vi sia un conflitto tra una particolare disposizione interna e i diritti garantiti dalla Convenzione, inter alia alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (...) I principi stabiliti nelle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 devono essere accolti favorevolmente, in particolare per quanto concerne la posizione attribuita alla Convenzione nell'ordinamento giuridico interno e l'incoraggiamento dato alle autorità giudiziarie nazionali a interpretare le norme interne e la Costituzione alla luce della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte.»

[43] Si tratta di interpretazione infondata: la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 162 del 2014 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione di tipo eterologo, non ha in alcun modo preso in considerazione - e nemmeno menzionato - il destino degli embrioni non destinati all'impianto.

[44] CEDU, sent. Parrillo c. Italia, 27/8/2015, cit.: «La Corte riconosce che la "tutela del potenziale di vita dell'embrione" può essere collegata al fine della protezione della morale e dei diritti e delle libertà altrui, nei termini in cui il Governo intende tale concetto (si veda altresì Costa e Pavan, sopra citata, §§ 45 e 59). Ciò non comporta tuttavia che la Corte abbia valutato se il termine "altri" si estenda agli embrioni umani (si veda A, B e C c. Irlanda, sopra citata, § 228)».

[45] Corte Cost. sent. n. 27 del 1975: «Ritiene la Corte che la tutela del concepito - che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) - abbia fondamento costituzionale. L'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito».

[46] La Corte ha anche escluso che il divieto di soppressione contrasti «con l'asserito "diritto di autodeterminazione" o, per interposizione, con il richiamato parametro europeo, per l'assorbente ragione che il divieto di soppressione dell'embrione malformato non ne comporta, per quanto detto,

l'impianto coattivo nell'utero della gestante, come il rimettente presuppone e, in relazione ai suddetti parametri, appunto censura».

[47] Si ricordino le osservazioni sulla condotta adottata dalla coppia ricorrente, così come emerge dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze, *supra*, par. 1.

[48] Le statistiche ministeriali dimostrano che, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009, i tecnici della fecondazione in vitro avevano immediatamente iniziato a fare ciò che, negli anni successivi, è stato dichiarato legittimo (nel 2009 erano stati congelati oltre 7.000 embrioni, mentre l'anno precedente il numero di embrioni congelati era di 763): di conseguenza il numero degli embrioni crioconservati destinati a non essere mai trasferiti nel corpo delle loro madri genetiche è già alto. Secondo l'ultima Relazione del Ministero della Salute sull'attuazione della legge 40, concernente i dati del 2013, in quell'anno sono stati congelati oltre 22.000 embrioni. Il numero complessivo degli embrioni crioconservati, tuttavia, dipende anche da quelli scongelati al fine di trasferimento in utero; nel 2013 sono stati scongelati oltre 14.000 embrioni: in definitiva, in quell'anno, il numero complessivo di embrioni in stato di crioconservazione è aumentato di circa 8.000 embrioni. La Relazione è reperibile sia sul sito del Ministero della Salute ([http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_2379\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2379_allegato.pdf)) che su quello del Parlamento.

[49] Come è sempre avvenuto: il fatto che fin dal 1986 l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa avesse raccomandato il divieto di produzione di embrioni umani ai fini di ricerca, poi vietata esplicitamente dalla Convenzione di Oviedo nel 1997, dimostra che i tecnici della fecondazione in vitro e alcuni ricercatori, fin dal nascere delle tecniche, hanno considerato gli embrioni umani mero "materiale da ricerca".

[50] L'art. 17 comma 3 della legge 40 del 2004 prevedeva una ricognizione degli embrioni già crioconservati alla data di entrata in vigore della legge e l'adozione di un decreto del Ministro della Salute concernente «le modalità e i termini di conservazione» degli stessi; le Linee Guida, nel paragrafo dedicato alla «Crioconservazione degli embrioni: modalità e termini», individuava e definiva la categoria degli embrioni «in stato di abbandono», vale a dire non in attesa di un futuro trasferimento in utero, disponendo che, nel futuro, essi sarebbero stati crioconservati in maniera centralizzata con oneri a carico dello Stato; il Ministro della Salute emanava il Decreto del 4/8/2004, con il quale si prevedeva il trasferimento degli embrioni in stato di abbandono alla Biobanca Nazionale presso l'Ospedale Maggiore di Milano, previsione mai realizzata; il Ministero della Salute ha creato una Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A., il cui orientamento è citato nella

sentenza CEDU Parrillo c. Italia cit. Il parere della Commissione è reperibile in [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_minpag\\_658\\_documenti\\_documento\\_1\\_fileAllegatoDoc.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf)

[51] In effetti, molti embrioni muoiono dopo lo scongelamento. Nella Relazione Ministeriale del 2015 cit. emerge che, degli oltre 14.000 embrioni scongelati menzionati *supra* nella nota 48, non tutti sono stati trasferiti in utero (su 7.428 cicli iniziati, solo 6.818 hanno visto il trasferimento in utero di uno o più embrioni).

[52] Cosicché si intravede nella richiesta di destinare gli embrioni scartati alla ricerca scientifica una motivazione di carattere economico: se essa fosse lecita verrebbe meno il costo del mantenimento e, probabilmente, sarebbe ipotizzabile anche un guadagno in caso di cessione onerosa ai laboratori di ricerca.

[53] Sul punto, peraltro, si riscontra un'ordinanza del Tribunale di Bologna del 16/1/2015 che ha autorizzato il trasferimento degli embrioni nell'utero della madre in un caso simile (reperibile in <http://www.biodiritto.org/index.php/item/613-tribunale-di-bologna-ordinanza-16012015-%E2%80%93-autorizzazione-all%E2%80%99impianto-di-embriani-congelati-nel-1996>)

[54] L'ottica della necessità di “risolvere il problema” emerge anche nella decisione della Corte EDU Parrillo c. Italia cit., nella quale si sottolinea la possibilità sopravvenuta – dopo la caduta del divieto di fecondazione eterologa – di procedere alla cd. Adozione per la Nascita, di cui il Comitato per la bioetica aveva già trattato nel parere del 18/11/2005. Non si tratta, comunque, di tematica che la Corte Costituzionale dovrà affrontare.

[55] *Supra*, par. 2.

[56] CGUE (Grande Sezione), 18/10/2011, Oliver Brüstle c. Greenpeace: «costituisce un embrione umano qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione ...». «Il contesto e lo scopo della direttiva rivelano pertanto che il legislatore dell'Unione ha inteso escludere qualsiasi possibilità di ottenere un brevetto quando il rispetto dovuto alla dignità umana può esserne pregiudicato. Da ciò risulta che la nozione di “embrione umano”, ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c) della Direttiva deve essere inteso in senso ampio. In tal senso, sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un embrione umano ... dal momento che la fecondazione è tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano». I principi sono stati confermati nella decisione della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 18/12/2014 nella causa C-364/13, nel procedimento International Stem Cell Corporation contro Comptroller General of Patents, Designs and TradeMarks.

[57] Dato in verità del tutto incerto sotto il profilo scientifico. Si ha notizia di gravidanze avviate e portate a termine mediante il trasferimento di embrioni prodotti decenni prima. L'ordinanza del Tribunale di Bologna menzionata sopra, nota 53 ha autorizzato il trasferimento di embrioni prodotti 19 anni prima. L'argomentazione basata sulla "anzianità" degli embrioni tace un altro dato, assolutamente pacifico e in Italia verificabile dalla lettura della Relazione del Ministro della Salute sull'attuazione della legge 40: la probabilità per un embrione scongelato di sopravvivere allo scongelamento, al trasferimento in utero e alla gravidanza è in ogni caso assai bassa (nel 2013, a fronte di oltre 14.000 embrioni scongelati si è registrato il 23,7% di gravidanze e i parti registrati sono stati 1.169, di cui lo 0,4% di bambini nati morti; in definitiva, solo il 9% degli embrioni scongelati è divenuto "bambino in braccio", mentre 12.800 embrioni sono morti nelle varie fasi della procedura), cosicché la minore probabilità di sopravvivere per gli embrioni "anziani" non li differenzia in maniera significativa dagli altri.

[58] Ovviamente la sovrapproduzione degli embrioni applicata sistematicamente dai tecnici della fecondazione in vitro comporta la difficoltà di trasferirli tutti, anche se sani e privi di difetti.

[59] La Commissione di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di P.M.A. propone questa argomentazione: «Ad avviso di questa Commissione è equivalente diagnosticare a carico degli embrioni la morte (intesa come fine della vitalità di tutte le cellule di cui sono composti) o la perdita di vitalità come organismi (intesa come l'irreversibile incapacità dell'embrione, considerato non come la somma di un determinato numero di cellule, ma come un organismo le cui cellule funzionano secondo una dinamica biologica unitaria di svilupparsi). Le motivazioni scientifiche e bioetiche di questa equivalenza non possono evidentemente essere espone in modo adeguato in questa sede, ma risulterà a tutti evidente l'analogia (peraltro molto imperfetta) tra la perdita di vitalità dell'embrione, intesa come assenza della dinamica biologica di sviluppo unitario dell'organismo, e la morte accertabile secondo criteri che non richiedono la verifica della perdita di vitalità di tutte le cellule di cui è composto un corpo, ma solo il realizzarsi di un evento che impedisce a quel corpo (*rectius* a quel cadavere), di funzionare come una singola unità biologica, nonostante alcune cellule ed alcune funzioni possano temporaneamente mantenere una disaggregata vitalità»; la Commissione, tuttavia, conferma che anche per accertare la "perdita di vitalità" dell'embrione congelato occorre scongelarlo, con le conseguenze già trattate nel testo.

[60] A.Giubilini, F. Minerva, After-birth abortion: why should the baby live?, in *Journal of Medical Ethics*, *J Med Ethics* 2013; 39:5 261-263 Published Online First: 23 February 2012

[61] Il tema ha un'applicazione concreta: poiché l'art. 7, comma 3, della legge 194 del 1978 prevede una forte limitazione dell'aborto tardivo «quando sussiste la possibilità di vita autonoma del feto», numerosi sono i tentativi di stabilire in via generale quale sia l'età gestazionale in cui ciò si verifica; ma i criteri sono gli stessi che riguardano il trattamento nei confronti dei neonati prematuri, atteso che sia nei confronti dei feti abortiti tardivamente che dei neonati prematuri vengono posti in essere i medesimi trattamenti; anche per i neonati prematuri sono stati posti in essere alcuni tentativi (uno dei quali formalizzato a livello ministeriale) di stabilire in linea generale che, sotto un certo sviluppo della gestazione, ogni trattamento di rianimazione nei confronti del neonato è inutile e non deve essere attivato.

[62] Giubilini, Minerva, cit.: «L'essere semplicemente un essere umano non è una ragione di per sé sufficiente per attribuire a qualcuno il diritto alla vita: pensiamo agli embrioni in sovrannumero, laddove la ricerca sugli embrioni è permessa, ai feti, laddove l'aborto è permesso, ai criminali laddove la pena di morte è legale.»

[63] Giubilini e Minerva, infatti, propongono proprio la distinzione tra aborto post-natale e eutanasia: «(...) chiediamo che uccidere un neonato sia eticamente accettabile in tutti i casi in cui lo è l'aborto. Questi casi includono quelli in cui i neonati siano potenzialmente in grado di vivere (per lo meno) una vita accettabile, ma il benessere della famiglia sia a repentaglio. (...) la seconda precisazione terminologica è sulla scelta di chiamare la pratica “aborto post-natale”, piuttosto che “eutanasia”. Questa è legata al fatto che l'interesse di chi muore non è necessariamente il primo criterio di scelta, al contrario di come avviene nei casi di eutanasia.»

***Il disegno di legge S. 1119-B: verso una auspicabile e definitiva equiparazione tra stampa cartacea e stampa on line?***

**di  
Andrea Napolitano**

**Abstract:**

Il presente lavoro si prefissa l'obiettivo di analizzare le novità contenute nel D.D.L S. 1119-B, in corso di approvazione definitiva in Parlamento, di modifica della disciplina in materia di diffamazione con il mezzo della stampa con la previsione di una sostanziale equiparazione tra stampa cartacea e quella on line.

*The aim of this work is to analyze the news of the draft law S.1119 B still to be approved in Parliament. It modifies the discipline concerning the defamation through the press, going towards an equality between newspapers and online newspapers.*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Le prospettive di riforma della Legge sulla stampa. - 3. Le (auspiccate) modifiche apportate dalla riforma alle norme del codice penale in materia di responsabilità del direttore responsabile e alle disposizioni a tutela dell'onore e della reputazione. - 4. Le (possibili) innovazioni apportate dalla riforma ai codici civile, di procedura civile e procedura penale. - 5. Conclusioni.

**1. Premessa.**

La libertà di espressione del proprio pensiero e quella di informazione sono state oggetto, nel tempo, di particolare attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto in considerazione dell'inarrestabile evoluzione tecnologica che ha influenzato, in maniera "determinante", i modi attraverso i quali la collettività si informa quotidianamente[1].

Ne è derivato che, le norme di riferimento in materia, contenute nella legge n°47 del 1948 e pensate solo ed esclusivamente per la stampa cartacea, risultino ormai di difficile, o comunque controversa, applicazione ai nuovi mezzi di informazione diversi dalla stessa.

In particolare, come è noto, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla possibile equiparazione tra le testate giornalistiche cartacee e quelle on line, queste ultime regolamentate, ad oggi, solo con riferimento ad alcuni aspetti[2].

Al fine di sopperire a questa evidente *vacatio* legislativa, in Parlamento è in fase di approvazione un disegno di legge, mediante il quale il legislatore intende rivedere, alla luce delle nuove tecnologie utilizzate nel settore, la nozione di informazione professionale, predisponendo modifiche significative alle disposizioni della legge del '48, del codice penale[3], nonché, ad alcune disposizioni dei codici civile, di procedura civile e di procedura penale. La cautela sui tempi di approvazione del d.d.l. è d'obbligo anche perché non si tratta del primo progetto di legge presentato in Parlamento al fine di disciplinare tale materia e questo stesso d.d.l., presentato alla Camera dei Deputati il 13 maggio 2013, sta registrando un iter di approvazione alquanto travagliato, considerata la ripetuta "navetta" alla quale è stato assoggettato in questi due anni [4].

Da un esame del disegno di legge nel suo complesso emerge abbastanza chiaramente come le intenzioni del legislatore siano indirizzate, in modo particolare, non solo alla eliminazione della pena detentiva per i reati di diffamazione ed ingiuria, ma soprattutto verso l'auspicato adeguamento della complessiva normativa in materia di libertà di stampa in considerazione delle tecnologie, diffuse ormai anche nel settore dell'informazione professionale, che hanno reso inadeguate ed obsolete le disposizioni vigenti rispetto alle esigenze di tutela attuali.

## **2. Le prospettive di riforma della Legge sulla Stampa.**

Come si è appena avuto modo di ricordare, la mancata equiparazione della c.d. stampa *on line* a quella cartacea è tema fortemente dibattuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tanto da considerare vera e propria *vacatio* legislativa la circostanza che alcune attività svolte dalle testate giornalistiche telematiche non risultino essere disciplinate da nessuna norma.

L'articolo 1 del disegno di legge in esame sembra voler colmare questa lacuna estendendo esplicitamente le disposizioni previste per la stampa cartacea anche "*alle testate giornalistiche on line registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive*".

Il riferimento ai meri contenuti prodotti e pubblicati dalla redazione risulta essere di estrema rilevanza. In questo modo, infatti, il legislatore esclude l'applicazione delle norme sulla stampa anche ai materiali immessi dagli utenti in sede di commenti a notizie o in altri spazi telematici, che rientrano ad oggi nella più generale previsione del Decreto Legislativo n° 70 del 2003[5].

Inoltre, e coerentemente con questa scelta, la differenza tra i contenuti redazionali e quelli inseriti dagli utenti riguarda anche altri due aspetti, sempre oggetto di attenzione del legislatore, quali la responsabilità del direttore responsabile e la rettifica[6].

L'articolo 1 comma 2 lettera a) del disegno di legge, prevede infatti l'estensione dell'istituto della rettifica, previsto già per il quotidiano, il periodico e l'agenzia di stampa[7], anche alle testate giornalistiche telematiche registrate[8].

Da questa categoria restano però escluse le trasmissioni radiofoniche o radiotelevisive per le quali il rinvio è alla normativa prevista dal c.d. Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici[9].

Altro elemento di innovazione, prettamente formale, è quello riconducibile all'obbligo di pubblicare la rettifica secondo un'indicazione standard per tutti i mezzi di informazione, cartacei o telematici.

La stessa, infatti, dovrà racchiudere gli estremi della notizia oggetto della richiesta, il titolo, la data di pubblicazione, l'autore dell'articolo, ed inoltre non potrà contenere commenti, risposte e dare nuova visibilità alla notizia che doveva essere smentita o corretta.

Al direttore viene inoltre attribuita la facoltà, già prevista dal legislatore, di non pubblicare dichiarazioni o rettifiche richieste nei casi in cui le stesse non possano essere divulgate vista la loro rilevanza penale. A quest'ultima viene aggiunta, nel d.d.l., un'altra ipotesi di diniego, ossia quando le stesse dichiarazioni e rettifiche siano "inequivocabilmente" false.

Alla lettera e) dello stesso articolo 1 comma 2, il legislatore ha inteso disciplinare la rettifica per la stampa non periodica prevedendo, per l'autore dello scritto o per il direttore e vice direttore responsabile, l'obbligo di pubblicare non oltre quindici giorni dalla ricezione della richiesta, in caso di ristampa o nuova diffusione ed anche in formato telematico, dichiarazioni o rettifiche di soggetti che si ritengono lesi della loro reputazione o del loro onore. La stessa disposizione prevede inoltre che nel caso in cui non sia possibile la ristampa o una nuova diffusione dello stampato o la pubblicazione sul sito internet, la rettifica deve essere pubblicata, non oltre quindici giorni dalla ricezione della richiesta, sulla edizione telematica di un quotidiano a diffusione nazionale.

Inoltre, come è noto, in caso di mancata rettifica il soggetto che si ritiene leso può chiedere l'intervento del giudice, ex art 700 c.p.c., che, una volta accolta la richiesta, può obbligare la pubblicazione della rettifica, irrogando al tempo stesso sanzioni di carattere amministrativo.

Il d.d.l. estende tale facoltà anche allo stesso autore dell'offesa nel caso in cui il direttore responsabile di un giornale cartaceo, di una testata telematica registrata o di un'emittente radiofonica o televisiva, non pubblichi la rettifica

disponendo, inoltre, l'obbligo per il giudice di accogliere la richiesta "*quando è stato falsamente attribuito un fatto determinato che costituisce reato*".

Dall'analisi di queste future disposizioni in materia di rettifica può ritenersi come le stesse vadano nella direzione di una rafforzata tutela dei soggetti lesi nella loro dignità.

Non si può tuttavia non sottolineare come tale proposito venga contraddetto da altre disposizioni previste nello stesso testo. E' il caso ad esempio, della nuova formulazione dell'articolo 13 della Legge sulla stampa, secondo cui l'autore dell'offesa, il direttore della testata giornalistica cartacea e di quella *on line* registrata nonché quello di testate radiofoniche o televisive, ipotesi prevista dalla Camera nell'ultima votazione, sono immuni da responsabilità qualora pubblicino, secondo quanto previsto in precedenza o in maniera spontanea, dichiarazioni o rettifiche[10]. Nello stesso comma 4 del "nuovo" articolo 13 è prevista la non punibilità dell'autore dell'offesa nel caso in cui lo stesso abbia richiesto espressamente la pubblicazione della smentita o della rettifica proposta dalla parte offesa e questa sia stata rifiutata.

Come è stato sottolineato, tali ipotesi paiono configurarsi come "rettifiche a regola d'arte" ritenute causa di non punibilità per i responsabili della diffamazione, non sanzionabili in sede penale ma solo in ambito civilistico con la richiesta di risarcimento del danno[11].

Infine per sottolineare un'ulteriore modifica effettuata alla legge sulla stampa, si ricorda la previsione normativa inserita nella nuova formulazione dell'articolo 21 della stessa legge, secondo la quale per le ipotesi di diffamazione telematica la competenza sarà del giudice del luogo di residenza della persona offesa

### **3. Le (auspicite) modifiche apportate dalla riforma alle norme del codice penale in materia di responsabilità del direttore responsabile e alle disposizioni a tutela dell'onore e della reputazione.**

La già analizzata distinzione tra i contenuti inseriti dalla redazione e quelli immessi dagli utenti è, come ricordato in precedenza, di particolare rilevanza anche in riferimento alla modifica dell'articolo 57 del codice penale con il quale viene disciplinata la responsabilità del direttore di un giornale.

