



CULTURA E DIRITTI

1

2019







CULTURA E DIRITTI **PER UNA FORMAZIONE GIURIDICA**

SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA
FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

rivista quadrimestrale • anno VIII • numero 1 • gennaio-aprile 2019

IUS PISA
UNIVERSITY PRESS



Cultura e diritti : per una formazione giuridica / Scuola superiore dell'avvocatura, Fondazione del Consiglio nazionale forense, - Anno 1, n. 1 (gennaio-marzo 2012)-. - Pisa : Pisa university press, 2012-. - Quadrimestrale

340.05 (22.)

I. Scuola superiore dell'avvocatura 1. Diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Fondazione del Consiglio Nazionale Forense

Piazza dell'Orologio, 7 - 00186 Roma

Tel. +39 06 6872866 - Fax +39 06 6873013

Sito web: www.scuolasuperioreavvocatura.it

Condirettori Andrea Mascherin e Salvatore Sica

Direttore responsabile Salvatore Sica

Comitato scientifico Fabio Addis, Gabriella Elvira Autorino, Francesco Cardarelli, Paolo Carbone, Renato Clarizia, Rosanna De Nictolis, Gianluca Maria Esposito, Andrea Federico, Marzia Ferraioli, Giuseppe Franco Ferrari, Alberto Gambino, Luigi Kalb, Marcello Maggiolo, Daniele Marrama, Emanuela Navaretta, Paolo Pisa, Maria Alessandra Sandulli, Mario Sanino, Salvatore Sica, Giuseppe Spoto, Vincenzo Zeno Zencovich, Attilio Zimatore

Comitato dei revisori Piero Guido Alpa, Stathis Banakas, Adolfo Di Majo, Bénédicte Fauvareu-Cosson, Alfonso Moreno Hernandez, Jay P. Kesan, Fiona Macmillan, Salvatore Mazzamuto, Sergio Perongini, Pietro Rescigno, Salvatore Sica, Francesca Sorbi, Giorgio Spangher, Giuseppe Spoto, Pasquale Stanzone

Coordinamento editoriale Giuseppe Spoto

Numero chiuso in redazione il 17 maggio 2019

Hanno collaborato a questo numero: Giorgio Berlingieri, Antonella Brandonisio, Claudio Cocuzza, Antonello Iuliani, Beatrice La Porta, Luca Ioschiavo, Flavia Maria Luisa Modica, Annalisa Pomes

Abbonamento Annuo: € 90,00

Numeri singoli: € 25,00

La richiesta va indirizzata alla segreteria della casa editrice Pisa University Press

(Tel: 050 2212056 - Indirizzo: Lungarno Pacinotti, 43 - 56126 Pisa)

La direzione della rivista esaminerà per la eventuale pubblicazione gli elaborati ricevuti all'indirizzo e-mail: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it

Gli autori devono allegare un breve *abstract* in inglese al contributo inviato alla redazione

Gli scritti si dovranno uniformare alle indicazioni riportate nei "Criteri redazionali" reperibili sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura (www.scuolasuperioreavvocatura.it) e in calce al presente volume

ISSN 2280-6334

ISBN 978-88-3318-052-6

Registrazione presso il Tribunale di Pisa numero 15 del 24 maggio 2012.



Indice

- 7 Editoriale
Salvatore Sica

Orientamenti

- 11 La responsabilità vettoriale per danni ai passeggeri in caso di sinistro marittimo (Regolamento CE 392/2009) e i danni punitivi
Giorgio Berlingieri
- 21 I contratti di intermediazione finanziaria e la nullità selettiva
Flavia Maria Luisa Modica
- 33 Il diritto all'oblio: tra profili critici e nuove evoluzioni
Annalisa Pomes

Formazione forense

- 55 Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensare la sua formazione
Luca Loschiavo
- 65 Il ruolo dell'avvocato: il quadro di riferimento costituzionale italiano ed europeo
Claudio Cocuzza

Diritto europeo e comparato

- 89 Il consumatore di alimenti tra normativa interna ed europea
Beatrice La Porta

Professioni, cultura e società

- 101 Il fenomeno dell'*Italian Sounding* e la tutela dell'agroalimentare italiano
Antonella Brandonisio