Il legislatore sembra essere orientato verso un adeguamento della norma alle esigenze attuali, in considerazione dei nuovi strumenti con cui possono essere compiuti i reati ed, al tempo stesso, ad un rafforzamento del nesso di causalità tra i doveri di vigilanza del direttore ed i delitti commessi, elementi costitutivi e fondamentali per l'ipotesi di responsabilità per omesso controllo addebitabile al direttore ed al suo vice.

Come è noto, mentre il testo attuale dell'art 57 c.p. si riferisce solo ed esclusivamente alla stampa periodica, la "nuova" formulazione va a modificare la rubrica del codice, aggiungendo alla stampa sia le testate radiotelevisive sia "altri mezzi di diffusione" [12].

L'articolo 2 comma 1 del disegno di legge prevede, infatti, che *"il direttore o il vice direttore responsabile del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica on line registrata ai sensi dell'articolo 5 della legge 8 febbraio 1948 n.47, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, risponde con il mezzo della stampa della diffusione radiotelevisiva o con altri mezzi di diffusione se il delitto è conseguenza della violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione"*.

Sembra quindi immutata la riduzione della pena del direttore nella misura di un terzo, non potendosi applicare la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista, mentre può essere considerata come elemento di importante novità la facoltà attribuita al direttore ed al suo vice di poter delegare, con atto scritto avente data certa, le funzioni di vigilanza e di controllo ad uno o più giornalisti qualificati allo svolgimento delle stesse[13].

Il punto centrale della riforma con riferimento alla responsabilità del direttore si ricava tuttavia, come ricordato in precedenza, dalla nuova formulazione dell'articolo 13 della legge sulla stampa dalla quale emerge la *voluntas* legislativa tesa alla eliminazione della pena detentiva ed alla sostituzione di quest'ultima con una multa, connessa alla pena accessoria della pubblicazione della sentenza, irrogata nell'ipotesi di diffamazione in cui l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato falso, la cui diffusione sia avvenuta con la consapevolezza della sua falsità.

Nella stessa direzione si indirizza lo stesso legislatore con il 2° comma dell'articolo 2 dello stesso d.d.l., teso a modificare le norme previste dal codice penale in materia di diffamazione ed ingiuria[14].

Si tratta dell'orientamento auspicato in alcune decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha ritenuto illegittima la possibile irrogazione della pena detentiva ritenuta lesiva della libertà di cronaca[15].

Al tempo stesso, può sottolinearsi che il nostro Parlamento ha esteso la cancellazione della pena detentiva anche per attività non riconducibili all'esercizio di attività informative volta ad eliminare incertezze tra azioni illecite commesse nell'esercizio del diritto di cronaca e quelle che risultano essere diretta conseguenza del diritto di manifestazione del pensiero. Infatti alla libertà di stampa è associabile la sola ipotesi della diffamazione, mentre l'ingiuria, per le caratteristiche stesse della fattispecie, va ricondotta a forme di comunicazione interpersonale, rientranti essenzialmente nella tutela costituzionale dell'art. 15 e non dell'art. 21 Cost. Anche per questo è stato

rilevato come questa scelta del legislatore potrebbe causare un rilevante indebolimento della tutela dei cittadini, vittime di offese ricevute non solo tramite il mezzo della stampa, ma soprattutto attraverso la rete, ad esempio tramite i *social network*[16].

#### **4. Le (possibili) innovazioni apportate dalla riforma ai codici civile, di procedura civile e procedura penale.**

Come già ricordato il disegno di legge prevede anche modifiche al codice civile, di procedura civile e di procedura penale[17].

In modo particolare, al fine di definire un equilibrio tra offensore e offeso, con l'articolo 3 il legislatore ha previsto la possibilità di condannare il querelante al pagamento delle spese e dei danni cagionati in caso di sentenza di non luogo a procedere perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso[18].

L'articolo 4 del disegno di legge si occupa invece di riformulare la disposizione dell'articolo 200 c.p.p. estendendo la disciplina del segreto professionale anche ai giornalisti pubblicisti iscritti al rispettivo albo. Si tratta di una innovazione di particolare rilevanza, anche in considerazione dei profondi cambiamenti intervenuti nella composizione delle redazioni dei giornali.

In riferimento alle modifiche apportate al codice di procedura civile, si ricorda come l'articolo 5 del d.d.l. intende riformare l'articolo 96 del c.p.c., introducendo un'ipotesi di responsabilità aggravata a carico del promotore di un'azione risarcitoria per diffamazione, rivelatasi poi temeraria, commessa con il mezzo della stampa, delle testate giornalistiche *on line*, e di quelle radiotelevisive.

Con riferimento a questo aspetto, si ricorda inoltre che la Camera, ripristinando la disposizione già approvata in prima lettura, ha considerato, in caso di querela temeraria, la facoltà per il giudice di irrogare al querelante una sanzione pecuniaria da 1.000 a 10.000 euro da versare alla cassa delle ammende [19].

Al riguardo il legislatore, ha previsto che in tutti i casi di diffamazione commessa con tutti i mezzi di comunicazione, il giudice nella fase di definizione della somma, definita in maniera equitativa a carico della parte soccombente, deve tener conto della "consistenza" della domanda risarcitoria.

La riforma si conclude infine con il "nuovo" articolo 6 del disegno di legge, inserito nel corso dell'ultimo esame da parte della Camera dei Deputati, con il quale si intende modificare l'articolo 2751 *bis* c.c. riconoscendo la qualifica di "privilegio generale sui mobili al credito del direttore responsabile o

dell'autore della pubblicazione", nei confronti del proprietario o dell'editore, nei casi in cui lo stesso responsabile della testata o l'autore abbiano risarcito il danno in conseguenza di una condanna per diffamazione, esclusi i casi in cui venga accertata la natura dolosa della condotta dell'autore dell'articolo o del direttore[20].

## 5. Conclusioni.

Il d.d.l. in esame, nonostante i molteplici contenuti positivi, deve essere ritenuto solo l'inizio di un più ampio aggiornamento normativo di una materia così delicata quale la libertà di stampa e delle disposizioni penali aventi ad oggetto i limiti della libertà di espressione[21].

In maniera positiva può considerarsi la riforma dell'istituto della rettifica prevista anche per la stampa *on line*, con la quale potrebbe colmarsi un importante vuoto normativo presente nel nostro ordinamento in virtù del quale possono sorgere situazioni di evidente disparità tra la stampa cartacea e quella *on line*[22].

L'aspetto ritenuto di straordinaria importanza appare essere però l'equiparazione della stampa *on line* alle altre forme di informazione professionale ed il conseguente riconoscimento alla stessa della giusta rilevanza anche in ambito giuridico, in considerazione dell'utilizzo sempre maggiore di tale strumento da parte della collettività.

Si tratta di una scelta importante anche in linea con la CEDU[23] volta ad equiparare le due forme di stampa.

Al riguardo appare tuttavia opportuno sottolineare che il legislatore avrebbe potuto decidere di attenzionare la disciplina prevista per la stampa in modo da deregolamentare l'intero settore dell'informazione professionale, come da talune parti era stato proposto. Ha invece fatto la scelta opposta poiché essa appare come l'unica in grado di porre in essere un reale bilanciamento tra libertà di informazione e tutela dei diritti individuali.

Inoltre, se confermata la netta e specifica distinzione tra informazione professionale e non, slegandola dallo strumento utilizzato e collegandola alla finalità informativa, verrebbe confermata l'eccezionale attualità dell'articolo 21 della nostra Carta Costituzionale. Esso infatti prevede già la doppia e diversa classificazione della manifestazione del pensiero e della relativa regolamentazione: la prima volta a tutelare la libertà di chiunque di manifestare il proprio pensiero, l'altra *ad hoc* prevista per l'informazione professionale, circoscritta alla carta stampata e oggi, *rectius* domani (se il ddl verrà finalmente approvato), allargata a tutti gli altri mezzi di diffusione [24].

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa rivista

[1] Sul punto, come è noto, autorevole dottrina ha avuto modo di analizzare i molteplici aspetti e le problematiche di tale disciplina. Senza nessuna ambizione di completezza si ricordano, tra i tanti: G. Cuomo, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale*, Jovene, 1956; S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; P. Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 181 ss. A. Loidice, *Contributo allo studio della libertà di informazione*, Milano, 1967; ID, *Informazione (diritto alla)* in Enc. Die, XXI, Milano, 1971; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973; C. Mortati, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti, vol III*, Milano, 1973; N. Lipari, *Libertà di informare o diritto ad essere informati ?*, in *Dir. radiodiff.*, 1978; A. Baldassare, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Politica del Diritto*, 1986.; L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987; P. Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in *Interlex*, 26 giugno 1987; ID, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, 1993; M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del Diritto*, 1989, 605 ss; P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1996; ID: *Libertà di manifestazione del pensiero e "pubblicazione" in Internet*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997; G. Corasaniti, *Diritto dell'informazione*, Padova, 1999; P. Costanzo *Stampa (Libertà di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, XIV, 1999; ID: voce *Internet*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2000; ID: *Profili costituzionali di Internet*, in E. Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di Internet*, Milano, 2003; P. Costanzo *Stampa (Libertà di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, XIV, 1999; AA.VV. *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006; A.Pace, M Manetti, *Art. 21. La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca e A. Pizzorusso,( a cura di), Bologna, 2006; A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, 2009; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2010, P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 2011, 22. S. Sica- V. Zeno Zencovich, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2012. Resta una lettura fondamentale: P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975.

[2] Il riferimento è senza dubbio alla legge 7 marzo 2001 n°62, (*Nuove norme sull'editoria e sui prodotti editoriali e modifiche alla legge 5 agosto 1981, n°416*) emanata in seguito decisioni giurisprudenziali, che in mancanza di una norma, nell'andare a dirimere controversie, avevano, seppur in maniera embrionale, dato il via all'ingresso di quei siti che svolgevano attività di stampo giornalistico nella categoria dell'informazione professionale.

Infatti, il legislatore allargò la categoria del c.d. prodotto editoriale anche ai contenuti su supporti telematici, ed estese, non senza creare polemiche, alla disciplina dello stesso alcune norme previste in materia di stampa, nello specifico l'articolo 2 della legge 47/1948, con il quale venivano definite le indicazioni obbligatorie che si dovevano trovare sugli stampati, nonché l'art. 5 che obbligava i giornali alla registrazione presso le cancellerie dei tribunali di competenza.

Proprio quest'ultima disposizione, fu oggetto di particolari critiche da parte della dottrina e degli operatori del settore, che ritennero tale obbligo esteso anche per le testate telematiche, una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Come è noto, per sopperire a tali critiche, lo stesso legislatore con il successivo Decreto Legislativo 70/2003, stabilì la sussistenza dell'obbligo della registrazione per le sole realtà editoriali che intendevano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001 n. 62.

Nell'analisi della normativa del 2001, inoltre, autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare la mera natura economica dell'intervento, definito quale "*mero strumento di concessione di provvidenze o agevolazioni pubbliche alle testate on line*". Cfr. sul punto V. Zeno- Zencovich, *I prodotti editoriali elettronici nella l. 7 marzo 2001 n. 62 ed il preteso obbligo di registrazione*, in *Riv. Inform*, 2001, 166.Cfr., inoltre, sul punto, A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in internet*, Torino, 2009, A. Papa, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, in *Riv. inform.*, 2011, 3, 477 ss.

[3] Il riferimento è alle norme riconducibili ai c.d. delitti contro l'onore e alla responsabilità del direttore di una testata giornalistica.

[4] Il Disegno di Legge S. 1119 B recante "*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948 n. 47 al codice penale, al codice di procedura penale, al codice di procedura civile e al codice civile in materia di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante, nonché di segreto professionale*" è stato approvato dalla Camera dei Deputati il 17 ottobre 2013, approvato con modifiche dal Senato della Repubblica il 29 ottobre 2014, nuovamente riapprovato dalla Camere dei Deputati il 24 giugno 2015, trasmesso da parte del Presidente della stessa assemblea alla Presidenza del Senato il 25 giugno 2015, è stato assegnato alla 2° Commissione Permanete Giustizia in sede referente il 3 luglio 2015 ed

è dal 9 settembre 2015 in corso di esame da parte della stessa Commissione. Per un primo commento a questo disegno di legge si consenta il richiamo a A. Napolitano, *La responsabilità del direttore di testata giornalistica on line: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Diritto Mercato Tecnologia* 2, 2014, 5 ss.

[5] Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante “Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”.

[6] Come è noto, l'istituto della rettifica è stato disciplinato in maniera diversa in riferimento alla stampa e alla radiotelevisione.

L'articolo 8 della legge sulla stampa impone al direttore responsabile del giornale la pubblicazione delle rettifiche entro e non oltre i due giorni dal ricevimento della richiesta, in maniera gratuita sul periodico o nell'agenzia di stampa, dando la stessa rilevanza della notizia a cui la rettifica di riferisce. In materia di radiotelevisione, invece, l'articolo 10 della legge 6 agosto 1990, n° 223, (*Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*) equiparando la figura del direttore di telegiornali e giornali radio a quella dei direttori responsabili delle testate giornalistiche cartacee, stabilisce che vengano applicate le medesime norme previste in materia di stampa, obbligando, quindi, lo stesso, alla pubblicazione della rettifica entro e non oltre il secondo giorno dalla ricezione della stessa, durante la fascia oraria della trasmissione dove è stata diffusa la notizia lesiva. Per quanto riguarda invece le testate telematiche, ad oggi, l'unico obbligo previsto per i siti *on line*, è quello definito, da una decisione del 24 gennaio 2013 del Garante della Privacy, con la quale è stabilita la predisposizione, in riferimento all'archivio storico *on line*, di un sistema idoneo a segnalare possibili sviluppi delle notizie pubblicate. Ne deriva che il conseguente obbligo di aggiornamento dell'archivio storico del sito svolgerebbe la stessa finalità prevista per la rettifica.

[7] A tal proposito, quindi, particolare attenzione viene attribuita alla necessità di evidenziare l'applicabilità delle nuove disposizioni alle sole testate telematiche registrate e ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi e messi in rete dalle stesse redazioni, escludendo, anche in questo caso, i materiali caricati dagli utenti in caso di commenti alle notizie caricate dalla stessa redazione.

[8] Per queste il legislatore ha previsto con la lettera b) del suddetto articolo 1 comma 2 l'obbligo di pubblicare la rettifica entro e non oltre due giorni “con la stessa metodologia, visibilità e modalità di accesso al sito internet, nonché con le stesse caratteristiche grafiche della notizia cui si riferiscano,

*nonché all'inizio dell'articolo contenente la notizia cui si riferiscono, senza modificarne la URL e in modo da rendere evidente l'avvenuta modifica".*

Questa ultima previsione risulta essere di particolare importanza poiché lega in maniera inscindibile le rettifiche e le dichiarazioni con l'articolo o l'immagine incriminate, con la conseguenza che l'utente sarà in grado di conoscere non solo il contenuto inizialmente pubblicato ma anche la successiva rettifica.

Nello stesso modo inoltre è stato previsto che se la testata telematica fornisca agli utenti un servizio personalizzato, *"le dichiarazioni e le rettifiche devono essere inviate agli utenti che hanno avuto accesso alla notizia cui si riferiscono"*.

[9] Si tratta del Decreto Legislativo 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici). Nello specifico, l'articolo 32 *quinquies* dello stesso, ai commi 2 e 3 statuisce il diritto per chiunque si ritenga leso nei suoi interessi morali, quali in particolare l'onore e la reputazione, o materiali da trasmissioni contrarie a verità a chiedere al fornitore di servizi di media audiovisivi lineari, incluse la concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, all'emittente radiofonica ovvero alle persone da loro delegate al controllo della trasmissione, che sia trasmessa apposita rettifica, purché questa ultima non abbia contenuto che possa dar luogo a responsabilità penali. La rettifica deve essere effettuata entro quarantotto ore dalla data di ricezione della relativa richiesta, in fascia oraria e con il rilievo corrispondenti a quelli della trasmissione che ha dato origine alla lesione degli interessi.

[10] Come si è avuto di ricordare in precedenza, nella nuova disposizione dell'articolo 13 sono, inoltre, riunite diverse fattispecie sanzionatorie inerenti alla diffamazione a mezzo stampa, per le quali viene eliminata la pena detentiva sostituita da una multa da 5.000 a 10.000 euro, l'applicazione della pena accessoria della pubblicazione della sentenza ed, in casi di recidiva, l'interdizione della professione di giornalista per un periodo che va da un mese a sei mesi. In merito alla recidiva, la Camera dei Deputati, nell'ultima votazione ha statuito che la pena accessoria dell'interdizione dalla professione debba applicarsi alle ipotesi disciplinate dall'art 99 comma 1 del codice penale e non come previsto dal Senato per la recidiva reiterata disposta dal quarto comma della stessa norma codicistica.

Sarà lo stesso giudice che attraverso la sentenza di condanna disporrà la trasmissione degli atti al competente ordine professionale competente ad irrogare la sanzione disciplinare.

[11] Cfr. C. Melzi D'Eril- G.E. Vigevani, *Nella nuova diffamazione un arsenale pericoloso*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 ottobre 2014, 41. In riferimento all'azione di risarcimento del danno, bisogna inoltre ricordare come il legislatore abbia

introdotto al comma 3 dell'articolo 1 del Disegno di Legge, l'articolo 11 *bis* nella legge sulla stampa relativo proprio al risarcimento del danno, evidenziando come l'azione civile si prescriva in due anni ed individuando dei parametri di cui il giudice deve tener conto nella quantificazione del danno derivante da diffamazione quali la diffusione quantitativa e la rilevanza, nazionale o locale, del mezzo di comunicazione usato per compiere il reato, la gravità dell'offesa e l'effetto riparatorio della pubblicazione o della diffusione della rettifica. Questa nuova disposizione sostituisce l'abrogato articolo 12 della Legge sulla Stampa in virtù del quale per la persona offesa poteva chiedere oltre al risarcimento del danno anche una somma a titolo di riparazione, determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato.

[12] Si ricorda come la responsabilità del direttore di un giornale *on line* è stata oggetto di interventi legislativi, risultati inidonei alla risoluzione dei dubbi riscontrati dalla dottrina e dalla giurisprudenza e delle lacune legislative in materia. Il riferimento è alla c.d. legge Mammì e alla già citata legge 62/2001, con le quali furono previste specifiche ipotesi di responsabilità per il direttore di una testata telematica riferite ai soli fini della registrazione. Tra le innumerevoli decisioni che si sono interessate al problema si ricordino: Ufficio Indagini Preliminari Milano, 11 dicembre 2008, in *Foro ambrosiano*, 2008, 401; Trib. Firenze, 13 febbraio 2009, in *Dir. informatica*, 2009, 6; Cass. 16 luglio 2010 n. 35511, in *Resp. civ e prev.*, 2011, 1, 82; Cass. 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Resp. civ e prev.*, 2012, 2, 647.

[13] Tale possibilità sarebbe però collegata alle dimensioni organizzative e alla diffusione della testata giornalistica, radiofonica o televisiva o della testata telematica registrata ai sensi dell'articolo 5 della già citata legge sulla stampa. Bisogna inoltre ricordare, come la Camera dei Deputati, nel modificare il testo del d.d.l., il 24 giugno 2015, ha ritenuto opportuno sopprimere la disposizione secondo la quale il direttore o il vice direttore del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica radiofonica o televisione o della testata giornalistica *on line*, avrebbero risposto in prima persona dei delitti commessi con il mezzo della stampa, di strumenti radiotelevisivi o di altra diffusione nei casi di scritti anonimi.

[14] Si tratta, nello specifico degli articoli 594, 595 c.p. per i quali viene esclusa l'irrogazione della pena detentiva che mantengono al tempo stesso la natura giuridica di delitto, a dispetto di parte della dottrina che ne auspicava la depenalizzazione. La nuova formulazione dell'articolo 594 c.p. stabilisce per la c.d. ingiuria semplice la pena detentiva fino a sei mesi o il pagamento di una multa di 516 euro, raddoppiata nei c.d. casi di ingiuria specifica, riscontrabile in un'affermazione offensiva avente ad oggetto l'attribuzione di

un fatto specifico proferita in presenza di più persone. Nello stesso modo, il “nuovo” articolo 595 c.p. prevede l’irrogazione della pena detentiva fino ad un anno o il pagamento di una multa fino a 1032 euro per la c.d. diffamazione semplice, fino a due anni, o una multa fino a 2065 euro, in caso di diffamazione specifica ed in casi particolari, come ad esempio la diffusione delle offese tramite il mezzo della stampa, la reclusione da sei mesi a tre anni o una multa non inferiore a 516 euro. All’ultimo comma della medesima norma viene stabilito un aumento di pena nel caso in cui l’offesa venga rivolta a “*corpo politico, amministrativo o giudiziario o ad una sua rappresentanza o ad un’Autorità costituita in collegio*”. Dall’analisi delle norme appena esaminate risulta chiara la volontà legislativa di aggiornare queste disposizioni alle nuove tecnologie. Il legislatore ha previsto, inoltre, l’applicazione di tali disposizioni anche alle “comunicazioni telematiche” ritenute strumenti idonei ad arrecare un’offesa dell’onore di una persona, ipotesi già riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità che in alcune decisioni aveva statuito, seppur in maniera ufficiosa, l’inserimento delle “comunicazioni telematiche” nella fattispecie penale. In riferimento, al “nuovo” articolo 595 c.p. si sottolinea l’aggravamento della pena prevista per i casi di diffamazione compiuti con il mezzo della stampa o attraverso altri mezzi idonei a diffondere i contenuti diffamatori in pubblico, anche a quella realizzata utilizzando dispositivi telematici.

A tal fine bisogna però evidenziare come il legislatore non abbia tenuto conto della rilevante differenza tra l’offesa pubblicata su un sito internet e quella divulgata attraverso i c.d. *social network* che per le loro caratteristiche possono essere al tempo stesso strumenti sia di diffusione del pensiero e di informazione che di comunicazione interindividuale, ritenendo come aggravata indistintamente, l’offesa cagionata attraverso il mezzo telematico. Infine, dallo studio della normativa in esame si evince come le norme analizzate del codice penale concedano al giudice la facoltà di scegliere tra la sanzione detentiva e quella pecuniaria. Si tratta di una facoltà non prevista dall’attuale articolo 13 della legge sulla stampa, in virtù del quale la diffamazione a mezzo stampa consistente nell’attribuzione di un fatto specifico viene sanzionata con la reclusione (da uno a sei anni) e la pena pecuniaria (non inferiore a 256 euro) che non risultano essere alternative ma devono essere obbligatoriamente irrogate entrambe dal giudice.

Per concludere il discorso sulle modifiche al codice penale, si evidenzia come, al fine di bilanciare la cancellazione della pena detentiva, il legislatore ha, per questo motivo, previsto un rilevante innalzamento delle sanzioni pecuniarie.

Nello specifico, nel caso di diffamazione commessa con il mezzo della stampa si applica la pena della multa da 5.000 a 10.000 euro, aumentata

fino a 50.000 euro se l'offesa si basa sull'attribuzione di un fatto determinato la cui diffusione è avvenuta nonostante la consapevolezza della sua falsità; per l'ingiuria semplice la sanzione è elevata fino a 5.000 euro, per la diffamazione semplice è prevista una multa fino a 10.000, 15.000 se si tratti di diffamazione specifica.

[15] Tra le tante, si ricorda la sentenza *Belpietro v. Italy*, del 24 settembre 2013 con la quale la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, accolse il ricorso presentato dal giornalista italiano condannato a quattro mesi di reclusione per diffamazione aggravata (pena che il giornalista non sconterà mai visto il beneficio della sospensione della pena) per non aver controllato un articolo, ritenuto in seguito diffamatorio, pubblicato sul quotidiano di cui lo stesso era direttore.

I giudici di Strasburgo, nell'accogliere il ricorso, evidenziarono come la legislazione italiana, nel prevedere l'irrogazione della pena detentiva per i giornalisti, non rispettasse il limite di proporzionalità imposto dall'art. 10 della CEDU, idoneo a limitare la libertà di espressione.

Gli stessi giudici, nel motivare tale decisione evidenziarono come la libertà di cronaca dovesse essere intesa quale nucleo fondamentale della libertà di espressione, sanzionando in maniera rigida la scelta dell'Italia di prevedere pene detentive, pecuniarie eccessivamente alte ed amministrative nei confronti dei giornalisti, idonee a creare il c.d. *chilling effect* nei confronti degli stessi giornalisti e delle imprese editoriali. Sul punto, bisogna però ricordare anche il c.d. caso Sallusti, concluso con il D.P.R. 20 dicembre 2012 grazie al quale l'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in virtù dei poteri conferiti dalla Costituzione, commutò in pena pecuniaria la condanna per diffamazione aggravata inflitta al giornalista Alessandro Sallusti, condannato anche esso per omesso controllo. Cfr. sul punto M. Orofino, *Il Disegno di Legge S. 1119: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto all'onore ed alla reputazione*, in *Astrid Rassegna*, 17, 2014.

[16] M. Orofino, *Il Disegno di Legge S. 1119: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto all'onore ed alla reputazione*, cit.

[17] Anche se non è presente nell'ultima versione del testo votato dalla Camera, si ritiene opportuno menzionare l'"ex" articolo 3 del disegno di legge in esame, composto da tre commi con i quali si intendevano disciplinare due temi di straordinaria rilevanza quali la rimozione dei contenuti dai siti internet e la c.d. deindicizzazione dei contenuti da parte dei motori di ricerca, divenuto di strettissima attualità in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 13 maggio 2014, la c.d. Sentenza Google. Si trattava di una disposizione inserita nel testo licenziato dalla Commissione

Giustizia del Senato e votata dallo stesso ramo del Parlamento il 29 ottobre 2014 che era stata da subito oggetto di importanti critiche da parte della dottrina in merito alla difficile comprensione della stessa da parte degli operatori del diritto e per la non chiarissima definizione.

Il primo comma della norma statuiva, che *“Fermo restando il diritto di ottenere la rettifica o l’aggiornamento delle informazioni contenute nell’articolo ritenuto lesivo dei propri diritti, l’interessato può chiedere l’eliminazione dai siti internet e dai motori di ricerca, dei contenuti diffamatori o dei dati personali trattati in violazione di disposizioni di legge”*.

Forti perplessità erano state mosse in merito alla natura giuridica dell’istituto disciplinato che non poteva essere ricondotto né a quello della rettifica né all’aggiornamento delle informazioni inserite in un articolo *on line*, previsto dalla sentenza numero 5525 del 2012 della Corte di Cassazione (Cfr. Cass.5 aprile 2012, n. 5525, in *Guida al diritto*, 2013, 5, 44).Al tempo stesso il legislatore aveva fatto coincidere due attività tra di loro completamente diverse quali, appunto, la cancellazione di un contenuto da un sito internet, e la sua deindicizzazione dal motore di ricerca. Ciò avrebbe comportato la permanenza sul *web* della notizia che non veniva di fatto eliminata, ma soltanto deindicizzata dai motori di ricerca e quindi essere visibile attraverso il collegamento diretto al sito su cui la stessa è caricata.

I due istituti, inoltre non potevano neanche essere sovrapposti da un punto di vista normativo, in virtù del fatto che la cancellazione ha ad oggetto i tradizionali diritti garantiti dalla Costituzione, quali la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto di essere informati e di informarsi, il c.d. diritto all’oblio e il diritto alla memoria.

Sempre al primo comma, ulteriori incertezze sono state riscontrate in riferimento ai soggetti legittimati a richiedere la cancellazione e/o deindicizzazione, in virtù del fatto che, utilizzando il termine *“interessato”* si sarebbe potuto creare una difficoltà ad interpretare tale disposizione, poiché lo stesso assume un significato ben preciso e determinato in materia di protezione dei dati personali, ma senza dubbio più ampio e meno definito quando l’indagine si allarga al di fuori del settore normativa della c.d. tutela della *privacy*.

Per quanto concerne il secondo comma dello stesso articolo, era previsto che *“l’interessato, in caso di rifiuto o di omessa cancellazione dei dati, ai sensi dell’articolo 14 del Decreto Legislativo 9 aprile 2003 n. 70, può chiedere al giudice di ordinare la rimozione, dai siti internet e dai motori di ricerca, delle immagini e dei dati ovvero di inibirne l’ulteriore diffusione”*. Da subito era stato sottolineato che l’utilizzo del termine *“immagini”* avrebbe potuto, anche in questo caso, generare confusione interpretativa visto che, così strutturata, la norma avrebbe limitato la richiesta di cancellazione alle sole immagini,

escludendo, quindi tutti gli altri contenuti immessi in rete avente natura diffamatoria.

In secondo luogo, il riferimento alla norma richiamata, che regola le ipotesi di responsabilità del prestatore di un servizio della c.d. società dell'informazione avente ad oggetto la trasmissione, su una rete di comunicazioni, informazioni o nella fornitura di un accesso alla rete di comunicazione, la c.d. *mere conduit*, risulta quanto meno illogica in virtù del fatto che i siti internet ed i motori di ricerca non rientrano certamente nella categoria appena citata, ma in quella dei fornitori di contenuti o di servizi. Il richiamo a questa disposizione poteva essere giustificato solo ed esclusivamente nei casi in cui la domanda presentata dalla parte offesa avrebbe avuto ad oggetto la richiesta di "inibire l'ulteriore diffusione" del contenuto diffamatorio e non certo nella cancellazione o deindicizzazione dello stesso da un sito o da un motore di ricerca.

Infine, con il terzo comma il legislatore aveva concesso la facoltà di trasmettere i diritti dell'interessato agli eredi o al convivente dello stesso (senza però precisare a che tipo di convivenza fare riferimento, se alle sole convivenze *more uxorio*, o comprendere anche quelle tra persone dello stesso sesso), il che avrebbe tutelato l'onore e la reputazione di un soggetto anche in seguito alla sua morte.

Sul punto cfr. M. Orofino, *Il Disegno di Legge S. 1119: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto all'onore ed alla reputazione*, cit.

Al fine di evitare difficoltà nell'interpretazione della stessa da parte di dottrina e giurisprudenza, la Camera dei Deputati, nel testo votato il 24 giugno 2015, ha ritenuto opportuno sopprimere tale norma, decidendo, si spera per poco, di non disciplinare una materia che dovrebbe essere analizzata, vista anche la grande rilevanza in ambito europeo, in maniera condivisa e dovrebbe essere regolate da norme certe e lineari, attribuendo alla materia tutta l'attenzione necessaria vista anche la delicatezza degli interessi da tutelare.

[18] Tale ipotesi è espressamente prevista grazie alla nuova formulazione dell'articolo 427 dello stesso codice di procedura penale modificato con l'aggiunta di un comma, il 3 *bis*.

[19] Il testo approvato dal Senato faceva, invece, espresso riferimento alla c.d. temerarietà della querela e della condanna al pagamento di una somma determinata in via equitativa.

[20] Tale ipotesi è disciplinata in maniera esplicita dal comma 5 *quater* della suddetta disposizione. Questa disposizione, posta a tutela delle garanzie del giornalista che adempiendo l'obbligo di risarcire il danno rispetto all'eventuale fallimento dell'editore, deve recuperare dallo stesso, in quanto

obbligati in solido parte di quanto versato, è stata inserita in seguito all'episodio capitato al direttore di un giornale che aveva dovuto appunto risarcire l'intera somma stabilita dal giudice singolarmente il danno in seguito al fallimento dell'editore del proprio giornale.

[21] M. Orofino, *Il Disegno di Legge S. 1119: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra la libertà di espressione ed il diritto all'onore ed alla reputazione*, cit.

[22] Anche se la riforma ha l'innegabile pregio di "modernizzare" la materia, il legislatore, anche in questo caso, ha deciso di non disciplinare fino in fondo l'utilizzo di altri mezzi telematici di comunicazione, quali ad esempio blog o forum.

[23] In merito, non può non ricordarsi come le Corti Europee abbiano dato fortissima rilevanza alla rilevante pervasità del reato di diffamazione, dando per scontata l'equiparazione tra stampa cartacea e quella *on line*.

A tal proposito, si ricorda, una importante decisione della Corte di Giustizia, con la quale fu concessa la facoltà alla vittima di diffamazione di esercitare la richiesta di risarcimento sia ai giudici dello Stato in cui è stabilito l'editore della pubblicazione diffamatoria, sia in quelli in cui il contenuto diffamatorio è stato diffuso. C-161/10, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

Si ricordi, infine la decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nella sentenza Delfi vs Estonia del 10 ottobre 2013, che confermando quanto previsto dalla Corte Estone che aveva condannato i responsabili di un sito per dei commenti anonimi e diffamatori ad un articolo pubblicato sullo stesso, aveva ritenuto tale sanzione una giustificata e proporzionata restrizione del diritto di libertà di espressione vista la particolare offensività dei commenti postati, dai quali, addirittura gli stessi proprietari ne avevano tratto un beneficio commerciale, acquisendone di fatto la "paternità" poiché non avevano previsto nessun controllo preventivo attraverso una registrazione degli utenti stessi. Per questo ultimo motivo nelle motivazioni della sentenza, i giudici di Strasburgo, sottolinearono come, anche in seguito alla condanna emessa dai giudici estoni, non vi fosse stata alcuna lesione dell'art. 10 CEDU, norma che tutela la libertà di espressione del proprio pensiero e che prevede una limitazione della stessa da parte di organi dello Stato idonea alla tutela della reputazione di soggetti, quando la stessa sia proporzionata all'offesa. L'approvazione di questo atto normativo potrebbe essere inoltre, strumento di attuazione dell'obbligo previsto nel preambolo del capo II della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea inerente al dovere, per ogni Stato, di "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici.

[24] Cfr. sul punto G. Cuomo, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale*, cit.; S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di*

*manifestazione del pensiero*, cit.; P. Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Cedam, cit.; C. Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, cit.; A. Pace- M. Manetti, *Rapporti civili. Libertà di manifestazione del proprio pensiero*, cit. A. Papa, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, cit., 477 ss.

***Risarcimento del danno da inadempimento di direttive comunitarie agli specializzandi iscritti agli anni accademici prima del 1/1/83***

**di  
Valentina Zirafa**

Cassazione Civile Sentenza 23652/15 18.12.15

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

p.1. - La Presidenza del Consiglio dei Ministri ricorre, affidandosi a tre motivi e con atto notificato a solo dieci delle originarie dodici controparti, per la cassazione della sentenza della Corte di appello di Palermo n. 1411 del 10.10.12, con la quale, in riforma della sentenza del tribunale di quel capoluogo, è stato accolto l'appello proposto da C.G. ed altri medici (nella specie: C.M., Pa.Ma.Co., N.E., Ma.Vi., M.A., G.M.,Ga. G., Ga.Ol., Pi.Gi., P. C., P.A.M.) avverso la reiezione - per ritenuta maturata prescrizione - della domanda di condanna per il pagamento della giusta remunerazione - o per il risarcimento del danno consistente nella mancata percezione di quella - per il periodo di frequentazione di scuole universitarie di specializzazione di medicina in tempo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 257 del 1991, per inadempimento agli obblighi derivanti allo Stato dalle direttive n. 75/362/CEE e 82/76/CEE. In particolare e per quel che qui ancora rileva, la gravata sentenza ha ritenuto applicabile alla fattispecie, purchè riferita ai soli anni accademici dal 1982/83 al 1990/91, il termine prescrizione decennale, decorrente dall'entrata in vigore della L. n. 370 del 1999, non ancora elasso alla data di instaurazione in primo grado della lite (16.2.01), per poi condannare - esclusa passiva legittimazione dell'Università degli Studi e dei Ministeri dell'Università e Ricerca Scientifica, della Sanità e del Tesoro - la sola Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento di Euro 6.713,93 per ciascuno degli originari attori, oltre soli interessi legali dalla data della domanda giudiziale e fino al soddisfo, compensando le spese di entrambi i gradi di lite. Gli intimati (vale a dire gli originati appellanti, meno P.C. ed P.A.M.) resistono con controricorso, dispiegando altresì ricorso incidentale, articolato su tre motivi.

E, per la pubblica udienza del 14.10.15, sia la Presidenza del Consiglio dei Ministri che i controricorrenti incidentali depositano memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

p.2. - Il ricorso principale è articolato su tre motivi e la Presidenza del Consiglio dei Ministri:

- col primo di quelli (di "violazione delle Direttive CEE 362 - 363/75 e CEE 82/76, degli artt. 1173 e 2043 c.c., degli artt. 5 e 189 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, dell'art.10 del Trattato istitutivo della Comunità Europea... nella versione consolidata..., dell'art.117 Cost., comma 1, e dell'art. 16 della Direttiva CEE 82/76, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c."), sostiene non spettare alcunché agli intimati C., Ca., M. e Pa., per essersi iscritti costoro ad anni accademici anteriori al 1983/84;

- col secondo di essi (di "violazione degli artt. 1173 e 2043 c.c., degli artt. 5 e 189 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, dell'art. 10 del Trattato istitutivo della Comunità Europea... nella versione consolidata..., dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, dell'art.16 della Direttiva CEE 82/76, nonché degli artt. 5 e 7 della Direttiva riconoscimento 75/362/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3"), deduce non potersi riconoscere alcuna validità alla frequenza di corsi di specializzazione, quale quelli seguiti dai dottori G. M., Ga. G., Ga. O., Pi. G., Ma. V. e N. E., in materie non corrispondenti a quelle dei corsi inseriti nell'elenco delle specializzazioni comuni a tutti gli Stati membri, oggetto delle direttive invocate ex ad verso;

- col terzo, infine (di "violazione delle Direttive CEE 362 - 363/75 e CEE 82/76, degli artt.1173 e 2043 c.c., degli artt. 5 e 189 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, dell'art.10 del Trattato istitutivo della Comunità Europea... nella versione consolidata..., degli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3"), contesta la spettanza all'intimato N. di alcunché per il periodo di frequenza di una seconda scuola di specializzazione.

p.3. - I controricorrenti Ca.Ma., P.M.C., N.E., Ma.Vi., M.A., G.M., Ga.Gi., Ga.Ol. e Pi.Gi., dal canto loro: p.3.1. contestano l'avverso ricorso principale:

- quanto al primo motivo, sostenendo essere sorto l'inadempito obbligo dello Stato italiano fin dal febbraio 1982, non potendosi confondere quel momento con quello di esigibilità del diritto;

- quanto al secondo motivo, prospettando integrare il motivo una questione di fatto e rilevando la minor durata del corso per alcuni di loro solo ai fini della riduzione del risarcimento, invece a nulla rilevando le diverse modalità di articolazione e frequenza rispetto alle previsioni comunitarie;

- quanto al terzo motivo, prospettando l'inammissibilità per novità della questione e, comunque, l'infondatezza della tesi di insussistenza delle esigenze materiali per un impegno a tempo pieno; p.3.2. e dispiegano ricorso incidentale:

- con il primo motivo del quale (di "violazione e falsa applicazione delle direttive CEE 75/362, 75/363 e 82/76, degli artt. 1173, 1183, 1218 e 2043 c.c., degli artt. 291 e 297 (ex art.254) del Trattato CEE, nella versione consolidata, dell'art. 3 Cost.") invocano la spettanza del risarcimento anche

per l'anno accademico anteriore al 1983/84, ritenendo sussistente fino da allora l'inadempimento dello Stato italiano, essendo già entrata in vigore la normativa comunitaria;

- con il secondo motivo del quale (di "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio") lamentano l'erroneità del numero degli anni riconosciuti a Ga.O., G.M. (ciascuno per soli tre anni, in luogo dei quattro di durata) e N.E. (di due e quattro anni per le due scuole frequentate, a fronte delle rispettive durate di tre e cinque anni); - col terzo motivo del quale (di "violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c.. Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio") lamentano la disposta compensazione delle spese di lite, nonostante l'integrale soccombenza di controparte.

p.4. - Va preliminarmente rilevato che, nonostante la notifica del ricorso incidentale anche ai Ministeri, non è stata impugnata la statuizione della sentenza della corte territoriale in punto di esclusiva legittimazione della Presidenza del Consiglio: passa quindi ingiudicato la reiezione della domanda originaria nei confronti dei convenuti diversi da quest'ultima ed anzi è inammissibile il detto ricorso, nella parte in cui è notificato anche a coloro nei cui confronti non si impugna la gravata sentenza.

p.5. - Ciò posto, vanno unitariamente trattati il primo motivo del ricorso principale ed il primo motivo di ricorso incidentale: essi riguardano la medesima questione, dell'estensione o meno del risarcimento del danno da inadempimento di direttive comunitarie agli specializzandi iscritti ad anni accademici iniziati prima del 1.1.83.

p.5.1. Al riguardo, la giurisprudenza di questa Corte regolatrice, univoca per almeno quattro anni, non è più concorde: essendosi di recente contrapposte due pronunce della sezione lavoro (Cass. nn.10612/15 e 17434/15) al consolidato orientamento di segno contrario della terza sezione e della sottosezione terza della sesta sezione (per tutte: Cass. nn.21719/12, 587/13, 8578/13, 8579/13, 17067/13, 17069/13, 17070/13, 17072/13, 17455/13, 19479/13, 21367/13, 24218/13, 1064/14, 1143/14, 2788/14, 3439/14, 3440/14, 5275/14, 8504/14, 21967/14, 5927/15, 6469/15, 6471/15, 14375/15, 15198/15); e ad esse è seguita l'ordinanza 23 ottobre 2015, n. 21654, con cui anzi la medesima sezione lavoro ha rilevato il contrasto e rimesso la questione alle Sezioni Unite.

p.5.2. Le pronunce della sezione lavoro di questa Corte si incentrano sul criterio della necessaria e retroattiva integralità del ristoro del danno da mancata attuazione di direttiva comunitaria, prospettando come contraria al principio della primazia del diritto comunitario l'esclusione di ogni risarcimento del danno per i medici che avevano comunque iniziato la frequenza di corsi di specializzazione in tempo anteriore al 31.12.82, in quanto:

- a) la Corte di Giustizia, nelle sentenze ivi richiamate, ha affermato il carattere incondizionato ed adeguatamente preciso dell'obbligo di retribuzione in relazione ai corsi di specializzazione e quindi di quello risarcitorio, senza alcuna distinzione in relazione all'annodi iscrizione al corso di specializzazione;
- b) in quelle stesse sentenze, la Corte di Giustizia ha affermato che le direttive 75/363 e 82/76 soddisfano le condizioni per la tutela risarcitoria in capo agli individui danneggiati dalla violazione degli obblighi da quelle imposti agli Stati membri;
- c) la discriminazione temporale non solo non trova fondamento nelle citate direttive, ma è anzi smentita indirettamente dall'art. 14 della più recente di quelle e comunque contrasta con il criterio dell'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria, tale da risarcire il danno di chiunque avesse patito un danno per effetto dell'inadempimento dello Stato membro alle direttive in parola;
- d) la conclamata situazione di inadempimento dell'Italia ne comporta la soggezione all'art.14 della direttiva82/76, onde non violare il principio del primato del diritto comunitario;
- e) la limitazione della platea dei beneficiari sarebbe una condotta antiggiuridica dello Stato italiano nell'ambito dell'ordinamento comunitario;
- f) per il principio della c.d. "equivalenza giurisdizionale", il rapporto derivante dall'iscrizione ad un corso di specializzazione, da parte del medico, va qualificato come rapporto di durata e quindi ad esso trova applicazione il principio secondo cui la legge sopravvenuta disciplina il rapporto giuridico in corso allorché esso, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i propri effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto generatore del rapporto, ma il suo perdurare nel tempo;
- g) anche il Consiglio di Stato ha ritenuto la normativa applicabile a tutti i medici in atto frequentatori delle scuole di specializzazione. In sostanza, sarebbe illegittimo esimersi da un'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione e da un integrale risarcimento del danno (in tali termini, Cass. 10612/15, specialmente punto 10; in senso ad essa testualmente conforme, v. anche Cass. 17434/15).

p.5.3. E tuttavia dovrebbe essere proprio la corretta interpretazione del diritto comunitario a fondare la limitazione temporale in discorso, escludendo che quest'ultima ne comporti in alcun modo la violazione.