Biblioteca

- 131 I beni comuni: la ripresa di un tema di riforma
Antonello Iuliani
- 



Editoriale

Salvatore Sica

Il contenuto di questo fascicolo offre al lettore la possibilità di un aggiornamento destinato ad arricchire le proprie conoscenze di base e a generare positive ricadute in termini di formazione professionale. Del resto, l'esercizio della professione deve confrontarsi oggi con la necessità di un sapere sempre più specialistico che investe settori diversi. Il numero si apre con la relazione di Giorgio Berlingieri che analizza il tema della responsabilità per danni subiti dai passeggeri in caso di sinistro marittimo. Il contributo dell'autore è accompagnato da un'interessante riflessione sui danni punitivi, in cui viene trattato il rapporto tra risarcimento e sanzione. Come è noto, il tema dei danni punitivi costituisce un argomento di grande attualità e la Cassazione ha mutato la propria posizione, rispetto al tradizionale orientamento di chiusura del passato.

Un altro tema, oggetto di particolare attenzione da parte della recente giurisprudenza, riguarda le regole di validità per la corretta formazione dei contratti di intermediazione finanziaria, con riferimento al rapporto tra contratto quadro e contratti di investimento, con una riflessione sul problema della nullità di protezione. La rassegna del contrasto giurisprudenziale in merito è affidata alla penna di Flavia Maria Luisa Modica che individua nel ruolo della c.d. "nullità selettiva" la chiave di lettura per comprendere e interpretare il bilanciamento degli interessi che entrano in gioco.

Il successivo contributo è realizzato da Annalisa Pomes che analizza il diritto all'oblio o diritto "ad essere dimenticati" e i problemi di "deindicizzazione", ponendo l'accento sulle difficoltà materiali che gli operatori riscontrano dal punto di vista tecnico, se devono rimuovere le informazioni che circolano in rete, e soffermandosi sulla necessità di pensare ad una tutela delle persone che sia fondata prevalentemente sulla attualizzazione delle notizie.

Uno spazio ulteriore è dedicato alla formazione giuridica, attraverso due contributi di contenuto assai diverso, ma di pari interesse per il lettore. Il primo contributo è di Luca Loschiavo, il quale compie un'attenta analisi delle maggiori criticità del sistema di apprendimento delle materie giuridiche e del mancato collegamento tra formazione accademica e mondo delle professioni. Dall'altro versante si colloca il contributo di Claudio Cocuzza sul ruolo fondamentale dell'avvocato nella difesa dei diritti, con pagine che riportano alla memoria, episodi che hanno contraddistinto la storia recente del nostro Paese e che non dovrebbero essere mai dimenticati o sottovalutati.

La rubrica dedicata al Diritto europeo e alla comparazione ospita una riflessione sul diritto dei consumatori, affidata a Beatrice La Porta, che pone in



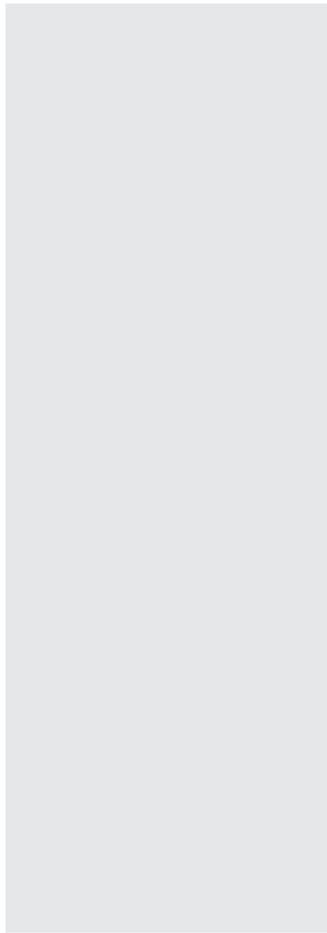
risalto alcuni aspetti peculiari che caratterizzano la nozione specifica di consumatore di alimenti, rispetto alla definizione generale.

In linea di continuità con questo tema, il saggio successivo di Antonella Brandonisio sottolinea l'importanza del settore agroalimentare per l'economia italiana, analizzando i danni causati dal fenomeno dell'*Italian Sounding* per le imprese italiane e proponendo alcuni esempi di possibile contrasto a questo problema per una efficace tutela.