Queste le ragioni:

- indubbio che a far tempo dal 1.1.83 lo Stato italiano sia da qualificarsi inadempiente alle direttive per non avere organizzato i corsi di specializzazione in modo conforme alle medesime, è altrettanto indubbio che fino al 31.12.82, termine univocamente fissato agli Stati membri per

## Diritti della persona e responsabilità in rete

conformare il proprio ordinamento alle direttive stesse, l'inadempimento non sussisteva;

- la direttiva di coordinamento - la82/76/CE - non ha previsto alcun obbligo di adeguamento dei corsi di specializzazione già in corso al momento e la sola norma transitoria, cioè il suo art. 14, comprensibilmente faceva salvi gli effetti degli spontanei adeguamenti da parte degli Stati (diversi da quello italiano) alle previgenti normative della stessa Comunità, facendo salvo il completamento dei corsi già organizzati in regola con dette previgenti discipline, onde salvaguardare le situazioni ad esse conformi;

- al contempo, non potendosi far carico la norma comunitaria dell'organizzazione interna dei singoli Stati e dei termini iniziali previsti dalle singole legislazioni nazionali per l'inizio degli anni accademici in cui erano articolati i corsi, la fissazione del termine del 1.1.83 ha comportato che solo a far tempo da tale data lo Stato ha avuto l'obbligo di organizzare corsi pluriennali, organizzati su anni accademici con inizio fissato secondo le normative interne, conformi alle direttive in esame;

- il corso di specializzazione, alla stregua anche di quanto prevede la complessiva disciplina comunitaria in esame, va peraltro considerato unitariamente per l'evidente unicità della sua progettazione, articolazione ed organizzazione, tutte chiaramente finalizzate al compimento di un piano di studi coerente ed organico, orientato univocamente ad un risultato finale complessivo, da conseguirsi quale sviluppo armonico di un coerente percorso formativo pluriennale idoneo alla spendita dei titoli così conseguiti in ambito comunitario;

- così, lo Stato italiano è inadempiente alle direttive comunitarie per non avere organizzato, a far tempo dal primo anno accademico iniziato dopo la scadenza del termine finale di adeguamento o con formazione e quindi dopo il 1.1.83, corsi di specializzazione che fossero fin dall'inizio nel loro complesso conformi alle direttive medesime, che ponevano anche una durata minima;

- di conseguenza, però, il corso di specializzazione, da considerarsi necessariamente in modo unitario nel suo sviluppo pluriennale, intrapreso in un qualunque anno accademico iniziato in data anteriore al 1.1.83 non poteva qualificarsi, in alcun momento di tutta la sua successiva durata, in violazione della disciplina comunitaria;

- chi ad un tale corso si è immatricolato od iscritto non è stato in alcun modo leso dall'inadempimento dello Stato italiano all'obbligo di conformazione per l'epoca successiva, visto che tale inadempimento in radice non sussisteva al momento in cui è iniziato l'anno accademico al quale egli si è iscritto;

- così, certamente lo Stato italiano è inadempiente alle direttive comunitarie per non avere organizzato, a far tempo dal primo anno accademico iniziato

dopo la scadenza del termine finale di adeguamento o conformazione e quindi dopo il 1.1.83, corsi di specializzazione che fossero fin dall'inizio nel loro complesso conformi alle direttive medesime, che ponevano anche una durata minima;

- ma, non avendo lo specializzando iscritto ad anno accademico iniziato prima del 1.1.83 avuto un diritto all'organizzazione del corso di specializzazione in modo conforme alle direttive comunitarie, neppure era egli titolare di uno specifico diritto alla conformazione dei corsi già iniziati e quindi non è stato leso alcun suo diritto e non gli spetta, per nessuno degli anni successivi, alcun correlato risarcimento.

p.5.4. La ricostruzione appena operata della fattispecie consente - in altri termini - di concludere nel senso che i medici che si sono immatricolati od iscritti ad un corso di specializzazione iniziato prima della data di obbligatorietà delle direttive comunitarie (e quindi prima dell'insorgenza stessa di un inadempimento da parte dello Stato italiano) si sono immatricolati od iscritti quando l'inadempimento ancora non c'era. Pertanto, poiché non vi può essere un inadempimento sopravvenuto e nessuna norma comunitaria ha previsto l'immediata estensione ai corsi non in regola con la direttiva sopravvenuta e già in fase di svolgimento e poichè i corsi debbono essere valutati unitariamente per l'unitarietà del risultato cui mirano, si fa luogo alle seguenti conseguenze:

- a) quei medici non sono danneggiati, semplicemente perchè ad essi non andava applicata la normativa comunitaria;
- b) quanto ad essi non sussiste alcun inadempimento dello Stato italiano, nè può insorgere alcun diritto al risarcimento dei danni prodotti da un inadempimento che non c'è;
- c) non può loro applicarsi retroattivamente la disciplina comunitaria, in difetto di inadempimento di essa nei loro confronti da parte dello Stato;
- d) il primato del diritto comunitario non impone affatto l'estensione, in forza dell'art. 14 della Direttiva del 1982, della nuova disciplina agli Stati inadempienti anche ai corsi già intrapresi;
- e) l'antigiuridicità è esclusa dall'assenza di inadempimento dello Stato per l'intera durata di tutti i corsi avviati prima del 1.1.83, sola epoca a partire dalla quale la mancata adozione di normative interne di attuazione ha configurato l'inadempimento dello Stato membro;
- f) il rapporto relativo alla frequenza del corso di specializzazione iniziato con una disciplina particolare - non limitata alla mera erogazione di somme, ma strutturata con peculiari caratteristiche organizzative, tutte coordinate al fine della spendita del risultato finale in ambito comunitario - non è rapporto di durata suscettibile di ricevere diversa regolamentazione (a meno che, come peraltro non succede nella specie, non sia espressamente previsto in tal

senso, con adeguate forme di armonizzazione) in base alle modifiche normative sopravvenute, restando unitariamente regolamentato secondo la disciplina in vigore al momento del suo inizio;

g) è incidentale - per quanto possa rilevare e riferirsi proprio ai corsi già in essere alla data di scadenza dell'obbligo di conformazione in capo al singolo Stato membro - l'interpretazione del Consiglio di Stato sull'estensione della disciplina comunitaria a tutti i medici "in atto frequentatori delle scuole di specializzazione".

p.5.5. In conclusione, la limitazione della platea degli aventi diritto al risarcimento del danno non deriva affatto dalla mancata applicazione - o, peggio, dalla violazione - dei principi di diritto comunitario, ai quali questa Corte anche in questo caso presta il dovuto massimo ossequio, ma dalla corretta applicazione dei principi generali in tema di individuazione dell'inadempimento e di risarcimento del danno: sicché, di certo ferma la necessaria integralità tanto dell'applicazione delle direttive comunitarie auto esecutive quanto del risarcimento del danno da inadempimento alle medesime, è semplicemente da escludere proprio l'applicabilità di quelle direttive alle fattispecie in esame e, quindi, che lo Stato italiano sia mai stato inadempiente alle direttive in esame per tutti i medici che hanno frequentato un corso di specializzazione iniziato in modo non ancora (e neppure successivamente reso) conforme alle direttive in esame, iscrivendosi od immatricolandovisi per la prima volta ad un qualunque anno accademico iniziato in data anteriore al 1.1.83 (indipendentemente, quindi, atteso il richiamato carattere unitario del corso stesso, dalla data effettiva o concreta di prima iscrizione od immatricolazione e rilevando esclusivamente quella di inizio dell'anno accademico di immatricolazione o prima iscrizione).

p.5.6. Il frazionamento della disciplina tra diversi anni del medesimo corso di specializzazione ed il riconoscimento di una diversa remunerazione in base alla (infine) sopravvenuta scadenza dell'obbligo di conformazione e coesistente situazione di inadempienza solo per gli anni successivi alla sua maturazione non potrebbero quindi predicarsi, visto che, appunto, al momento dell'iscrizione al corso la situazione di inadempimento non era ancora concretata e che nessun diritto, iscrivendosi, potevano vantare gli specializzandi per tutta la durata del corso, da considerarsi unitariamente, a che questo fosse anche solo in parte (ex nunt) adeguato alla sopravvenuta disciplina comunitaria.

p.5.7. E tanto escluderebbe pure ogni discriminatoria applicazione della normativa agli specializzandi, dovendo ricondursi il diversificato trattamento, di necessità da rapportarsi al corso di specializzazione unitariamente considerato, alle esigenze di finanza pubblica ed altre di pari interesse generale, che hanno consentito l'evidente gradualità temporale nel

complessivo adeguamento dell'ordinamento nazionale - e dei relativi ingentissimi costi - alla normativa comunitaria.

Dovrebbero così ricondursi proprio alla corretta interpretazione di quest'ultima la sua stessa applicazione graduale e, non operando che de futuro la legge ed a maggior ragione quella nazionale, la stessa limitazione temporale di quest'ultima alle sole fattispecie concretatesi, con l'iscrizione all'unitario corso di specializzazione, successivamente alla sua entrata in vigore.

p.5.8. Per quanto occorrer possa, poi, basterebbe un richiamo a Cass. 14375/15 quanto alla non necessità della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ritenendosi acte claire la normativa anche nella parte in cui esclude la remunerazione per gli iscritti ad anni accademici iniziati prima del 1.1.1983.

p.5.9. Potrebbe quindi ribadirsi che, in tema di Direttive CEE 75/362/CEE e n.75/363/CEE, così come modificate dalla Direttiva n. 82/76/CEE, riguardanti l'organizzazione dei corsi di specializzazione medica, vanno esclusi l'inadempimento ad esse dello Stato italiano fino a tutto il 31 dicembre 1982 e l'insorgenza di un diritto al risarcimento del danno da violazione di quelle in capo ai medici iscritti o immatricolati per il primo anno del corso di specializzazione iniziato in tempo anteriore a quella data, attesa la necessaria considerazione unitaria del corso stesso, legittimamente organizzato sulla base della previgente disciplina e per tutta la sua durata, in quanto insensibile al mutamento di questa.

p6.- Il riscontrato contrasto - relativo ad una questione che può comunque qualificarsi come di massima di particolare importanza e, sebbene relativa a situazioni pregresse, comunque di potenziale grande impatto anche per le conseguenze pratiche per una larga platea di interessati - impone allora la rimessione degli atti al Sig. Primo Presidente, affinché voglia compiacersi di valutare l'opportunità di investire le Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 c.p.c.; e solo all'esito potranno esaminarsi gli altri due motivi del ricorso principale e di quello incidentale.

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Sesta Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 14 ottobre 2015 ed all'esito della riconvocazione in data 18 novembre 2015.

### **Abstract**

La pronuncia in oggetto appare interessante poiché affronta il più classico degli argomenti processual-civilistici intrecciato al diritto comunitario: “il

risarcimento del danno da inadempimento di direttive comunitarie”; essa affronta una problematica (ovvero quella degli specializzandi in Medicina frequentanti i relativi corsi negli anni '83/'84) ormai di vecchia data e ben nota agli operatori del settore. Il problema di fondo nasceva, fondamentalmente, dalla mancata attuazione da parte dello Stato italiano, al termine del 31/12/1982 delle disposizioni volte a conformarsi alla Direttiva CEE 82/76; Direttiva la quale riconosceva ai medici specializzandi (anni '83/'84) la possibilità di ricevere una retribuzione adeguata, considerata come condizione essenziale per rendere possibile la partecipazione a tempo pieno alle attività di formazione. Con il notevole tipico ritardo “all’italiana” la Direttiva veniva trasposta solo con il Decreto Legislativo n. 257/'91 e la sua applicazione veniva fatta decorrere dall’anno accademico 1991/1992. La CGE, dal canto suo, evidenziava che la borsa di studio non fosse applicabile agli specializzandi degli anni precedenti.

*The judgment in question is interesting because it addresses the most classic topics Processual-statutory braided with Community law or "damages from breach of EU directives"; it addresses an issue (or that of residents in Medicine attending its courses in the years '83 / '84) long-standing and well known to the industry. The basic problem was born, basically, by the lack of implementation by the Italian State, after 31/12/1982 provisions to comply with Directive 82/76 EEC; Directive which recognized the medical specialists (years '83 / '84) the opportunity to receive adequate pay, considered essential to enable the full-time participation in training activities. With considerable delay typical "Italian" the Directive was transposed only by Legislative Decree n. 257 / '91 and its application was made after the academic year 1991/1992. The ECJ, for its part, pointed out that the scholarship is not applicable to interns from previous years.*

**Sommario:** 1. Introduzione, punti chiave della pronuncia e sintesi della fattispecie. - 2. Analisi delle argomentazioni fornite dalla Cassazione; 2.1 La qualificazione giuridica del danno da risarcimento per inadempimento da direttive comunitarie nel nostro ordinamento ed il recepimento di suddetta qualificazione all’interno degli ordinamenti degli Stati membri; 2.2 L’estensione o meno del suddetto risarcimento ad alcune categorie di soggetti evidenziati nella fattispecie; 2.3 Il riconoscimento della retroattività alla normativa comunitaria di settore di cui la Cassazione si occupa; 2.4 Le conclusioni a cui pervengono i giudici della Corte estrapolando attraverso l’interpretazione di alcuni principi cardine di diritto comunitario la tematica del risarcimento del danno da inadempimento. - 3. Considerazioni finali.

## **1. Introduzione, punti chiave della pronuncia e sintesi della fattispecie.**

La pronuncia in oggetto appare interessante poiché affronta il più classico degli argomenti processual-civilistici intrecciato al diritto comunitario ovvero: “il risarcimento del danno da inadempimento di direttive comunitarie”. A tal uopo, evidenzieremo immediatamente i punti chiave della pronuncia che sono i seguenti:

- a) La “qualificazione giuridica” del danno da risarcimento per inadempimento da direttive comunitarie nel nostro ordinamento ed il recepimento di suddetta qualificazione all’interno degli ordinamenti degli Stati membri.
- b) L’estensione o meno del suddetto risarcimento ad alcune categorie di soggetti evidenziati nella fattispecie.
- c) Il riconoscimento della retroattività alla normativa comunitaria di settore di cui la Cassazione si occupa.
- d) Le conclusioni a cui pervengono i giudici della Corte estrapolando attraverso l’interpretazione di alcuni principi cardine di diritto comunitario la tematica del risarcimento del danno da inadempimento. Per meglio comprendere effettuiamo, quindi, una breve sintesi della fattispecie in oggetto: un cospicuo gruppo di professionisti, appartenenti alla categoria Medici Specializzati, proponeva, illo tempore, ricorso innanzi al competente Tribunale locale, Sezione Lavoro (contro l’Università degli Studi, Ministero dell’Università e Ricerca, Ministero della sanità, Tesoro, Presidenza del Consiglio dei Ministri) onde ottenere il risarcimento del danno consistente nella mancata percezione della giusta remunerazione e mancata percezione nel periodo relativo alla frequentazione delle scuole di specializzazione in medicina, in tempo anteriore all’entrata in vigore del D.lgs n. 257 del 1991, adducendo quale motivo principale di doglianza, l’inadempimento agli obblighi comunitari derivanti allo Stato dalle Direttive n. 75/362/CEE e 82/76/CEE. Il Giudice di prime cure rigettava il ricorso per intervenuta prescrizione; veniva indi proposto appello con esito vittorioso, ritenendo la Corte d’Appello di Palermo applicabile alla fattispecie in oggetto il termine di prescrizione decennale decorrente dalla data di entrata in vigore della l. 370/’99; termine che, riferito ai soli anni accademici 1982/’83 e 1990/’91, non era ancora decorso al momento della istaurazione del giudizio di primo grado. Nella pronuncia veniva condannata (esclusa la legittimazione attiva dell’Università, del Ministero Istruzione, Ministero Sanità e Tesoro) solo la Presidenza del Consiglio dei Ministri onerata a rifondere ai ricorrenti una irrisoria cifra comprensiva dei soli interessi legali fino al soddisfo, compensando le spese di entrambi i gradi di giudizio. Alcuni di ricorrenti principali, resistevano non solo con controricorso ma, altresì, dispiegando ricorso incidentale. Orbene, occorre pertanto scindere la problematica nei

due distinti punti ed eccezioni sollevate nel controricorso e nel ricorso incidentale. Essenzialmente nel controricorso le parti eccepivano i seguenti vizi:

- 1) inadempimento dell'obbligo statale alle Direttive comunitarie, sin dal lontano 1982.
- 2) Questione di fatto, sussistente nell'aver ridotto l'entità del risarcimento del danno a nulla rilevando le diverse modalità di articolazione e frequenza del corso rispetto sia alla durata dello stesso che alle previsioni comunitarie.
- 3) Inammissibilità per "novità della questione".
- 4) Infondatezza della tesi sull'insussistenza delle esigenze materiali per un impegno a tempo pieno.

Nel ricorso incidentale venivano eccepiti vizi articolati nel seguente modo:

- 1) violazione e falsa applicazione delle Direttive CEE 75/362, 75/363, 82/76 e degli artt. 1173, 1183, 1218, 2043 c.c, artt. 291 e 297 del Trattato CEE nella versione recepita dall'art. 3 Cost. Essendo negli anni 1983/1984 già entrata in vigore in Italia la normativa comunitaria.
- 2) Omesso esame di fatto decisivo per il giudizio ovvero erroneità degli anni riconosciuti ad alcuni ricorrenti.
- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 91 c.p.c. e altra omissione di fatto decisivo ai fini della decisione ovvero la disposta compensazione nonostante l'integrale soccombenza delle parti.

## **2. Analisi delle argomentazioni fornite dalla Cassazione.**

### **2.1. La "qualificazione giuridica" del danno da risarcimento per inadempimento da direttive comunitarie ed il recepimento di suddetta qualificazione all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.**

A questo punto esaminiamo le argomentazioni fornite dalla Cassazione Civile alla luce dei punti chiave, supra evidenziati. Orbene, la responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per i danni causati con violazione del diritto comunitario si colloca in un contesto giuridico articolato, nel quale altre forme di responsabilità - quella degli Stati membri e delle Comunità - sono previste a livello di Trattati. Tale regime di responsabilità è sottoposto ad una disciplina di natura composita, dettata per le sue linee generali dall'ordinamento comunitario, mentre per il resto dai diritti nazionali [1] Giova rilevare che la Corte ha, sia pure con qualche esitazione, elaborato un criterio pratico per dirimere le questioni legate all'intreccio delle responsabilità comunitaria e nazionale: si tratta del criterio della «competenza efficiente» [2], secondo il quale la competenza spetta normalmente al giudice nazionale, quando questi sia in grado di statuire

utilmente sulla materia controversa per garantire la protezione giurisdizionale del soggetto leso [3]. Nel caso in cui ciò non sia possibile, al singolo è data la possibilità di rivolgersi alla Corte per ottenere la condanna delle istituzioni comunitarie cui sia ascrivibile il danno sofferto, in modo da essere comunque protetto dalle conseguenze dannose del comportamento di queste ultime. L'aspetto centrale del regime della responsabilità della Comunità riguarda il caso in cui il danno, del quale si chiedi il risarcimento, derivi dall'adozione o dalla mancata adozione (carenza) di un atto comunitario, normativo o meno. Altresì, la CGE ha ribadito che l'azione di responsabilità «è diretta non all'eliminazione di un determinato provvedimento ma al risarcimento del danno causato da un'istituzione» [4], con ciò intendendo che l'eventuale declaratoria di illegittimità dell'atto produttivo del danno rimane incidentale e non produce gli effetti tipicamente erga omnes dell'azione di annullamento. Pertanto, non si può proporre un'azione di responsabilità che persegua lo stesso risultato di un'azione di annullamento (o in carenza) dichiarata non fondata, in quanto l'illegalità dell'atto contestato deve essere comunque tenuta distinta dalla sua illiceità, intesa quale condizione dell'azione [5]. Da ciò appare dunque evidente che chi vuole agire in via risarcitoria nei confronti di un'istituzione di uno Stato membro dell'UE per i danni cagionati derivanti da atti adottati da quest'ultima potrà proporre un'azione autonoma di responsabilità, attenendosi alle condizioni limitative ad essa afferenti, o proporre un'azione di annullamento corredata da una domanda risarcitoria, restando inteso che, in quest'ultimo caso, il rigetto della domanda di annullamento comporta per se il rigetto di quella per danni. Fin qui nulla quaestio, sicché, la CGE ha posto un limite alla risarcibilità del danno derivante da inadempimento delle Direttive comunitarie, con riferimento sia ad atti amministrativi diretti a specifici destinatari che ad atti normativi di portata generale. Con riguardo a questi ultimi la CGE ha affermato che, qualora il danno derivi da un «atto normativo che implica delle scelte di politica economica, la responsabilità della Comunità per il danno che i singoli possono aver subito in conseguenza di questo atto sussiste unicamente in caso di violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli» [6]. Ne consegue inevitabilmente, ahimè, duole constatare, la sussistenza di un forte limite alla possibilità di riconoscere il risarcimento tutte le volte che sia messo in discussione un atto che implichi un elevato grado di discrezionalità in capo all'istituzione che lo adotta. Valgono in ambito europeo le stesse regole riscontrabili negli ordinamenti di "Civil Law", come quello italiano appunto, in relazione ai caratteri principali che il "danno" deve avere per poter essere risarcito ovvero deve essere: certo e attuale, la prova di esso incombe, ovviamente, sul ricorrente. La CGE ha precisato, a tal fine, che possono essere presi in

considerazione tanto il danno emergente che il lucro cessante, e, che sono risarcibili sia il pregiudizio materiale che quello morale [7]. Nella liquidazione del danno, inoltre, deve tenersi conto degli interessi moratori e della svalutazione monetaria.

### **2.2. L'estensione o meno del suddetto risarcimento ad alcune categorie di soggetti evidenziati nella fattispecie.**

Sulla scorta di quanto premesso il punto chiave suole essere più un interrogativo di fondo tutt'oggi e cioè: In che modo la protezione del diritto comunitario può trovare ingresso, applicazione, trasposizione nel Diritto civile italiano? La pronuncia in oggetto affronta una problematica (quella degli specializzandi in Medicina frequentanti i relativi corsi negli anni '83/'84) ormai di vecchia data e ben nota agli operatori del settore. Il problema di fondo nasceva fondamentalmente nella mancata attuazione da parte dello Stato italiano, al termine del 31/12/1982 delle disposizioni volte a conformarsi alla Direttiva CEE 82/76; Direttiva la quale riconosceva ai medici specializzandi (anni '83/'84) la possibilità di ricevere una retribuzione adeguata, considerata come condizione essenziale per rendere possibile la partecipazione a tempo pieno alle attività di formazione. Con il notevole tipico ritardo "all'italiana" la Direttiva veniva trasposta solo con il Decreto Legislativo n. 257/'91 e la sua applicazione veniva fatta decorrere dall'anno accademico 1991/1992. La CGE, dal canto suo, evidenziava che la borsa di studio non fosse applicabile agli specializzandi degli anni precedenti [8], mentre (contraddittoriamente) nello stesso anno, in Italia, a seguito della declaratoria di illegittimità da parte del T.A.R. espressa in numerose pronunce, veniva introdotta la L. 370/'99 con la quale si riconosceva anche ai medici specializzandi degli anni anteriori una borsa di studio (ad esclusione però degli interessi legali e importi di rivalutazione monetaria). Nel 2000, sempre con Decreto, si fissò indi la data di tre mesi decorrenti dalla pubblicazione in G.U. per la richiesta da parte degli interessati della corresponsione della borsa di studio (suddetto termine, tacciato di "incostituzionalità", passò invece positivamente al vaglio degli Ermellini). Si succedettero in sequenza altre pronunce ma, a differenza del Giudice amministrativo, il Giudice civile italiano dettò un "contrordine" circa l'interpretazione del diritto degli specializzandi al percepimento della retribuzione, negando la possibile retroattività agli anni precedenti il 1991/1992. Fino all'anno 2015 in cui la Corte di Cassazione cambia definitivamente rotta (a causa di orientamenti di segno opposto espressi dalle sue sezioni e sottosezioni [9] e dal Consiglio di Stato) rientrando solo apparentemente in armonia con le pronunce della Corte di Giustizia Europea,

in quanto sostanzialmente da luogo ad una restrizione di fatto. Fa riflettere, a tal uopo, che la prima questione “pregiudiziale” concernente il risarcimento del danno, per mancata attuazione delle Direttive comunitarie, fu sollevata proprio in Italia dagli allora Pretori di Vicenza e Bassano di Grappa, nel ben noto caso Francovich [10], laddove si sancì che: «la responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esse imputabili è inerente al Trattato», rimettendo al giudice nazionale il compito di garantire la piena efficacia delle norme comunitarie e dei diritti da esse attribuite ai singoli; rilevando altresì come: «la possibilità di risarcimento, ai danni dello Stato, è particolarmente indispensabile qualora l’efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione da parte di uno Stato, e, considerato che i singoli in mancanza di tali azioni non possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario». Nonostante ciò il giudice civile italiano degli anni a venire si mostrò del tutto reticente e poco recettivo a tale interpretazione giuridica.

### **2.3. Il riconoscimento della retroattività alla normativa comunitaria di settore di cui la Cassazione si occupa.**

Dunque la Sesta Sezione della Cassazione riconosce finalmente la cd “retroattività” della disciplina concernente la retribuzione dei medici specializzandi, in applicazione del principio della cd “equivalenza giurisdizionale” ovvero sia qualificando come “rapporto di durata” quello derivante dall’iscrizione ad un corso di specializzazione con conseguente applicazione del principio secondo il quale la legge sopravvenuta disciplina il rapporto giuridico in corso, sebbene sorto anteriormente (qualora lo stesso rapporto non abbia esaurito ancora i propri effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto generatore del rapporto bensì il suo perdurare nel tempo). La Cassazione, quindi, conclude di non poter esimersi dall’applicazione della retroattività ai casi di specie posto che anche il Consiglio di Stato, nel tempo, ha consolidato tale orientamento. Fin qui nulla quaestio, pur tuttavia, al paragrafo successivo, scopriremo come la pronuncia della Cassazione non sia affatto scevra da contraddizioni logico - giuridiche.

### **2.4. Le conclusioni a cui pervengono i giudici della Corte estrapolando attraverso l’interpretazione di alcuni principi cardine di diritto comunitario la tematica del risarcimento del danno da inadempimento.**

Ebbene, le conclusioni della Cassazione, apparentemente lineari, non sembrano affatto “convincenti” in quanto la Corte da un lato riconosce il

perdurante inadempimento dello Stato italiano nell'inadempimento delle Direttive in oggetto, dall'altro lato perviene, essa stessa, a creare una forte limitazione al diritto dei singoli ed ai diritti di una categoria specifica, negando a questi ultimi la possibilità di un risarcimento ed adducendo, addirittura, quale motivazione una "carezza legislativa", un "vuoto normativo" a livello comunitario. In altri termini la Cassazione afferma che: «i medici i quali si sono immatricolati ed iscritti ad un corso di specializzazione iniziato prima della data di obbligatorietà delle direttive comunitarie (e quindi prima dell'insorgenza dell'inadempimento da parte dello Stato italiano) si sono immatricolati o iscritti quando l'inadempimento ancora non sussisteva. Sulla scorta di ciò non potrebbe sussistere un inadempimento sopravvenuto poiché nessuna norma comunitaria ha previsto l'immediata estensione ai corsi non in regola con la direttiva comunitaria sopravvenuta e già in fase di svolgimento e poiché i corsi devono essere valutati unitariamente proprio per l'unitarietà del risultato a cui mirano». La Sesta sezione della Cassazione, dopo un interessante ed esteso incipit sull'applicazione delle direttive comunitarie, sui principi dell'equivalenza giurisdizionale, primazia del diritto comunitario e principio di non discriminazione, torna a concludere mettendo in dubbio la sussistenza dell'inadempimento da parte dello Stato italiano, l'antigiuridicità dell'evento, l'illegittimità dell'esclusione di una determinata categoria di soggetti, la possibilità di ogni tipologia di risarcimento del danno da inadempimento, evidenziando finanche la non necessità di rimessione alla CGE, sicché rimettendo (ex art. 379 c.p.c) la questione al vaglio del Primo Presidente onde investirne, qualora ne ravvisasse l'opportunità, le Sezioni Unite.

### **3. Considerazioni finali.**

Qualora le Sezioni Unite dovessero riconfermare quanto accennato saremmo di fronte non solo ad una pesante "involuzione giurisprudenziale" ma, altresì, alla negazione di ogni ragionevole principio di logica giuridica, del Diritto Comunitario, dei principi ad esso sottesi ed a tutti i Trattati che l'Italia ha (a suo tempo) sottoscritto dandone attuazione e recepimento nel nostro ordinamento. Insieme al disconoscimento dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia Europea, la quale vanta un cospicuo numero di precedenti "pregiudiziali" sollevati poi dal giudice italiano stesso. Occorre ricordare come se pur vero che la CGE, nel noto caso Francovich [11], riconosceva nella direttiva la mancanza di alcuna definizione circa la adeguata remunerazione ne i metodi per la sua fissazione o le istituzioni preposte a corrisponderla, ma la stessa sentenza evidenziava a chiare lettere (richiamando la pronuncia "Von Colson e Kamann" [12] che l'obbligo degli

Stati membri, derivante da una Direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure il dovere loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo vale per tutti gli organi degli Stati membri ... ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. E ancora nei casi "Marleasing" e "Wagner Miret" [13], la Corte di Giustizia Europea affermava che il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde perseguire il risultato atteso da quest'ultima. Nel caso "Carbonari" e "Cozza" [14] altresì evidenziava circa la questione degli specializzandi che: in assenza di una questione pregiudiziale sul punto, nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli; inoltre l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una Direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Sull'entità del risarcimento inoltre concludeva affermando che: spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno sia adeguato. Un'applicazione retroattiva regolare e completa delle misure di attuazione sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori e che dovrebbero anche essi essere risarciti. Anche sul termine di prescrizione era stato dirimente la risposta della CGE al quesito posto a mezzo di rinvio pregiudiziale nella Sentenza "IAIA" del maggio 2011 [15], sollevato dalla CDA Firenze; quesito al quale rispose che: «il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che non osta a che uno Stato membro eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole a fronte di un'azione giurisdizionale proposta da un singolo per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva, anche qualora lo Stato non l'abbia correttamente trasposta l'accertamento da parte della Corte della violazione del diritto dell'Unione e ininfluenza sul dies a quo allorché detta violazione è fuori dubbio». In conclusione, forse, il giudice civile italiano si mostra ancora poco convinto non in relazione all'applicazione dei principi base sanciti dai Trattati e dalla normativa promanate dall'UE, quanto piuttosto nei confronti del recepimento delle regole fondanti stesse. In sostanza poco incline e poco proteso non verso la reinterpretazione esegetica, bensì al cospetto della più moderna, attuale lettura dei nostri principi processual - civilistici con quelli comunitari, insieme al riconoscimento della primazia del Diritto e degli Organi Giurisdizionali Europei. Chi scrive, pertanto concorda in pieno con le conclusioni già espresse nel 2011 (in una relazione avente ad oggetto la problematica) dal Dott. Paolo Vittoria, Presidente aggiunto della Corte di

Cassazione in Roma, che ivi qui si riportano in versione integrale [16]:«La responsabilità dello Stato, per il risarcimento del danno da mancata trasposizione di direttiva non direttamente applicabile, è strumento essenziale per assicurare l'effettività dell'ordinamento dell'Unione, in presenza di una ricezione del tutto mancata. Invece, una volta che la ricezione, sia pure soggettivamente incompleta, abbia reso azionabile la misura di protezione che la direttiva attribuisce, il giudice è in linea di principio nella condizione di interpretare il diritto nazionale nel senso che identica situazione soggettiva sia attività attribuita anche alle persone cui, pur versando nelle stesse condizioni, non lo sia stata, salvo a percorrere la strada del giudizio di legittimità costituzionale, in presenza di una disposizione che specificamente le escluda da quella attribuzione. Riconoscendo che ai soggetti non compresi o esclusi si deve considerare attribuito lo stesso diritto ad una prestazione, disciplinato dalla disposizione di trasposizione, al titolare del diritto è assicurata una protezione che va oltre quella consentita dal sistema della responsabilità civile, perché ogni danno ulteriore rispetto alla tempestiva mancata fruizione della prestazione si presenta risarcibile. Né il regime della prescrizione, nel caso di specie, potrebbe essere considerato anziché quello decennale, quello quinquennale previsto dall'art. 2948, n. 4, c.c., perché è discutibile che questa disposizione si presti a trovare applicazione in presenza di una prestazione, che quando fosse da ritenere periodica – il che nel caso indagato è ulteriormente discutibile – si presenterebbe determinabile, ma non predeterminata. Quanto poi alla decorrenza della prescrizione decennale applicabile – alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia – parrebbe che la soluzione non possa dipendere dalla qualificazione della situazione soggettiva azionabile ma sempre e solo dal giudizio sul momento a partire dal quale, nel contesto determinato dal comportamento di mancata ricezione, la parte, pur da questa pretermessa, potesse ragionevolmente ritenere di aver maturato anche lei il diritto alle prestazioni». In una sentenza del 2009 emessa dalla Cassazione a Sezioni Unite, presieduta dal Dott. Paolo Vittoria, furono esposti i seguenti principi, nei quali si confermava già l'orientamento volto a riconoscere la possibilità di risarcimento da inadempimento di direttive comunitarie, conformemente alla giurisprudenza della CGE e contrariamente al pregresso orientamento dei giudici civili italiani, infatti così massimava: «Esiste un orientamento giurisprudenziale secondo cui, stante il carattere autonomo e distinto tra gli ordinamenti comunitario e interno, "il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come anti-giuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione. Ciò ha, come conseguenza, il fatto che lo

Stato non può essere condannato, secondo le norme interne, al risarcimento dei danni per fatto la cui antigiuridicità è rinvenibile nella normativa comunitaria». La Corte di Giustizia CEE smentisce questa interpretazione e assegna alcuni parametri per il risarcimento del danno che sono stati precisati secondo i principi di seguito elencati:

- a) anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Stato a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario.
- b) Il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere *self-executing*, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli.
- c) Il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa.
- d) Il risarcimento deve essere adeguato al danno subito.
- e) Il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte di Giustizia che accerti l'inadempimento.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Antonio Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, relazione presentata nell'ambito del 46° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 21-23 settembre 2000.

[2] L'espressione è di G. Tesauro, op. cit., 165.

[3] Si veda, ad esempio, la sentenza 29 settembre 1987, causa n. 81/86, De Boer Buizen, in Racc. 1987, 3677.

[4] Sentenza 17 maggio 1990, causa n. C-87/90, Sonito, in Racc. 1990, I-1981, punto 14 della motivazione. Sul punto si veda anche M. Migliazza, op. cit., 760 ss.

[5] Ordinanza della Corte del 26 ottobre 1995, cause riunite n. C-199/94 P e n. C-200/94 P., Pevasa e Impesca c. Commissione, in Racc. 1995, I-3709.

[6] Sentenze 28 aprile 1971, causa n. 4/69 Lütticke, in Racc. 1971, 325, e 2 dicembre 1971, causa n. 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt in Racc. 1971, 975.

[7] Sentenza 3 febbraio 1994, causa n. C-308/87, Grifoni, in Racc. 1994.

[8] Causa "Carbonari", CGE 25/02/1989, C-131/97.

[9] Cass n 10612/2015 e 17434/2015 oltre a molteplici degli anni passati.

## Diritti della persona e responsabilità in rete

[10] CGE 19/11/1991, C-6/90 e 9/90.

[11] CGE, sent. 19/11/91 C-6/90 e 9/90.

[12] CGE, sent. 10/04/1984 C - 14/83.

[13] CGE, sent. 13/11/90 C- 106/89 e 16/11/93 C- 334/92.

[14] CGE, sent. 25/02/99 C- 131/97 e 3/10/2000 C- 371/97.

[15] CGE, sent. 19/05/2011 C- 452/09.

[16] Dott. Paolo Vittoria, Pres. Agg. Corte Cass. Roma, “La protezione dei diritti comunitari nel processo civile e l’incompleta trasposizione della Direttiva: riflessioni a margine del caso sugli specializzandi” documento reperibile anche online sul sito tematico seguente: [https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/.../intra\\_](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/.../intra_)

[17] Cassazione civile, sezioni unite, 17.4.2009, n. 9147

***Obesità e diritto***

di  
**Anna Chiara Calabrese**

**Recensione della monografia della Prof.ssa Elena Poddighe, “Obesità e diritto. Uno studio sul paternalismo alimentare”, Il Mulino, 2014, pp. 257.**

**Sommario:** 1. Introduzione – 2. La fattispecie – 3. Le politiche sociali di tutela alla salute – 4. Gli aspetti correlati al fenomeno dell’obesità – 5. Il confronto degli interventi normativi europei e statunitensi – 6. Conclusioni.

**1. Introduzione.**

L’opera monografica della prof.ssa Elena Poddighe offre al lettore un’attenta disamina del fenomeno dell’obesità dal punto di vista sociale e giuridico.

Attraverso una lucida analisi del sostrato sociale della questione, il libro si occupa dell’impatto del fenomeno attraverso l’analisi del dato attuale in diversi contesti, tra cui la dimensione statunitense, la realtà italiana ed europea ed, in generale, lo scenario mondiale.

L’A. menziona i diversi interventi normativi e regolamentari e le politiche sociali adottate in materia tramite l’utilizzo di un metodo comparatistico e di un approccio interdisciplinare.

Il sottotitolo mostra chiaramente l’impegno sociale operato da diversi sistemi sanitari nel tentativo di arginare il fenomeno o, quantomeno, nella possibilità di migliorare la qualità di vita di ciascun cittadino, pur mantenendo fermo il diritto di ognuno ad autodeterminarsi.

Vengono, inoltre, analizzati una serie di aspetti correlati al sovrappeso che risultano di indubbia rilevanza nello scenario attuale (OGM, metodi di produzione di alimenti *et similia*).

La suddetta analisi ha il plauso di occuparsi di un tema non abbastanza battuto dalla dottrina contemporanea. Pur tuttavia, è di grande rilevanza, tenute in debita considerazione le implicazioni pratiche e sistematiche del presente lavoro: una adeguata regolamentazione dell’obesità non solo rende il cittadino più conscio del problema, ma risolve anche le questioni relative ai costi sociali sopportati a livello statale.

Per di più, il tema è di ampio spettro e comprende non solo la normativa nazionale, ma anche quella transnazionale: con il metodo comparatistico, l’A. offre degli spunti interessanti su come la legislazione futura potrebbe agire e

su quali parametri comuni si potrebbe costruire una base di partenza per tutti i Paesi colpiti dal fenomeno.

## **2. La fattispecie**

Il primo capitolo offre al lettore un quadro del fenomeno dal punto di vista medico-epidemiologico.