Da ultimo, il contributo di Antonello Iuliani fornisce utili suggerimenti di lettura per coloro che vogliono conoscere più accuratamente le ragioni alla base della protezione del concetto di "bene comune". Si tratta di argomenti di enorme attualità che dominano il dibattito dottrinale più recente, fino a giungere alla presentazione di un progetto di iniziativa legislativa popolare. La riflessione offre un ripensamento delle categorie tradizionali alla ricerca di un modello proprietario, sottratto tanto alla pretesa del privato, quanto al dominio del settore pubblico. A questo punto, non rimane che augurare buona lettura.



ORIENTAMENTI





La responsabilità vettoriale per danni ai passeggeri in caso di sinistro marittimo (Regolamento CE 392/2009) e i danni punitivi*

Giorgio Berlingieri

La disciplina della responsabilità del vettore nell'ambito del codice della navigazione

Precedentemente all'introduzione delle norme del Regolamento (CE) n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente, la responsabilità del vettore marittimo di persone per danni al passeggero e al bagaglio nell'ordinamento italiano era regolamentata dagli artt. 409 e ss. c. nav.¹

La responsabilità per morte o infortunio è ivi tratteggiata sul modello della responsabilità per colpa presunta, conformemente a quanto stabilisce l'art. 1218 c.c. in tema di responsabilità per inadempimento contrattuale, ovvero la responsabilità sussiste se non si prova che l'evento è derivato da causa non imputabile.

È posta sul debitore della prestazione la prova liberatoria, mentre incombe sul passeggero l'onere di provare che l'infortunio si è verificato tra il suo imbarco e il suo sbarco².

La giurisprudenza ha però applicato la normativa codicistica in senso meno favorevole al passeggero. È infatti chiesto³ di individuare l'infortunio subito e la causa del sinistro.

* L'articolo, con l'aggiunta di note, costituisce la relazione presentata al XXVII Congresso dell'Associazione per gli Scambi Culturali tra Giuristi Italiani e Tedeschi tenutosi a Salerno il 12-14 ottobre 2018. La versione in lingua tedesca dell'articolo è pubblicata anche nell'*Annuario del Diritto Italiano (Jahrbuch für italienisches Recht)* edito dalla Deutsch Italienische Juristenvereinigung, Monaco di Baviera.

¹ Sul trasporto marittimo di persone in generale, A. ZAMPONE, *Il trasporto marittimo di persone, I contratti di trasporto*, tomo I, *Trasporto aereo e marittimo*, Zanichelli, Bologna 2017, p. 429; S. ZUNARELLI - M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*, Cedam, Padova 2016, p. 327; S.M. CARBONE - P. CELLE - M. LOPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Giappichelli, Torino 2015, p. 229; M. CASANOVA - M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei Trasporti*, vol. II, Giuffrè, Milano 2012, p. 81; G. MASTRANDREA, *Il Trasporto marittimo di persone, Trattato breve di diritto marittimo*, II, Giuffrè, Milano 2008, p. 67; S. POLLASTRELLI, *Il contratto di trasporto marittimo di persone*, Giuffrè, Milano 2008.

² A. DANI, *Sulla distribuzione dell'onere della prova nel contratto di trasporto di persone*, in *Dir. Mar.*, 1981, p. 385.

³ Cass. 9 agosto 1972 n. 2658, in *Dir. Mar.*, 1974, p. 137.



Si è anche distinto tra sinistri “a causa” e “in occasione” del trasporto⁴ e al riguardo vi è una diversa configurazione della prova liberatoria a carico del vettore⁵.

Nella specie si era trattato di un infortunio subito in occasione del trasporto. Tentando di aprire una porta di accesso ad un ponte esterno, un passeggero si schiacciava una mano a seguito della brusca e improvvisa chiusura della porta stessa, che si trovava sopra vento, mentre la nave stava navigando con mare molto mosso e vento forte. I Giudici di legittimità confermavano la decisione della Corte d'Appello, che mandava il vettore esente da colpe mentre il passeggero avrebbe dovuto desistere dal tentativo di aprire la porta, indirizzandosi verso una porta sottovento.

Era inoltre considerato che sul passeggero incombe comunque l'onere di un comportamento ispirato alla comune diligenza⁶.

Il codice della navigazione non prevede, però, limitazioni quantitative al risarcimento del danno subito dal passeggero. Il vettore, qualora abbia assunto l'esercizio della nave e ne sia l'armatore, può tuttavia avvalersi delle norme sulla limitazione del debito di cui all'art. 275 c. nav. e del decreto legislativo n. 111/2012 di attuazione della Direttiva 2009/20/CE recante norme sulla assicurazione degli armatori per i crediti marittimi.