«L'obesità rappresenta un fenomeno che colpisce un numero estremamente elevato di individui appartenenti a tutte le fasce d'età, e determina l'insorgenza di importanti patologie di varia natura che, in pochi casi, portano al decesso. Il fenomeno, sostanzialmente inesistente fino al secondo dopoguerra, ha registrato una notevole crescita negli ultimi trent'anni, con un andamento esponenziale, e con cause [1] che vanno ricercate in una molteplicità di fattori» [2].

Sicuramente degna di nota è l'analisi comparatistica offerta dall'A. dei principali costi in termini percentuali sostenuti da paesi terzi, dall'Unione europea, dall'Italia - e nello specifico dalla Sardegna - utile al fine di comprendere l'esosità del fenomeno e i possibili interventi futuri [3].

Dalla comparazione è agevole notare come l'Italia sia l'ultimo dei paesi dell'Unione europea a manifestare il fenomeno, pur avendo comunque notevoli percentuali in età infantile [4].

Sempre in questa prima parte dell'opera, l'A. fornisce al lettore un dettagliato quadro delle cause dell'obesità che risulta di indubbio interesse per la trattazione successiva relativa alle politiche sociali ed agli interventi normativi adottati.

## **3. Le politiche sociali di tutela alla salute**

Il secondo capitolo dell'opera monografica è dedicato ad una panoramica delle politiche sociali di tutela alla salute adottate nei diversi paesi.

A tal proposito l'A. offre al lettore una dettagliata analisi dei costi sociali sopportati dai diversi paesi per combattere l'obesità e, contemporaneamente, una carrellata di interventi concreti per combattere il fenomeno.

Nella dimensione statunitense, vi sono molti programmi che si occupano di una concreta gestione del problema e bisogna citarne alcuni a titolo esemplificativo: i *Maternity Care Practices that Support for Breastfeeding Interventions* inerenti alla prima fase di vita del neonato, l'*Active Transport to School* e *Urban Design and Transportation Policies and Practices* per incoraggiare i bambini ed i giovani ad utilizzare mezzi di trasporto diversi da quelli convenzionali e stimolare una vita dinamica basata sull'attività fisica [5].

D'altro canto, anche l'Unione europea continua ad incentivare politiche sociali finalizzate alla lotta all'obesità.

Bisogna, ad esempio, far menzione della *Strategy for Europe on nutrition, overweight and obesity related health issues* che completa le strategie elaborate nella *EU Platform for Action on Diet, Physical Activity and Health* del 2010 per promuovere uno stile di vita sano e, nello stesso tempo, fornire indicazioni utili a tutti i consumatori sui prodotti presenti sul mercato ed i relativi componenti [6].

L'A. sottolinea l'importanza di interventi che si sviluppino a partire dall'età infantile in modo che, tramite una corretta educazione alimentare, si incrementino gli stili di vita salutari e, attraverso interventi di tipo preventivo, si possa arginare e/o limitare il problema dell'obesità anche in età adulta.

#### **4. Gli aspetti correlati al fenomeno dell'obesità**

Proseguendo con coerenza nell'analisi sistematica dell'obesità, l'A. consacra i capitoli successivi con una panoramica di aspetti correlati che riguardano gli interventi sulle materie prime e nelle fasi di produzione, distribuzione e promozione.

Dopo l'elencazione puntuale dei vantaggi "apparenti" e degli svantaggi di alcune dinamiche di produzione alimentare – tra cui l'emersione degli OGM – la prof.ssa Poddighe si occupa di un'analisi delle ragioni storiche, culturali e scientifiche che hanno portato all'odierno scenario.

Data l'opulenza dell'obesità in tempi recenti, l'A. ha analizzato alcuni meccanismi apparentemente irrilevanti, ma che andrebbero considerati adeguatamente tra cui il confezionamento e le avvertenze che potrebbero divenire indici dissuasivi interessanti [7].

A titolo esemplificativo, si menzioni quanto evidenziato con riferimento alle bevande a base di frutta che sono oggi in commercio: esse vengono arricchite con dosi eccessive di zuccheri aggiunti, raggiungendo un indice calorico di poco al di sotto dei c.d. "alimenti spazzatura".

Pur tuttavia, il cliente è ignaro della propria scelta alimentare "scorretta" e ciò è dovuto alla pubblicità ingannevole del prodotto ed alla etichettatura non troppo esplicita.

L'OMS, sulla scorta di solide evidenze scientifiche che si occupavano dell'incremento del peso corporeo, dell'obesità e della incidenza di carie dentali sulla popolazione mondiale, ha cercato di ridurre l'incidenza di tale questione attraverso alcune linee guida [8].

Queste indicazioni si basano sulle quantità di zucchero "non naturali" – e quindi sconsigliati o da assumere in maniera ridotta – come monosaccaridi

(glucosio e fruttosio) e disaccaridi (saccarosio) che vengono aggiunti ai cibi ed alle bevande attualmente in commercio.

## 5. Il confronto degli interventi normativi europei e statunitensi

Data la dimensione transnazionale del fenomeno dell'obesità, non si può prescindere da un confronto fra gli interventi normativi europei e statunitensi in materia.

Nel corso della sua analisi, l'A. si pone un interrogativo relativo all'alimentazione e all'opportunità che intervengano provvedimenti legislativi *ad hoc*: nell'ottica di evitare il rischio che il mangiare ponga a rischio l'incolumità individuale ed il connesso patrimonio genetico di ciascuno, è necessaria una regolamentazione uniforme?

La risposta viene ricercata con il metodo comparatistico ed attraverso il confronto tra l'esperienza statunitense e quella europea: emerge l'esistenza di un «paternalismo alimentare» che inevitabilmente si scontra con la libertà di autodeterminare il proprio stile di vita e il soddisfacimento dei propri gusti in materia di cibo.

Dopo aver analizzato l'inadeguatezza della responsabilità extracontrattuale come categoria giuridica applicabile al contrasto delle cause scatenanti il fenomeno dell'obesità, l'A. giunge alla conclusione che il punto di partenza è il rafforzamento degli elementi deficitari comuni.

Tutto ciò sta a significare che tutti quegli elementi quali i dati epidemiologici, le valutazioni sui costi umani, sociali e finanziari delle patologie connesse, la consapevolezza dell'importanza della prevenzione e del ruolo dell'educazione pubblica e familiare costituiscono un idoneo punto di partenza: sebbene i sistemi si dipaneranno come è più opportuno, giungeranno a conclusioni comuni con mezzi diversi.

## 6. Conclusioni

L'opera monografica ivi recensita ha fuor d'ogni dubbio il merito di indagare un fenomeno giuridico assolutamente "innovativo" e poco trattato a livello dottrinale.

Dal presente studio emerge una necessità di condivisione di punti di partenza per le future regole in materia di obesità, al fine di ridurre i costi sociali e di garantire una migliore qualità di vita a ciascun cittadino, pur mantenendo intatta la sua capacità di autodeterminazione.

Assolutamente degno di nota, infine, è il metodo adottato dalla prof.ssa Poddighe nell'analisi della questione, attenta non solo alla definizione del problema in generale, ma anche alla comparazione tra ordinamenti ed

all'esame di aspetti correlati che potrebbero risultare di grande aiuto per le future riflessioni in materia.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] D. Crawford, R. Jeffery, K. Ball, J. Brug, *Obesity Epidemiology: From Aetiology to Public Health*, Oxford, 2010.

[2] E. Poddighe, *Obesità e diritto. Uno studio sul paternalismo alimentare*, Bologna, 2014, p.11.

[3] Si v. sul punto l'analisi svolta dall'OMS in [www.who.int/features/factfiles/breastfeeding/en/index.html](http://www.who.int/features/factfiles/breastfeeding/en/index.html).

Per i dati relativi alla Sardegna si v. il report della Regione Sardegna in [www.epicentro.iss.it/okkioallasalute/reportregionali2012/sardegna.pdf](http://www.epicentro.iss.it/okkioallasalute/reportregionali2012/sardegna.pdf) (consultato in data 19/05/15).

[4] L'OMS ha affermato che statisticamente il 45,6% di bambini di 8 anni ed il 43,8% di bimbi di 9 anni sono in sovrappeso o obesi. Sull'analisi del fenomeno si v. anche A. Spinelli, A. Lamberti, P. Nardone, *Sovrappeso e obesità nei bimbi italiani: le definizioni lotf e le nuove definizioni Oms*, in [www.epicentro.iss.it/problemi/obesita/Omslotf.asp](http://www.epicentro.iss.it/problemi/obesita/Omslotf.asp).

[5] Tutti i programmi statunitensi citati nel libro sono consultabili, sul sito [www.cdc.gov/obesity/resources/recommendations.html](http://www.cdc.gov/obesity/resources/recommendations.html) oppure sulla pagina [www.cdc.gov/obesity/stateprograms/highlights.html](http://www.cdc.gov/obesity/stateprograms/highlights.html).

[6] Gli interventi posti in essere dall'Unione europea sono consultabili sul sito [http://ec.europa.eu/health/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/index_en.htm).

[7] E. Poddighe, *op. cit.*, pp. 93 e 153.

[8] World Health Organization, *Guideline: Sugars intake for adults and children*, Ginevra, 2015.

***La videosorveglianza ad uso domestico: ambito di applicazione della direttiva europea in materia di protezione dei dati personali.***

di  
**Davide Borelli Casiere**

SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

11 dicembre 2014

«Rinvio pregiudiziale — Direttiva 95/46/CE — Tutela delle persone fisiche — Trattamento dei dati personali — Nozione di “esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico”»

Nella causa C-212/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Nejvyšší správní soud (Repubblica ceca), con decisione del 20 marzo 2013, pervenuta in cancelleria il 19 aprile 2013, nel procedimento

František Ryneš

contro

Úřad pro ochranu osobních údajů,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da L. Bay Larsen, presidente di sezione, K. Jürimäe, J. Malenovský, M. Safjan (relatore) e A. Prechal, giudici,

avvocato generale: N. Jääskinen

cancelliere: I. Illéssy, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 20 marzo 2014,

considerate le osservazioni presentate:

- per F. Ryneš, da M. Šalomoun, advokát;
- per l’Úřad pro ochranu osobních údajů, da I. Němec, advokát, e J. Prokeš;
- per il governo ceco, da M. Smolek e J. Vlácil, in qualità di agenti;
- per il governo spagnolo, da A. Rubio González, in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per il governo austriaco, da A. Posch e G. Kunnert, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, J. Fałdyga e M. Kamejsza, in qualità di agenti;
- per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes e C. Vieira Guerra, in qualità di agenti;

- per il governo del Regno Unito, da L. Christie, in qualità di agente, assistito da J. Holmes, barrister;
- per la Commissione europea, da B. Martenczuk, P. Němečková e Z. Malůšková, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 luglio 2014, ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 2, della 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 (GU L 281, pag. 31).
- 2 Questa domanda è stata presentata nel quadro di una controversia tra il sig. Ryneš e l'Úřad pro ochranu osobních údajů (Ufficio per la tutela dei dati personali; in prosieguo: l'«Úřad»), in merito alla decisione con la quale quest'ultimo ha constatato che il sig. Ryneš aveva commesso diverse infrazioni in materia di tutela dei dati personali.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

- 3 I considerando 10, 12, 14, 15 e 16 della direttiva 95/46 enunciano quanto segue:

«(10) (...) Le legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario; (...) pertanto il ravvicinamento di dette legislazioni non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità;

(...)

(12) (...) deve essere escluso il trattamento di dati effettuato da una persona fisica nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico quali la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi;

(...)

(14) (...) la presente direttiva dovrebbe applicarsi al trattamento dei dati in forma di suoni e immagini relativi a persone fisiche, vista la notevole evoluzione in corso nella società dell'informazione delle tecniche per captare, trasmettere, manipolare, registrare, conservare o comunicare siffatti dati;

- (15) (...) il trattamento dei suddetti dati rientra nella presente direttiva soltanto se è automatizzato o se riguarda dati contenuti, o destinati ad essere contenuti, in un archivio strutturato secondo criteri specifici relativi alle persone, in modo da consentire un facile accesso ai dati personali di cui trattasi;
- (16) (...) nel campo d'applicazione della presente direttiva non rientra il trattamento di dati in forma di suoni e immagini, quali i dati di controllo video, finalizzato alla pubblica sicurezza, alla difesa, alla sicurezza dello Stato o all'esercizio di attività dello Stato nella sfera del diritto penale o di altre attività che esulano dal campo d'applicazione del diritto comunitario».
- 4 Ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva:  
«Ai fini della presente direttiva si intende per:
- a) "dati personali": qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile ("persona interessata"); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento (...) ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica (...)
  - b) "trattamento di dati personali" ("trattamento"): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione;
  - c) "archivio di dati personali" ("archivio"): qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili, secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico;
  - d) "responsabile del trattamento": la persona fisica (...) che, da sol[a] o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali (...)».
- 5 L'articolo 3 della direttiva così dispone:  
«1. Le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi.

2. Le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali:
- effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del trattato sull'Unione europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale;
  - effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico».
- 6 L'articolo 7 della stessa direttiva è formulato nel modo seguente:  
«Gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando:
- a) la persona interessata ha manifestato il proprio consenso in maniera inequivocabile, oppure  
(...)
  - f) è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1».
- 7 L'articolo 11 della direttiva 95/46 prevede quanto segue:  
«1. In caso di dati non raccolti presso la persona interessata, gli Stati membri dispongono che, al momento della registrazione dei dati (...), il responsabile del trattamento o il suo rappresentante debba fornire alla persona interessata almeno le informazioni elencate qui di seguito, a meno che tale persona ne sia già informata:
- a) l'identità del responsabile del trattamento (...)
  - b) le finalità del trattamento;
  - c) eventuali informazioni supplementari quali:
    - le categorie di dati interessate,
    - i destinatari o le categorie di destinatari dei dati,
    - se esiste un diritto di accesso ai dati e di rettifica in merito ai dati che la riguardano, nella misura in cui tali informazioni supplementari siano necessarie, considerate le circostanze specifiche della raccolta dei dati, per garantire un corretto trattamento dei dati dell'interessato.
2. Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano quando, in particolare nel trattamento di dati a scopi statistici, o di ricerca storica o scientifica, l'informazione della persona interessata si rivela impossibile o richiede

## Diritti della persona e responsabilità in rete

sforzi sproporzionati o la registrazione o la comunicazione è prescritta per legge. In questi casi gli Stati membri prevedono garanzie appropriate».

- 8 L'articolo 13, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce quanto segue:  
«Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative intese a limitare la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalle disposizioni dell'articolo (...) 11, paragrafo 1 (...), qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia:

(...)

d) della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del perseguimento di infrazioni penali o di violazioni della deontologia delle professioni regolamentate;

(...)

g) della protezione (...) dei diritti e delle libertà altrui».

- 9 Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, di detta direttiva:  
«Gli Stati membri prevedono un obbligo di notificazione a carico del responsabile del trattamento (...) presso l'autorità di controllo (...) prima di procedere alla realizzazione di un trattamento, o di un insieme di trattamenti, interamente o parzialmente automatizzato, destinato al conseguimento di una o più finalità correlate».

Il diritto cieco

- 10 L'articolo 3, paragrafo 3, della legge n. 101/2000 Sb., relativa alla tutela dei dati personali e alla modifica di determinate leggi (in prosieguo: la «legge n. 101/2000»), prevede quanto segue:

«La presente legge non è applicabile al trattamento di dati personali che una persona fisica effettua esclusivamente per le necessità personali».

- 11 L'articolo 44, paragrafo 2, di detta legge disciplina la responsabilità della persona incaricata del trattamento dei dati personali, la quale commetta un'infrazione quando tratta tali dati senza il consenso dell'interessato, quando non fornisce a quest'ultimo le informazioni rilevanti e quando non soddisfa l'obbligo di notificazione all'autorità competente.

- 12 Conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, di detta legge, il trattamento dei dati personali è possibile, in linea di principio, solo con il consenso dell'interessato. In mancanza di un siffatto consenso, detto trattamento può essere realizzato se si riveli necessario alla tutela dei diritti e degli interessi legalmente rilevanti del responsabile del trattamento, del destinatario o di un altro interessato. Tuttavia, questo trattamento non deve ledere il diritto dell'interessato al rispetto della sua vita privata e personale.

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 13 Nel periodo compreso tra il 5 ottobre 2007 e l'11 aprile 2008, il sig. Ryneš ha installato e utilizzato un sistema di telecamera situato sotto la cornice del tetto della casa della sua famiglia. Questa telecamera era fissa, senza possibilità di rotazione, e filmava l'ingresso di tale casa, la strada pubblica nonché l'ingresso della casa situata di fronte. Il sistema consentiva unicamente una registrazione video, che veniva immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua, ossia il disco duro. Una volta esaurita la sua capacità, questo dispositivo cancellava l'esistente registrazione con una nuova. Detto dispositivo di registrazione non comportava monitor, cosicché non era possibile visualizzare le immagini in tempo reale. Solo il sig. Ryneš aveva accesso diretto al sistema e ai dati.
- 14 Il giudice del rinvio rileva che la sola ragione per lo sfruttamento di tale telecamera da parte del sig. Ryneš era la protezione dei beni, della salute e della vita di lui stesso nonché della sua famiglia. Infatti, tanto lui che la sua famiglia sono stati oggetto di attacchi per diversi anni da parte di uno sconosciuto che non è stato smascherato. Inoltre, nella casa della sua famiglia le finestre sono state infrante diverse volte tra il 2005 e il 2007.
- 15 Nella notte tra il 6 e il 7 ottobre 2007, è avvenuto un altro attacco. Una finestra della casa in questione è stata infranta dal tiro di un proiettile lanciato con una fionda. Grazie al sistema di videocamera è stato possibile identificare due persone sospette. Le registrazioni sono state consegnate alla polizia e in seguito sono state invocate nell'ambito del procedimento penale che è stato avviato.
- 16 Poiché una di queste persone sospette ha chiesto la verifica della legalità del sistema di sorveglianza del sig. Ryneš, l'Úřad, con decisione del 4 agosto 2008, ha constatato che quest'ultimo aveva commesso alcune violazioni della legge n. 101/2000, in quanto:
- in qualità di responsabile del trattamento aveva raccolto, mediante un sistema di videocamera, dati personali di coloro che circolavano sulla strada o che entravano nella casa dall'altra parte della strada, e ciò senza il loro consenso;
  - gli interessati non erano stati informati del trattamento di questi dati personali, della portata e degli obiettivi di tale trattamento, della persona che effettuava il trattamento e del modo in cui tale trattamento era compiuto, né delle persone che avrebbero potuto avere accesso ai dati in questione, e,
  - in qualità di responsabile del trattamento, il sig. Ryneš non aveva osservato l'obbligo di notificazione del trattamenti in questione all'Úřad.

- 17 Investito di un ricorso proposto dal sig. Ryneš avverso tale decisione, il Městský soud v Praze (Corte municipale di Praga) l'ha respinto con sentenza del 25 aprile 2012. Il sig. Ryneš ha proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio.
- 18 Alla luce di queste considerazioni, il Nejvyšší správní soud (Corte amministrativa suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:  
«Se il fatto di tenere in funzione un sistema di videocamera installato su un'abitazione familiare allo scopo di proteggere la proprietà, la salute e la vita dei proprietari possa essere classificato come trattamento di dati personali "effettuato da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico" ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 95/46 (...), sebbene detto sistema riprenda anche spazi pubblici».
- Sulla questione pregiudiziale
- 19 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che l'utilizzo di un sistema di videocamera, che porta a una registrazione video delle persone immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua quale un disco duro, installato da una persona fisica sulla sua abitazione familiare per proteggere i beni, la salute e la vita dei proprietari dell'abitazione, sistema che sorveglia parimenti lo spazio pubblico, costituisca un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi di tale disposizione.
- 20 Occorre ricordare che, conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, quest'ultima si applica «al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi».
- 21 La nozione di «dati personali» che compare in questa disposizione comprende, conformemente alla definizione che figura nell'articolo 2, lettera a), della direttiva 95/46, «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile». È considerata identificabile «la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento (...) ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica».
- 22 Di conseguenza, l'immagine di una persona registrata da una telecamera costituisce un dato personale ai sensi della disposizione menzionata nel punto precedente se e in quanto essa consente di identificare la persona interessata.

- 23 Per quanto concerne la nozione di «trattamento di dati personali», occorre rilevare che essa è definita dall'articolo 2, lettera b), della direttiva 95/46 come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni (...) applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, (...) la conservazione».
- 24 Come si ricava segnatamente dai considerando 15 e 16 della direttiva 95/46, la videosorveglianza rientra, in linea di principio, nella sfera d'applicazione di tale direttiva se e in quanto costituisce un trattamento automatizzato.
- 25 Ebbene, una sorveglianza effettuata mediante una registrazione video delle persone, come nel procedimento principale, immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua, ossia in un disco duro, costituisce, conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 95/46, un trattamento di dati personali automatizzato.
- 26 Il giudice del rinvio si chiede se un siffatto trattamento, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, non sia nondimeno sottratto all'applicazione di tale direttiva in quanto sarebbe effettuato «per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, di detta direttiva.
- 27 Come si ricava dall'articolo 1 e dal considerando 10 della direttiva 95/46, quest'ultima mira a garantire un livello elevato di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, particolarmente del loro diritto alla vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali (v. sentenza Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 66).
- 28 A questo proposito è importante rilevare che, conformemente ad una giurisprudenza consolidata, la tutela del diritto fondamentale alla vita privata, garantito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, impone che le deroghe alla tutela dei dati personali e le limitazioni della stessa devono avvenire nei limiti dello stretto necessario (v. sentenze IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, punto 39, nonché Digital Rights Ireland e a., C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, punto 52).
- 29 Posto che le disposizioni della direttiva 95/46, in quanto disciplinano il trattamento di dati personali suscettibile di ledere le libertà fondamentali e, in particolare, il diritto alla vita privata, devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali sanciti da detta Carta (v. sentenza Google Spain e Google, EU:C:2014:317, punto 68), la deroga prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, di tale direttiva dev'essere interpretata in senso restrittivo.

- 30 Quest'interpretazione restrittiva trova il suo fondamento anche nel dettato stesso di tale disposizione, che sottrae all'applicazione della direttiva 95/46 il trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività non semplicemente personali o domestiche, bensì «esclusivamente» personali o domestiche.
- 31 Alla luce delle precedenti considerazioni, occorre constatare, come rilevato dall'avvocato generale nel paragrafo 53 delle sue conclusioni, che un trattamento di dati personali rientra nella deroga prevista dall'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46 unicamente quando è effettuato nella sfera esclusivamente personale o domestica della persona che procede a tale trattamento.
- 32 Pertanto, per quanto concerne le persone fisiche, la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi costituiscono, alla luce del considerando 12 della direttiva 95/46, «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» persino qualora, incidentalmente, esse riguardino o possano riguardare la vita privata di terzi.
- 33 Posto che una videosorveglianza quale quella in questione nel procedimento principale si estende, anche se solo parzialmente, allo spazio pubblico, e pertanto è diretta verso l'esterno della sfera privata della persona che procede al trattamento dei dati con tale modalità, essa non può essere considerata un'attività esclusivamente «personale o domestica» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46.
- 34 Nel contempo, l'applicazione delle disposizioni di questa direttiva consente eventualmente di tener conto, conformemente in particolare agli articoli 7, lettera f), 11, paragrafo 2, nonché 13, paragrafo 1, lettere d) e g), di detta direttiva, degli interessi legittimi del responsabile del trattamento, consistenti segnatamente, come nel procedimento principale, nella tutela dei beni, della salute e della vita di detto responsabile nonché della sua famiglia.
- 35 Di conseguenza, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46 dev'essere interpretato nel senso che l'utilizzo di un sistema di videocamera, che porta a una registrazione video delle persone immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua quale un disco duro, installato da una persona fisica sulla sua abitazione familiare per proteggere i beni, la salute e la vita dei proprietari dell'abitazione, sistema che sorveglia parimenti lo spazio pubblico, non costituisce un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi di tale disposizione.

### Sulle spese

36 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della 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, dev'essere interpretato nel senso che l'utilizzo di un sistema di videocamera, che porta a una registrazione video delle persone immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua quale un disco duro, installato da una persona fisica sulla sua abitazione familiare per proteggere i beni, la salute e la vita dei proprietari dell'abitazione, sistema che sorveglia parimenti lo spazio pubblico, non costituisce un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi di tale disposizione.

Massima. L'art.3, par.2, secondo trattino, della dir. 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24.10.1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, dev'essere interpretato nel senso che l'utilizzo di un sistema di videosorveglianza, consistente nella registrazione video a ciclo continuo di uno spazio pubblico immagazzinata su un dispositivo di archiviazione continua di dati, installato da una persona fisica sulla sua abitazione per proteggere i beni, la salute e la vita dei suoi familiari, non costituisce un trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (nella specie: il soggetto coinvolto, oggetto di molteplici aggressioni ad opera di sconosciuti, intenzionato a proteggere la proprietà, la salute e la vita sua e dei suoi familiari, provvedeva ad installare un sistema di videosorveglianza sotto la cornice del tetto della sua abitazione con inquadratura statica dell'ingresso della sua dimora, della porzione di strada pubblica antistante e di parte dell'uscio della casa di fronte).

### **Abstract**

L'installazione di un sistema di videosorveglianza ad uso domestico, ancorché indotta da ricevute minacce alla vita e al patrimonio del proprietario dell'abitazione e dei suoi familiari, non integra un trattamento di dati

effettuato per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (ai sensi dell'art. 3, par. 2, secondo trattino, della dir. 95/46/CE), in quanto tale escluso dall'ambito di applicazione della medesima direttiva, qualora le riprese interessino anche aree non di esclusiva pertinenza dell'abitazione del titolare del trattamento. Applicandosi, pertanto, a siffatta sorveglianza la direttiva europea in materia di protezione dei dati personali, è alla luce di quest'ultima che dovrà essere verificata la liceità o meno dell'attività di videosorveglianza posta in essere.

*The installation of a CCTV system for domestic use, although induced by threats to the landlord's life and family, does not integrate a data processing carried out for the exercise of activities which are strictly personal or domestic (pursuant to article 3, paragraph 2, second indent of the directive 95/46/EC), in itself excluded from the directive's field of application, if shootings also involve areas not of sole competence of the data controller's house. Therefore, applying in such oversight the European directive on the protection of personal data, is in the light of the latter that must be checked the legal compliance of such CCTV system.*

**Sommario:** 1. Il fatto. - 2. Definizione dell'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE. - 3. La videosorveglianza configura un «trattamento di dati personali automatizzato». - 4. Le deroghe all'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE. - 5. La deroga ex art. 3, par. 2, secondo trattino deve essere interpretata restrittivamente. - 6. Una possibile definizione di «attività a carattere esclusivamente personale o domestico». - 7. Il necessario bilanciamento degli interessi. - 8. Considerazioni.

### **1. Il fatto.**

La vicenda oggetto del presente giudizio ha come protagonista un cittadino della Repubblica Ceca (cfr. František Ryneš) il quale, preoccupato per l'incolumità sua e dei suoi familiari, decideva di installare, sotto la cornice del tetto della sua abitazione, un impianto di videosorveglianza con inquadratura statica dell'ingresso della sua dimora, della porzione di strada pubblica antistante e di parte dell'uscio della casa di fronte.

Si trattava, in particolare, di riprese a ciclo continuo archiviate su un dispositivo di memoria di massa privo di monitor e con inizializzazione automatica al raggiungimento della massima capienza consentita. Inoltre, l'accesso diretto ai dati così archiviati (*rectius*, il trattamento dei dati) era consentito al solo sig. František Ryneš, parte del presente giudizio.

Come correttamente evidenziato dal Giudice del rinvio (cfr. NejvyššíSprávníSoud [1]) l'installazione dell'impianto di videosorveglianza avveniva in seguito a numerose aggressioni perpetrate a danno del sig. Ryneš e dei suoi familiari da parte di sconosciuti.

Un intervento in tal senso si rendeva, pertanto, con ogni evidenza necessario per proteggere diritti fondamentali quali la proprietà, la salute e la vita sua e dei suoi cari.

A pochi giorni di distanza dall'installazione dell'impianto [2], il sig. Ryneš subiva l'ennesima aggressione consistente nella frantumazione dei vetri delle finestre della sua abitazione mediante il lancio di un proiettile. Le registrazioni realizzate venivano consegnate agli organi competenti che, dopo aver identificato i sospettati, promuovevano a loro carico il consequenziale procedimento penale [3].

Su istanza di uno dei due sospettati l'Ufficio per la protezione dei dati personali (cfr. Úřad pro ochranuosobníchúdajů) constatava, con decisione del 4.8.2008, l'avvenuta violazione della legge ceca sulla protezione dei dati personali [4] a carico dell'agredito.

In particolar modo, la violazione addebitata al sig. Ryneš, in qualità di responsabile del trattamento, consisteva in: raccolta di dati senza consenso, difetto di informazioni sul trattamento, nonché mancata comunicazione al competente Ufficio.

Il sig. Ryneš ricorreva, avverso detta pronuncia, innanzi alla Corte Municipale di Praga (cfr. Městskýsoud v Praze) che, con sentenza del 25.4.2012, confermava il provvedimento dell'Ufficio per la protezione dei dati personali. Proponeva, pertanto, ricorso per cassazione innanzi al Giudice del rinvio, il quale sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: «Se il fatto di tenere in funzione un sistema di videocamera installato su un'abitazione familiare allo scopo di proteggere la proprietà, la salute e la vita dei proprietari possa essere classificato come trattamento di dati personali "effettuato da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico" ai sensi dell'art. 3, par. 2, secondo trattino, della dir. 95/46/CE [...], sebbene detto sistema riprenda anche spazi pubblici».

## **2. Definizione dell'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE [5].**

Al fine di delimitare con sufficiente chiarezza l'oggetto della controversia, la Corte muove il primo passo del proprio iter ragionativo dalla definizione dell'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE, a norma della quale le relative disposizioni «si applicano al trattamento dei dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non

automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi» (cfr. art. 3, par. 1).

Si tenga peraltro presente che, sempre a norma della predetta direttiva, per «dati personali» s'intende «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile»; in particolare, appartiene a tale ultima categoria la persona «che può essere identificata, direttamente o indirettamente, [...] mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale» (cfr. art. 2, par. 1, lett. a). Nondimeno, per «trattamento di dati personali» deve infine intendersi «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione» (cfr. art. 2, par. 1, lett. b).

### **3. La videosorveglianza configura un «trattamento di dati personali automatizzato».**

Si tratta, in sostanza, di definizioni preliminari circa ciò che legittimamente può o non può rientrare nell'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE, utili, pertanto, a comprendere se siffatta videosorveglianza possa essere considerata quale trattamento dei dati personali (cfr. art. 2, par. 1, lett. b).

A tal proposito, rileva la Corte che «l'immagine di una persona registrata da una telecamera costituisce un dato personale [...] se ed in quanto essa consente di identificare la persona interessata» (scopo quest'ultimo perseguito dal sig. Ryneš con l'installazione del suddetto impianto).

Tra l'altro, è la stessa direttiva a considerare la videosorveglianza un trattamento di dati personali automatizzato ed in quanto tale rientrante nel suo ambito di applicazione (si v. i considerando 14, 15 e 16 della dir. 95/46/CE [6]).

Coerentemente con tali premesse la Corte giunge, pertanto, all'ovvia conclusione che «una sorveglianza effettuata mediante una registrazione video delle persone, come nel procedimento principale, immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua [...] costituisce [...] un trattamento di dati personali automatizzato» conformemente a quanto disposto dall'art. 3, par. 1 della dir. 95/46/CE.

In tal caso la minaccia alla riservatezza [7] [8] deriva dal fatto che tali sistemi consentono di archiviare una grandissima quantità di dati e, al tempo stesso,

permettono di collegare fra loro con estrema facilità i dati immagazzinati offrendo, dunque, la possibilità di ottenere informazioni altrimenti non accessibili [9].

#### **4. Le deroghe all'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE.**

Se la videosorveglianza senza alcun dubbio può essere considerata come un trattamento automatizzato di dati personali [10] [11], altrettanto non può dirsi sulla sua necessaria ricomprensione nell'ambito di applicazione della direttiva europea sul trattamento dei dati personali: infatti, l'art. 3 – rubricato per l'appunto «campo di applicazione» – dopo aver definito che «le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi» (co. 1), prosegue affermando che «le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali: – effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione Europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale; – effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico» (co. 2).

È a tal ultimo riguardo (cfr. secondo trattino) che si pone la questione oggetto del presente rinvio pregiudiziale. La Corte rileva che la direttiva europea in materia di trattamento dei dati personali mira a garantire un elevato grado di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare del loro diritto alla vita privata: è quanto si evince dalla lettura dell'art.1 della dir.95/46/CE [12] in combinato con il decimo considerando [13].

Il collegio giudicante sembra dunque chiarire, o quantomeno rendere palese, il risultato del necessario bilanciamento dei confliggenti interessi operato in astratto dal legislatore comunitario ed in concreto dalla giurisprudenza (non solo europea) [14].

#### **5. La deroga ex art. 3, par. 2, secondo trattino deve essere interpretata restrittivamente.**

Peraltro, conformemente ad una ormai consolidata giurisprudenza [15], la tutela del fondamentale diritto alla vita privata, garantito dall'art.

7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [16], impone necessariamente che le deroghe alla tutela dei dati personali, nonché le limitazioni di quest'ultima deve avvenire nei limiti dello stretto necessario.

Correttamente, infatti, la Corte evidenzia che l'attività consistente nel trattamento di dati personali è potenzialmente lesiva delle libertà fondamentali (in particolare – ribadisce – del diritto alla vita privata) ed in quanto tale la deroga prevista per le «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» (cfr. art. 3, par. 2, secondo trattino) deve necessariamente essere interpretata in senso restrittivo, ravvisandosi, tra l'altro, nel termine “esclusivamente” una riprova del carattere assolutamente eccezionale della previsione.

Inoltre, sempre in quanto lesive, le disposizioni della direttiva in questione devono essere inevitabilmente lette alla luce dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta europea, così come, in molteplici occasioni, ribadito da consolidata giurisprudenza [17].

## **6. Una possibile definizione di «attività a carattere esclusivamente personale o domestico».**

Piuttosto riduttivo appare poi il richiamo operato in motivazione dalla Corte al paragrafo 53 delle conclusioni dell'Avvocato Generale (cfr. NiiloJääskinen) [18], nondimeno pienamente condivisibili. A parer di quest'ultimo, le «attività personali» richiamate dall'art. 3, par. 2, secondo trattino, sono quelle attività strettamente ed oggettivamente legate alla vita privata di un soggetto e che non incidono in modo sensibile sulla sfera personale altrui, potendo le stesse aver luogo anche al di fuori del domicilio; mentre ritiene di poter considerare «attività domestiche» quelle legate alla vita familiare e che si svolgono generalmente all'interno del domicilio o in altri luoghi condivisi dai membri della famiglia quali «una residenza secondaria, una camera d'albergo o un'autovettura» [19].

Condivisibilmente l'Avvocato Generale sostiene che, affinché l'eccezione prevista dall'art. 3, par. 2, secondo trattino possa regolarmente operare, non è sufficiente che le attività considerate presentino un collegamento con attività personali o domestiche, essendo nondimeno necessario che tale legame sia esclusivo (condizione, tra l'altro, applicabile sia alle attività a carattere personale che a quelle a carattere domestico) [20].

E', invece, evidente che il Collegio giudicante, piuttosto che tentare di fornire una possibile (e quanto mai necessaria) definizione di «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» (con ogni probabilità, conscia del celebre brocardo *omnis definitio in iure civili periculosa est; parum est enim, ut subverti non posset* [21]), abbia preferito riportarsi – semplicisticamente –

al dodicesimo considerando della direttiva che a titolo puramente esemplificativo riporta «la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi» [22] [23] considerati ascrivibili all'ambito della deroga «persino qualora, incidentalmente, [...] riguardino o possano riguardare la vita privata di terzi» [24].

Alla luce di tante e tali considerazioni, pertanto, la Corte arriva ad affermare che, posto che la videosorveglianza in questione si estende, anche se solo parzialmente, allo spazio pubblico antistante l'abitazione del sig. Ryneš, eccedendo e dunque invadendo la sfera privata altrui, essa non può essere in alcun modo considerata un'attività esclusivamente personale o domestica ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, par. 2, secondo trattino della dir. 95/46/CE.

## **7. Il necessario bilanciamento degli interessi.**

In ultima istanza, la Corte sembra far proprie, ancora una volta, le considerazioni operate dall'Avvocato Generale, con l'espresso richiamo degli artt. 7, par. 1, lett. f, 11, par. 2, nonché 13, par. 1, lett. d e g della dir. 95/46/CE [25].

Essa, infatti, precisa che il Giudice nazionale, nell'applicare detta normativa, deve tenere in debito conto che le relative disposizioni consentono di valutare l'interesse legittimo del responsabile del trattamento alla tutela dei beni, della salute e della vita sua e dei suoi familiari.

In particolare, l'art. 7, par. 1, lett. f stabilisce che «gli Stati membri dispongono che il trattamento [...] può essere effettuato soltanto quando [...] è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'art. 1, par. 1».

L'art. 11, par. 2 (rubricato «Informazioni in caso di dati non raccolti presso la persona interessata»), invece, sancisce che «le disposizioni del par. 1 [26] non si applicano quando, in particolare nel trattamento di dati a scopi statistici, o di ricerca storica o scientifica, l'informazione della persona interessata si rivela impossibile o richiede sforzi sproporzionati o la registrazione o la comunicazione è prescritta per legge. In questi casi gli Stati membri prevedono garanzie appropriate».

Infine, l'art. 13, par. 1, lett. d e g (rubricato «deroghe e restrizioni») dispone che «gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative intese a limitare la portata degli obblighi e dei diritti previsti dalle disposizioni dell'art. 6, par. 1 [27], dell'art. 10 [28], dell'art. 11, par. 1 e degli artt. 12 [29] e 21 [30], qualora tale restrizione costituisca una misura necessaria alla salvaguardia: [...] d) della prevenzione, della ricerca, dell'accertamento e del

perseguimento di infrazioni penali o di violazioni della deontologia delle professioni regolamentate; [...] g) della protezione della persona interessata o dei diritti e delle libertà altrui».

Dalla lettura delle citate disposizioni è dunque evidente, anzitutto, che il trattamento dei dati può essere effettuato anche senza il consenso dell'interessato qualora sia necessario alla realizzazione dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento.

Si evince, inoltre, che l'obbligo della preventiva comunicazione al soggetto interessato del trattamento dei suoi dati personali vien meno quando essa si riveli impossibile o richieda sforzi sproporzionati.

In ultimo, è manifesta la possibilità accordata ai Paesi membri di limitare l'estensione degli obblighi e dei diritti previsti dalla direttiva, qualora sia necessaria per salvaguardare la prevenzione, la ricerca, l'accertamento ed il perseguimento di infrazioni penali o la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali altrui.

Ciò nonostante, la Corte conclude per l'esclusione delle attività di videosorveglianza poste in essere dal sig. Ryneš dall'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 3, par. 2, secondo trattino della dir. 95/46/CE, essendo la stessa obbligata a decidere non oltre i limiti posti dalla questione pregiudiziale presentata dal Giudice del rinvio (cfr. NejvyššíSprávníSoud).

### **8. Considerazioni.**

Benché sia stata più volte chiamata a pronunciarsi in merito [31], la Corte sembrerebbe non aver mai riscontrato la sussistenza delle condizioni di applicazione della deroga prevista dall'art. 3, par. 2, secondo trattino della direttiva 95/46/CE per le «attività a carattere esclusivamente personale o domestico». Ed anzi non ha mancato di ribadire, in più occasioni, la prevalenza del fondamentale diritto alla protezione dei dati personali, alla tutela della vita privata [32].

Si tenga peraltro presente che la qualificazione o meno di siffatta sorveglianza quale «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» (cfr. art. 3, par. 2, secondo trattino) non preclude in termini assoluti la possibilità che la stessa venga compiuta.

Occorre, infatti, operare un contemperamento tra opposte esigenze, posizioni soggettive, diritti: da un lato il «diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni», dall'altro il «diritto alla protezione dei dati di carattere personale» (cfr. artt. 7, par. 1 e 8, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

Rileva correttamente l'Avvocato Generale che, ove si ritenga applicabile al caso di specie la dir. 95/46/CE, «occorrerà procedere ad un

contemperamento dei diversi diritti e interessi coinvolti nell'ambito delle disposizioni sostanziali di detta direttiva e in particolare del suo art. 7, par. 1, lett. f) [33] a tenore del quale «gli Stati membri dispongono che il trattamento di dati personali può essere effettuato soltanto quando [...] è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'art. 1, par. 1».

Ciò considerato, competerà – se ciò sia necessario – al Giudice del rinvio procedere all'opportuno bilanciamento dei confliggenti interessi, posto che ciò oltrepassa i confini del rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte.

Inoltre, il Giudice del rinvio correttamente evidenzia che l'installazione dell'impianto di videosorveglianza avveniva in seguito a numerose aggressioni perpetrate a danno del sig. Ryneš e dei suoi familiari da parte di sconosciuti.

Un intervento in tal senso si rendeva, dunque, con ogni evidenza necessario per proteggere diritti fondamentali quali la proprietà, la salute e la vita sua e dei suoi cari.

Se ciò è vero, non può escludersi aprioristicamente che un'attività come quella in oggetto caratterizzata da una tale finalità soggettiva possa soddisfare le condizioni previste dall'art. 7, par. 1, lett. f) della direttiva in parola, ciò rendendo con ogni evidenza legittimo un siffatto trattamento dei dati personali [34].