Quanto al trasporto del bagaglio, per quello consegnato l'art. 412 c. nav., al primo capoverso, similmente dispone che occorre la prova che la perdita o l'avaria non sono derivate da cause imputabili al vettore. La responsabilità è

⁴ Cass. 7 febbraio 1962 n. 244, in *Dir. Mar.*, 1962, 557, a p. 564: «il vettore (sia esso marittimo, aereo o terrestre) è tenuto a porre in essere quanto necessario per assicurare, secondo una normale diligenza, la incolumità dei passeggeri, mentre resta liberato da responsabilità qualora risulti accertata la mancanza di una colpa di lui o dei suoi dipendenti o preposti. Per tale mancanza di colpa, negli incidenti in occasione del trasporto, è sufficiente la prova di avere predisposto tutto quanto necessario alla incolumità dei passeggeri; negli incidenti a causa del trasporto, è necessaria la prova che l'evento dannoso è conseguente a fatto non prevedibile dal vettore o dai suoi preposti e dipendenti (fortuito) ovvero da fatto non potuto evitare nonostante l'uso della dovuta diligenza (forza maggiore)».

⁵ Così in sentenza, in *Dir. Mar.*, 1962, 557 a p. 572 «il vettore ha il diritto di fare affidamento anche sulla normale prudenza dei passeggeri, non equiparabili – neppure sul piano giuridico – a delle semplici res, rispetto alle quali incomba ad esso vettore l'onere in custodiendo. E sotto questo profilo, a parte la necessità di garantire la circolabilità sulla nave per ogni evenienza e proprio per ovvia misura di sicurezza, è decisivo che la sentenza impugnata, richiamandosi – implicitamente ma necessariamente – all'onere di collaborazione che incombe al passeggero, il quale deve adottare le normali precauzioni dettate da una comune diligenza, ha ritenuto – in sostanza – che il pericolo rappresentato dalla apertura della porta nonostante il forte vento in senso contrario e nonostante il forte rollio della nave, era un pericolo che poteva essere avvertito dai passeggeri facendo uso della normale prudenza e quindi senza che fossero necessari particolari accorgimenti o segnalazioni».

⁶ Per una recente pronuncia su un infortunio qualificato come incidente avvenuto in occasione del Trasporto, Trib. Forlì 20 agosto 2015, in *Dir. Mar.*, 2015, p. 667.



tuttavia limitata ad euro 6,20 per chilogrammo, salvo dichiarazione di maggior valore.

Per il bagaglio non consegnato, sempre l'art. 412 c. nav. stabilisce invece, all'ultimo capoverso, che la responsabilità sussiste solo se il passeggero prova che la perdita o l'avaria sono state determinate da causa imputabile al vettore.

Contempla, poi, l'art. 413 c. nav. che tali disposizioni si applicano anche al trasporto in cui non è previsto il pagamento di alcun corrispettivo al vettore, ovvero al trasporto gratuito. Tuttavia, nel caso di trasporto amichevole con prestazione effettuata non su base contrattuale ma a titolo di liberalità o cortesia, l'art. 414 c. nav. stabilisce che il vettore risponde solamente in caso di dolo o colpa grave⁷.

Il regime di responsabilità di cui alla Convenzione di Atene del 1974 e al Protocollo di Londra del 2002

La disciplina uniforme è costituita dalla Convenzione di Atene del 13 dicembre 1974 relativa al trasporto per mare di passeggeri e dei loro bagagli, improntata in senso più favorevole al vettore, sia sotto il profilo della imputazione di responsabilità che della limitazione risarcitoria⁸.

Un suo esame è utile e opportuno in quanto il Regolamento CE 392/2009 vi si modella.

La Convenzione di Atene è applicabile (art. 1) ai trasporti internazionali marittimi di persone. Per tali si intendono quelli che hanno inizio e termine in due diversi Stati. Sono trasporti internazionali anche quelli iniziati o terminati in un unico Stato se la nave effettua uno scalo intermedio in uno Stato diverso.

Quanto alla applicazione della Convenzione, è alternativamente richiesto (art. 2) che la nave abbia la nazionalità di uno Stato contraente, o che il contratto sia stato stipulato in uno Stato contraente, oppure che il luogo di partenza o di destinazione si trovi in uno Stato contraente.

Non è precisato se la Convenzione si applica solo ai trasporti a titolo oneroso e potrebbe quindi ritenersi che si estenda anche al trasporto gratuito, con esclusione di quello amichevole.

Lo spazio temporale oggetto di quanto stabilito dalla Convenzione non comprende solo la fase del trasporto marittimo e il periodo in cui il passeggero e il suo bagaglio di cabina si trovano a bordo della nave. Difatti include anche la

⁷ A. ANTONINI, *Il trasporto amichevole: lineamenti generali ed inadeguatezza della disciplina del codice della navigazione*, in *Dir. Trasp.*, 2004, p. 9.

⁸ Per un approfondito commento della Convenzione di Atene, F. BERLINGIERI, *Le Convenzioni internazionali di diritto marittimo e il codice della navigazione*, Giuffrè, Milano 2009, p. 1131; vedasi inoltre M. CASANOVA, *La tutela del passeggero nella Convenzione di Atene*, in *Dir. Mar.*, 2006, p. 1089; vedasi anche: A. DANI, *La Convenzione di Atene sul Trasporto di passeggeri e bagaglio*, in *Trasp.*, 1976, n. 8, p. 101.



fase di imbarco e di sbarco, nonché l'eventuale trasferimento per acqua dalla banchina alla nave e viceversa. È necessario, tuttavia, che il prezzo di tale trasferimento sia compreso in quello del biglietto. Occorre, inoltre, che il mezzo utilizzato per tale trasporto accessorio sia stato messo a disposizione del passeggero da parte del vettore.

Rimane, invece, escluso il periodo durante il quale il passeggero si trova in una Stazione Marittima o su una banchina o altra installazione portuale. Vi è, però, una regolamentazione diversa quanto al bagaglio di cabina, ovvero il bagaglio che il passeggero ha nella sua cabina o è in suo possesso o custodia. Per esso il trasporto comprende, infatti, anche il periodo in cui il passeggero si trova nelle suddette installazioni o strutture portuali. Occorre, peraltro, che il bagaglio sia stato preso in consegna dal vettore o dai suoi agenti o preposti e non sia stato riconsegnato al passeggero.

La normativa sul trasporto riguarda anche il bagaglio nel veicolo del passeggero, e ogni altro bagaglio preso in consegna dal vettore o dai suoi agenti o preposti.

Le regole sulla responsabilità si applicano tanto al vettore contrattuale quanto al vettore di fatto, per la parte di trasporto che egli esegue.

Difatti, il trasporto può essere materialmente eseguito da un soggetto diverso dal vettore contrattuale. Egli potrebbe essere il proprietario, o l'armatore, o il noleggiatore della nave. Come tale è responsabile in solido assieme al vettore contrattuale nei confronti del passeggero.

L'art. 3 della Convenzione, come novellato dal Protocollo di Londra del 1 novembre 2002, regola la responsabilità del vettore con una pluralità di norme di natura inderogabile. Esse pongono una iniziale distinzione tra sinistri causati da un "incidente marittimo" o da altri eventi. È quindi fornita la nozione di "incidente marittimo", definita come naufragio, capovolgimento, urto, incaglio, esplosione, incendio o vizio della nave.

L'elencazione è considerata tassativa e quindi non soggetta ad estensioni analogiche. Si ritiene che spetti al passeggero la prova che l'incidente da egli subito è stato causato da un sinistro marittimo.

Qualora l'incidente origini da un sinistro marittimo, la responsabilità del vettore è oggettiva fino all'ammontare di 250.000 Diritti Speciali di Prelievo (DSP). Il vettore può peraltro provare che l'incidente è stato causato da atto di guerra, ostilità, guerra civile, insurrezione o fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile o irresistibile o dal fatto doloso di un terzo. Questo lo esenta da responsabilità.

Oltre tale importo la responsabilità del vettore è presunta. Sussiste infatti a meno che egli provi che l'evento dannoso non è imputabile a sua colpa o negligenza.

Qualora il danno sia provocato da cause diverse da quelle rientranti nella definizione di "sinistro marittimo", l'onere di provare la colpa del vettore incombe al passeggero.

In tutti i casi di danno, sia provocato da sinistro marittimo che da altra causa, il risarcimento per morte o infortunio del passeggero è limitato all'importo massimo di 400.000 DSP.

Tuttavia il diritto del vettore ad avvalersi di tale limite viene meno se il danneggiato prova che il sinistro è stato causato da un atto o una omissione commessi con l'intenzione di provocare il danno, o temerariamente e con la consapevolezza del probabile verificarsi del danno⁹.