Nondimeno la questione pregiudiziale sottoposta alla Corte è ben diversa, vertendo piuttosto sull'ambito di applicazione della dir. 95/46/CE, ovvero sia su un aspetto che necessariamente precede ogni quesito attinente l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni sostanziali ivi contenute.

Ritenuta la condotta del sig. Ryneš ascrivibile all'ambito di applicazione della direttiva europea, essa dovrà, pertanto, esser valutata alla luce delle sue disposizioni sostanziali le quali mirano a creare e garantire un equilibrio tra diritti fondamentali e ed interessi potenzialmente confliggenti.

Per tante e tali considerazioni, senz'altro un trattamento come quello oggetto del procedimento principale può esser considerato legittimo a norma dell'art. 7, par. 1, lett. f) della direttiva in quanto diretto a proteggere il godimento di diritti fondamentali come il diritto di proprietà ed il diritto alla vita familiare [35].

Tale prescrizione normativa, infatti, esige l'assolvimento di due condizioni cumulative affinché un trattamento di dati personali possa esser considerato ugualmente legittimo: in primo luogo, che lo stesso si sia reso necessario per il perseguimento di un interesse legittimo del responsabile del trattamento

oppure del o dei terzi cui i dati vengono comunicati; in secondo luogo, che l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato non prevalgano. A tal proposito si tenga presente che quest'ultima condizione postula una ponderazione dei contrapposti diritti ed interessi in gioco che dipende, in linea di principio, dalle circostanze specifiche del caso concreto. Il soggetto incaricato a svolgere tale bilanciamento dovrà all'uopo tener conto dell'importanza dei diritti dell'interessato riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [36].

Pertanto, l'applicabilità della direttiva in parola non pregiudica necessariamente i legittimi interessi del responsabile del trattamento dei dati personali, non comportando la tassativa illiceità della condotta tenuta, a condizione, tuttavia, che tali interessi rientrino effettivamente nell'alveo di quanto disposto dall'art. 7, par. 1, lett. f.

Diversamente, risulterebbe senz'altro illogico ammettere che, per proteggere gli interessi del responsabile del trattamento, sia necessario disapplicare una direttiva europea volta proprio a stabilire un giusto equilibrio tra i diritti di quest'ultimo e quelli delle persone soggette al trattamento dei dati personali. Nell'attesa che il giudizio in questione riprenda il suo naturale corso innanzi gli organi giurisdizionali nazionali, non si può far altro che invitare gli stessi ad operare il necessario bilanciamento degli interessi in gioco, evitando di "sovrapvalutare" il diritto alla riservatezza quando ciò non sia effettivamente necessario.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto ad un referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Corte Suprema Amministrativa.

[2] L'impianto di videosorveglianza era stato installato ed utilizzato dal sig. Ryneš nel periodo ricompreso tra il 5.10.2007 e l'11.4.2008; nondimeno, l'aggressione registrata perpetrata a suo danno avveniva nella notte tra il 6 ed il 7.10.2007.

[3] Le registrazioni venivano, pertanto, utilizzate quale mezzo di prova nel corso del relativo procedimento penale.

[4] Zákon č. 101/2000 Sb. o ochraně osobních údajů (artt. 3, par. 3, 5, par. 2 e 44, par. 2).

[5] In attuazione di tale direttiva in Italia si è provveduto ad approntare una normazione di portata generale con il "Codice in materia di protezione dei dati personali" (d.lgs. del 30.6.2003, n. 196) che ha abrogato la l. del

31.12.1996, n. 675, rubricata “Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali” (F. Galgano, Trattato di diritto civile. Volume primo, III ed., Padova, 2014, p. 195). Sul punto si v. V. Cuffaro, V. Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1998; R. Bin, *Privacy e trattamento dei dati personali: entriamo in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, pp. 459 e ss.; P. Manes, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale*, III ed., Bologna, 2010, pp. 53 e ss.

[6] Cfr. «Considerando che la presente direttiva dovrebbe applicarsi al trattamento dei dati in forma di suoni e immagini relativi a persone fisiche, vista la notevole evoluzione in corso nella società dell'informazione delle tecniche per captare, trasmettere, manipolare, registrare, conservare o comunicare siffatti dati» (considerando n. 14); «Considerando che il trattamento de suddetti dati rientra nella presente direttiva soltanto se è automatizzato o se riguarda dati contenuti, o destinati ad essere contenuti, in un archivio strutturato secondo criteri specifici relativi alle persone, in modo da consentire un facile accesso ai dati personali di cui trattasi» (considerando n. 15); «Considerando che nel campo d'applicazione della presente direttiva non rientra il trattamento di dati in forma di suoni e immagini, quali i dati di controllo video, finalizzato alla pubblica sicurezza, alla difesa, alla sicurezza dello Stato o all'esercizio di attività dello Stato nella sfera del diritto penale o di altre attività che esulano dal campo d'applicazione del diritto comunitario» (considerando n. 16).

[7] Il diritto alla riservatezza va necessariamente distinto dal diritto al trattamento dei dati personali. Il primo, infatti, è il diritto – di origine giurisprudenziale – consistente nell'escludere altri dalla conoscenza di vicende strettamente personali e familiari. È pertanto un diritto a contenuto negativo, ovvero sia quello di non far conoscere e di mantenere riservate alcune informazioni; a contrario, il diritto al trattamento dei dati personali è un diritto a contenuto positivo, quello cioè di esercitare un controllo su dette informazioni. Infine, a differenza di quest'ultimo, il diritto alla riservatezza non ha ad oggetto le informazioni di qualunque natura esse siano, ma solamente le vicende riservate. Sul punto si v. G. Finocchiaro, F. Delfini, *Diritto dell'informatica*, Torino, 2014, p. 159.

[8] Generalmente il diritto alla riservatezza, inteso come riconoscimento della inviolabilità della sfera personale e della propria vita privata, viene ricondotto al celebre articolo apparso sull'*Harvard Law Review* nel 1980 dal titolo “The right to privacy” (cfr. S. Warren, L. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 15.12.1980, 4, pp. 193-220: «Il diritto comune ha sempre riconosciuto che la casa di un uomo è il suo castello, spesso inaccessibile anche a coloro che sono incaricati di eseguire i suoi stessi ordini. Vorranno

forse i tribunali sbarrare l'ingresso principale all'autorità costituita per poi spalancare le porte di servizio alla curiosità oziosa e pruriginosa?». Ciò nonostante, autorevole dottrina riconduce la sua genesi alla riflessione teorica tedesca (cfr. F. D. Busnelli, *Nota introduttiva al commento della l. 31 dicembre 1996, n. 675 - Spunti per un inquadramento sistematico*, in AA. VV., *Tutela della privacy*, C. M. Bianca, F. D. Busnelli, A. Bellelli, F. P. Luiso, E. Navarretta, S. Patti, P. M. Vecchi (a cura di), in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, pp. 228 e ss.; T. A. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978; G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, pp. 209 e ss.

[9] Pertanto un dato personale apparentemente insignificante, se collegato con altri dati, può rivelarsi lesivo della riservatezza: sul punto si v. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 34; F. Galgano, *Trattato di diritto civile. Volume primo*, III ed., Padova, 2014, p. 194.

[10] A nulla valendo l'obiezione che le immagini registrate sarebbero successivamente cancellate al raggiungimento della massima capienza del dispositivo di archiviazione di massa. Ciò è quanto si evince dalle considerazioni contenute nelle conclusioni dell'Avvocato Generale secondo cui «la qualificazione giuridica dell'attività di videosorveglianza [...] non può cambiare a seconda che le immagini siano state successivamente cancellate o conservate» (Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, FrantišekRyneš c. Úřad pro ochranuosobníchúdajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 20).

[11] È necessario, a tal proposito, operare una differenziazione tra i casi in cui la videosorveglianza è esercitata da privati, ovvero da autorità pubbliche o da persone giuridiche. Invero, la dir. 95/46/CE è, nell'ipotesi della videosorveglianza operata da un'autorità pubblica, pienamente applicabile, fatta eccezione per la deroga prevista nell'art. 3, par. 2, primo trattino. Nondimeno, nell'ipotesi in cui tale attività sia compiuta da persone giuridiche, la normativa europea in questione sarà senz'altro applicabile senza alcuna restrizione (cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, FrantišekRyneš c. Úřad pro ochranuosobníchúdajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 21).

[12] A norma dell'art. 1 della dir. 95/46/CE, rubricato «oggetto della direttiva», «gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali» (co. 1); «gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1» (co. 2).

[13] Cfr. «Considerando che le legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario; che pertanto il ravvicinamento di dette legislazioni non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità» (considerando n. 10).

[14] Si v. ex multis: Corte giust., 13.5.2014, causa C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, non ancora pubblicata in Racc., punto 66 («in via preliminare, occorre ricordare che, come risulta dall'articolo 1 e dal considerando 10 della dir. 95/46/CE, quest'ultima mira a garantire un livello elevato di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali»); Corte giust., 7.11.2013, causa C-473/12, Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) c. Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL e Grégory Francotte, non ancora pubblicata in Racc., punto 28 («risulta dai considerando 3, 8 e 10 della dir. 95/46/CE che il legislatore dell'Unione ha inteso facilitare la libera circolazione dei dati personali ravvicinando le legislazioni degli Stati membri pur salvaguardando i diritti fondamentali della persona, in particolare il diritto alla tutela della vita privata, e garantendo un elevato grado di tutela nell'Unione. L'articolo 1 di tale direttiva prevede infatti che gli Stati membri debbano garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali»); Corte giust., 8.4.2014, cause C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd e a., non ancora pubblicato in Racc., punto 52 («per quel che riguarda il rispetto della vita privata, la protezione di tale diritto fondamentale, secondo la costante giurisprudenza della Corte, richiede in ogni caso che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali debbano operare entro i limiti dello stretto necessario»); Corte giust., 16.12.2008, causa C-524/06, Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland, Racc. p. I-9705, punto 47 («L'articolo 1 della direttiva 95/46/CE prescrive agli Stati membri di garantire la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali»); con identica formula rispetto a quest'ultima, si v., infine, Corte giust., 24.11.2011, cause C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio

Electrónico y Marketing Directo (FECMD) c. Administración del Estado, Racc. p. I-12181, punto 25.

[15] Corte giust., 7.11.2013, causa C-473/12, Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) c. Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL e GrégoryFrancotte, non ancora pubblicata in Racc., punto 39 («secondo costante giurisprudenza, la tutela del diritto fondamentale alla vita privata richiede che le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali debbano operare entro i limiti dello stretto necessario»); Corte giust., 16.12.2008, causa C-73/07, Tietosuojavaltuutettu c. SatakunnanMarkkinapörssiOy e SatamediaOy, Racc. p. I-9831, punto 56 («onde tener conto dell'importanza riconosciuta alla libertà d'espressione in ogni società democratica, da un lato occorre interpretare in senso ampio le nozioni ad essa correlate, tra cui quella di giornalismo. Dall'altro, e per ottenere un equilibrato contemperamento dei due diritti fondamentali, la tutela del diritto fondamentale alla vita privata richiede che le deroghe e le limitazioni alla tutela dei dati previste ai summenzionati capi della direttiva debbano operare entro i limiti dello stretto necessario»); Corte giust., 9.11.2010, cause C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus ScheckeGbR e HartmutEifert c. Land Hessen, Racc. p. I-11063, punti 78 («quanto alla necessità della misura, si deve rammentare che l'obiettivo della pubblicazione in questione non può essere perseguito senza tener conto del fatto che esso deve essere conciliato con i diritti fondamentali sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta») e 86 («da quanto sopra esposto emerge che non sembra che le istituzioni abbiano effettuato un contemperamento equilibrato tra, da un lato, gli obiettivi dell'art. 44 bis del reg. n. 1290/2005 e del reg. n. 259/2008 e, dall'altro, i diritti riconosciuti alle persone fisiche dagli artt. 7 e 8 della Carta. Considerato il fatto che le deroghe e le limitazioni alla protezione dei dati personali devono operare nei limiti dello stretto necessario e che sono concepibili misure che determinano lesioni meno gravi del suddetto diritto fondamentale per le persone fisiche ma nel contempo contribuiscono in maniera efficace agli obiettivi della normativa dell'Unione in questione, si deve constatare che il Consiglio e la Commissione, imponendo la pubblicazione dei nomi di tutte le persone fisiche beneficiarie di aiuti del Fondo europeo agricolo di garanzia e del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale nonché degli importi precisi percepiti da queste ultime, hanno superato i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità»).

[16] Cfr. Art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «rispetto della vita privata e della vita familiare», a norma del quale «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

[17] Corte giust., 13.5.2014, causa C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, non ancora pubblicata in Racc., punto 68 («la Corte ha già statuito che le disposizioni della dir. 95/46/CE, disciplinando il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, segnatamente, al diritto alla vita privata, devono necessariamente essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali che, secondo una costante giurisprudenza, formano parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e che sono ormai iscritti nella Carta»). In tale ultima pronuncia, la Corte fa proprie le considerazioni promosse da precedente giurisprudenza: ex multis Corte giust., 6.3.2001, causa 274/99 P, Bernard Connolly c. Commissione delle Comunità europee, Racc. p. I-1638, punto 37 («occorre ricordare, in via preliminare, che, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a questo proposito, un particolare significato»), nonché Corte giust., 20.5.2003, cause C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk e a., Racc. p. I-04089, punto 68 («occorre altresì aggiungere che le disposizioni della dir. 95/46/CE, poiché disciplinano il trattamento di dati personali che possono arrecare pregiudizio alle libertà fondamentali e, in particolare, al diritto alla vita privata, devono essere necessariamente interpretate alla luce dei diritti fondamentali, che secondo una costante giurisprudenza fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza»).

[18] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc.

[19] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 51.

[20] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 53.

[21] Cfr. «Nel diritto ogni definizione appare pericolosa: è, infatti, difficile che essa non possa essere sovvertita» (D. 50, 17, 202, Giavoleno, Epistole, 11).

[22] Cfr. «Considerando che i principi di tutela si devono applicare a tutti i trattamenti di dati personali quando le attività del responsabile del trattamento rientrano nel campo d'applicazione del diritto comunitario; che

deve essere escluso il trattamento di dati effettuato da una persona fisica nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico quali la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi» (considerando n. 12).

[23] In proposito si v. Corte giust., 6.11.2003, causa C-101/01, Bodil Lindqvist c. Göta Hovrätt, Racc. p. I-12971, punti 46 e 47, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale il quale ritiene rientrino nella categoria delle «attività a carattere esclusivamente personale o domestico» solo «la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi [...], e cioè attività chiaramente private e riservate, destinate a restare confinate nella sfera personale o domestica degli interessati».

[24] Cfr. Corte giust., 11.12.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 22.

[25] Cfr. Corte giust., 11.12.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 24.

[26] Cfr. Art. 11, par. 1 («in caso di dati non raccolti presso la persona interessata, gli Stati membri dispongono che, al momento della registrazione dei dati o qualora sia prevista una comunicazione dei dati a un terzo, al più tardi all'atto della prima comunicazione dei medesimi, il responsabile del trattamento o il suo rappresentante debba fornire alla persona interessata almeno le informazioni elencate qui di seguito, a meno che tale persona ne sia già informata: a) l'identità del responsabile del trattamento ed eventualmente del suo rappresentante, b) le finalità del trattamento, c) ulteriori informazioni riguardanti quanto segue: - le categorie di dati interessate, - i destinatari o le categorie di destinatari dei dati, - se esiste un diritto di accesso ai dati e di rettifica in merito ai dati che la riguardano, nella misura in cui, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati vengono raccolti, tali informazioni siano necessarie per effettuare un trattamento leale nei confronti della persona interessata»).

[27] Cfr. Art. 6, par. 1 («gli Stati membri dispongono che i dati personali devono essere: a) trattati lealmente e lecitamente; b) rilevati per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo non incompatibile con tali finalità. Il trattamento successivo dei dati per scopi storici, statistici o scientifici non è ritenuto incompatibile, purché gli Stati membri forniscano garanzie appropriate; c) adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali vengono rilevati e/o per le quali vengono successivamente trattati; d) esatti e, se necessario, aggiornati; devono essere prese tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare i dati inesatti o incompleti rispetto alle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati, cancellati o rettificati; e) conservati in modo da consentire l'identificazione delle persone interessate per un arco di tempo

non superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono rilevati o sono successivamente trattati. Gli Stati membri prevedono garanzie adeguate per i dati personali conservati oltre il suddetto arco di tempo per motivi storici, statistici o scientifici»).

[28] Cfr. Art. 6, par. 1 rubricato «Informazione in caso di raccolta dei dati presso la persona interessata» («gli Stati membri dispongono che il responsabile del trattamento, o il suo rappresentante, debba fornire alla persona presso la quale effettua la raccolta dei dati che la riguardano almeno le informazioni elencate qui di seguito, a meno che tale persona ne sia già informata: a) l'identità del responsabile del trattamento ed eventualmente del suo rappresentante; b) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati; c) ulteriori informazioni riguardanti quanto segue: - i destinatari o le categorie di destinatari dei dati, - se rispondere alle domande è obbligatorio o volontario, nonché le possibili conseguenze di una mancata risposta, - se esistono diritti di accesso ai dati e di rettifica in merito ai dati che la riguardano nella misura in cui, in considerazione delle specifiche circostanze in cui i dati vengono raccolti, tali informazioni siano necessarie per effettuare un trattamento leale nei confronti della persona interessata»).

[29] Cfr. Art. 12 rubricato «Diritto di accesso» («Gli Stati membri garantiscono a qualsiasi persona interessata il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento: a) liberamente e senza costrizione, ad intervalli ragionevoli e senza ritardi o spese eccessivi: - la conferma dell'esistenza o meno di trattamenti di dati che la riguardano, e l'informazione almeno sulle finalità dei trattamenti, sulle categorie di dati trattati, sui destinatari o sulle categorie di destinatari cui sono comunicati i dati; - la comunicazione in forma intelligibile dei dati che sono oggetto dei trattamenti, nonché di tutte le informazioni disponibili sull'origine dei dati; - la conoscenza della logica applicata nei trattamenti automatizzati dei dati che lo interessano, per lo meno nel caso delle decisioni automatizzate di cui all'art. 15, par. 1; b) a seconda dei casi, la rettifica, la cancellazione o il congelamento dei dati il cui trattamento non è conforme alle disposizioni della presente direttiva, in particolare a causa del carattere incompleto o inesatto dei dati; c) la notificazione ai terzi, ai quali sono stati comunicati i dati, di qualsiasi rettifica, cancellazione o congelamento, effettuati conformemente alla lett. b, se non si dimostra che è impossibile o implica uno sforzo sproporzionato»).

[30] Cfr. Art. 21 rubricato «Pubblicità dei trattamenti» («1. Gli Stati membri adottano misure intese ad assicurare la pubblicità dei trattamenti. 2. Gli Stati membri devono prevedere che l'autorità di controllo tenga un registro dei trattamenti notificati in virtù dell'art. 18. Il registro riprende almeno le informazioni enumerate all'art. 19, par. 1, lett. a-e. Il registro può essere consultato da chiunque. 3. Gli Stati membri prevedono che i responsabili dei

trattamenti o un altro organismo designato dagli Stati membri comunicano nelle opportune forme, a chiunque ne faccia richiesta, almeno le informazioni di cui all'art. 19, par. 1, lett a-e, relative ai trattamenti esenti da notificazione. Gli Stati membri possono prevedere che questa disposizione non si applichi ai trattamenti la cui unica finalità è la compilazione di registri i quali, in forza di disposizioni legislative o regolamentari, siano predisposti per l'informazione del pubblico e siano aperti alla consultazione del pubblico o di chiunque possa dimostrare un interesse legittimo»).

[31] Si v. Corte giust., 6.11.2003, causa C-101/01, Bodil Lindqvist c. GötaHovrätt, Racc. p. I-12971.

[32] Si v. Corte giust., 8.4.2014, cause C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl e a. c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, The Commissioner of the Garda Síochána e Ireland and the Attorney General, non ancora pubblicato in Racc., nonché Corte giust., 13.5.2014, causa C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, non ancora pubblicata in Racc.

[33] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 23.

[34] Conformemente a quanto considerato si v. le conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punti 44 e 65.

[35] Dello stesso avviso è l'Avvocato Generale (cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale, 10.7.2014, causa C-212/13, František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů, non ancora pubblicata in Racc., punto 63).

[36] Corte giust., 24.11.2011, cause C-468/10 e C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) e Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) c. Administración del Estado, Racc. p. I-12181, punti 38 e 40.

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero 3 - 2015  
Anno V  
[www.dimt.it](http://www.dimt.it)**

**ISSN (Online edition): 2239-7442**