È prevista la possibilità (art.7) che uno Stato contraente stabilisca limiti diversi, purché non inferiori, e che limiti superiori siano concordati (art.10) dal vettore e dal passeggero. Non sono inclusi nei limiti gli interessi e le spese legali¹⁰.

Il Protocollo del 2002¹¹ integra le norme della Convenzione in tema di responsabilità del vettore. Stabilisce infatti (art. 4 *bis*) l'obbligo per il vettore, che esegue effettivamente il trasporto con nave autorizzata a trasportare più di dodici passeggeri, di mantenere una copertura assicurativa o altra garanzia finanziaria non inferiore a 250.000 DSP per passeggero.

Verificata l'esistenza della copertura assicurativa, lo Stato di bandiera che è parte della Convenzione deve rilasciare un certificato attestante l'esistenza della copertura.

Lo Stato di bandiera non autorizza la nave a viaggiare in assenza di tale certificato. Gli altri Stati parte della Convenzione non consentono, poi, lo scalo nei propri porti alle navi sprovviste del certificato.

È contemplata la possibilità che il danneggiato promuova la domanda risarcitoria direttamente nei confronti dell'assicuratore o di altro soggetto che ha fornito la copertura finanziaria¹².

Il regime di responsabilità per la perdita o il danno al bagaglio è sempre basato sulla colpa. Tuttavia l'onere della prova è parzialmente diverso per il bagaglio di cabina o altro bagaglio.

Nel caso di danno causato da incidente marittimo, la colpa è sempre presunta per quanto riguarda il bagaglio a mano. Per il danno provocato da altra causa occorre, invece, che il passeggero fornisca la prova della colpa del vettore.

⁹ Sulla interpretazione di tale nozione, peraltro in un caso di trasporto aereo: Cass. 19 aprile 2001 n. 8388, con nota di S. BOTTACCHI, *Condotta temeraria e consapevole e decadenza del vettore aereo dal beneficio della limitazione del debito*, in *Dir. Mar.*, 2002, p. 1288.

¹⁰ Sul limite risarcitorio C. PERRELLA, *Convenzione di Atene e Regolamento (CE) 392/2009: alcune questioni aperte in materia di risarcimento di danno alla persona*, in *Dir. Mar.*, 2012, p. 812.

¹¹ F. BERLINGIERI, *L'adozione del Protocollo 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto per mare di passeggeri e loro bagagli*, in *Dir. Mar.*, 2002, p. 1498; L. TULLIO, *Protocollo di Londra del 1 novembre 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto marittimo di passeggeri e del loro bagaglio*, in *Dir. Trasp.*, 2003, p. 337.

¹² P. CELLE, *I profili assicurativi della responsabilità del vettore marittimo di persone nella Convenzione di Atene e nel regolamento CCE) 392/2009*, in *Dir. Mar.*, 2012, p. 766.

Per quanto riguarda il bagaglio di altro tipo, la responsabilità del vettore sussiste salvo la prova che l'evento che ha causato il danno si è verificato senza sua colpa.

La responsabilità del vettore è peraltro limitata agli importi fissati dal Protocollo del 2002 e che ammontano a 2.250 DSP per il bagaglio di cabina, a 3.375 DSP per il bagaglio diverso e a 12.700 DSP per l'autovettura al seguito¹³.

È stabilito (art. 15) l'obbligo per il passeggero di effettuare comunicazione scritta, al vettore o al suo agente, della perdita o del danno al bagaglio, salvo sia effettuata una perizia congiunta.

In caso di danno apparente al bagaglio di cabina, la denuncia deve essere effettuata prima o al momento dello sbarco del passeggero. Per ogni altro bagaglio la denuncia va effettuata prima della consegna o in tale momento.

Qualora il danno non sia apparente, la denuncia deve essere effettuata entro quindici giorni dalla data dello sbarco o della riconsegna, o dalla data in cui la riconsegna avrebbe dovuto avere luogo.

Se la denuncia non avviene entro tali termini vi è presunzione, salvo prova contraria, che il bagaglio sia stato ricevuto senza danni.

L'art. 16 della Convenzione indica il termine entro il quale debbono svolgersi le domande risarcitorie contro il vettore.

Tale termine è di due anni e il decorso estingue l'azione. La sua natura giuridica è quella di un termine di prescrizione perché così esso è qualificato nel testo francese. Inoltre il paragrafo 3 dell'art. 16 contiene un rinvio alla *lex fori* con riguardo alla sospensione e alla interruzione del termine. Poiché le disposizioni del codice civile in tema di sospensione e interruzione sono proprie della prescrizione e non della decadenza, pare indubbio che la natura del termine sia di prescrizione.

Il Regolamento CE 392/2009

L'Italia non ha ratificato né la Convenzione di Atene né il suo Protocollo. La disciplina del trasporto marittimo di persone ha pertanto continuato ad essere regolata dal codice della navigazione.

L'entrata in vigore, il 21 dicembre 2012, del Regolamento, che recepisce in larga misura i contenuti della Convenzione di Atene e del suo Protocollo, modifica, quindi, per l'Italia, la disciplina dei trasporti internazionali marittimi¹⁴.

¹³ M. SEPPI, *Il danno subito dal veicolo al seguito del passeggero marittimo: disciplina e normativa internazionale uniforme*, in *Dir. Mar.*, 2017, p. 238.

¹⁴ M. LOPEZ DE GONZALO, *La responsabilità del vettore marittimo di persone dal codice della navigazione al Regolamento (CE) 392/2002*, in *Dir. mar.*, 2012, p. 756. La normativa uniforme recepita nel regolamento è esaminata da F. BERLINGIERI, *The Athens Convention on the carriage of passengers and their baggage by sea and the European Parliament Regulation (EC) no. 392/2009*, in *Dir. Mar.*, 2011, p. 1125. Sul processo di formazione del diritto marittimo uniforme relativo al trasporto di passeggeri vedasi M.M. COMENALE PINTO, *Le tendenze unificatrici nella disciplina del trasporto di persone*, in *Dir. Mar.*, 2010, p. 385.

Il Regolamento estende, però, l'ambito di applicazione delle norme della Convenzione e del Protocollo anche ai trasporti all'interno di un singolo Stato, effettuati con navi appartenenti alle classi A e B. Giusto l'art. 4 della Direttiva 98/18 CE del Consiglio del 17 marzo 1998, tali sono le navi passeggeri adibite a viaggi nazionali che navigano a distanza superiore (classe A) o inferiore (classe B) a 20 miglia dalla costa. Esse costituiscono la maggior parte delle navi passeggeri. È tuttavia fatta salva la possibilità (art. 11) per gli Stati membri di rinviare tale applicazione rispettivamente a partire dal 31 dicembre 2016 e 2018. L'Italia si è avvalsa di questa possibilità. Dal 31 dicembre 2016 il Regolamento è pertanto applicabile al trasporto di persone nell'ambito nazionale su navi della classe A.

L'applicabilità delle norme interne dei singoli Stati rimane pertanto confinata ai trasporti nazionali effettuati con navi delle classi C e D. Esse sono quelle che navigano in tratti di mare in cui è probabile che l'onda non superi una certa altezza. Debbono inoltre navigare in prossimità della costa, ove i passeggeri possono prendere terra in caso di naufragio.

Il Regolamento integra, poi, la disciplina di cui alla Convenzione e al Protocollo mediante il recepimento delle Riserve e Linee Guida IMO relative alla stessa Convenzione. Attribuisce, però, natura cogente a quelle che sarebbero per loro natura solo Raccomandazioni. Per effetto di tali norme IMO, l'obbligo di assicurazione a carico del vettore è esteso ad alcuni rischi (in particolare al rischio di atti terroristici) altrimenti non coperti dalle usuali polizze. Il massimale è di 250.000 DSP per passeggero e di 340.000.000 DSP per sinistro.

Il Regolamento aggiunge alle disposizioni della Convenzione e del Protocollo anche alcune norme intese a rafforzare ulteriormente la tutela del passeggero. Difatti all'art. 6 è stabilito che qualora la morte o le lesioni personali siano causate da un incidente marittimo, il vettore deve procedere ad un anticipo di pagamento. Tale anticipo deve essere sufficiente a coprire le necessità economiche immediate, proporzionalmente al danno subito e deve essere effettuato entro 15 giorni dalla identificazione della persona che ha titolo al risarcimento.

In caso di morte il pagamento non può essere inferiore a 21.000 euro.

È altresì stabilito che l'anticipo di pagamento non costituisce riconoscimento di responsabilità e può essere detratto da qualsiasi ulteriore importo dovuto.

L'anticipo non è rimborsabile, salvo per i casi in cui il vettore non è responsabile o il beneficiario non ha titolo a ricevere il pagamento.

Una ulteriore integrazione è contenuta all'art. 7, che richiede al vettore di fornire ai passeggeri informazioni appropriate e comprensibili su loro diritti. Le informazioni debbono essere date in tutti i punti di vendita quando il contratto di trasporto è siglato in uno Stato membro. Se il luogo di partenza è situato in uno Stato membro le informazioni debbono essere invece fornite prima della partenza.

Sono anche previste (art. 3) norme in caso di perdita o di danni ad ausili alla mobilità o ad altre apparecchiature utilizzate da passeggeri a mobilità ridotta.



Al riguardo la responsabilità del vettore è presunta nel caso di danno causato da incidente marittimo. Il risarcimento è pari al valore di sostituzione o al costo di riparazione dell'apparecchiatura in questione.

All'art. 5 è stabilito che il vettore può avvalersi, se ne ha il titolo, della limitazione globale della responsabilità di cui alla Convenzione di Londra del 1976 sulla limitazione della responsabilità per crediti marittimi, come modificato dal suo Protocollo del 1996.

Le norme della Convenzione di Atene in materia di giurisdizione e di cui all'art. 17 non sono recepite nel Regolamento.

Sino a quando la Convenzione o il Protocollo non saranno ratificati dalla Unione europea, alle controversie in materia di trasporto marittimo di persone sottoposte alla disciplina sostanziale del Regolamento si applicano pertanto le norme del Regolamento (UE) 2015/2012.

Non vi sono, però, differenze significative, in quanto vi è coincidenza sul criterio del domicilio del convenuto. Inoltre i fori del luogo di partenza e di destinazione corrispondono al *forum solutionis*.

I così detti “danni punitivi”

La Convenzione di Atene non fornisce alcuna indicazione o precisazione sulla tipologia dei danni risarcibili. Tuttavia esclude espressamente (art. 3.5. d) che possano essere riconosciuti danni a titolo punitivo o esemplare.

Si è voluto così eliminare in radice la possibilità di prevedere un risarcimento ultra-compensativo proprio dell'ordinamento nordamericano¹⁵.

Il danno punitivo viene ad aggiungersi alla somma che tradizionalmente svolge una funzione riparatoria del danno. Esso si configura quale condanna esemplare ed afflittiva che eccede il danno realmente subito¹⁶.

Vi era molta attesa in Italia dopo l'ordinanza interlocutoria della prima Sezione della Corte di Cassazione¹⁷, che aveva ritenuto di rimettere la questione della delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi alle Sezioni Unite.

Sebbene con la sentenza 5 luglio 2017 n. 16601 le Sezioni Unite riconoscano la possibilità di delibare tali sentenze di condanna, sono tuttavia ben lontane dall'accogliere motivazioni che possano costituire il fondamento per il generale riconoscimento di una figura di danno punitivo.

¹⁵ In argomento G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. Dir. Civ.*, I/1983, p. 435.

¹⁶ Per magistrali pennellate sulla responsabilità civile e il danno punitivo: E. ROPPO, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi*, parole pronunciate durante la presentazione del libro di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, in *Jus Civile*, 2017, 6, p. 696.

¹⁷ G. CORSI, *Danni punitivi: ancora attese le Sezioni Unite*, in *Jus Civile*, 2017, 5, p. 399.

L'introduzione di una tale forma di danno si scontra, infatti, con le caratteristiche portanti del regime di responsabilità vigente non solo in Italia ma anche in ambito comunitario e in altri Stati¹⁸.

Prevedere l'estensione della garanzia assicurativa anche al danno punitivo comporterebbe, del resto, un aumento dei premi assicurativi e, comunque, la copertura non potrebbe estendersi al dolo, che è alla base dei danni punitivi.

Certo, vi sono norme, quali il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., che conferiscono somme di denaro oltre il livello del danno. Questo non è in contrasto con i principi costituzionali, come indica la Corte costituzionale nella pronuncia 23 giugno 2016 n. 152.

È così riconosciuta una polifunzionalità delle regole sulla responsabilità civile.

Le Sezioni Unite peraltro affermano che la «Curva deterrente-sanzionatrice» posseduta dalle regole di responsabilità civile non può certo consentire «... ai giudici italiani che pronunziano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati»¹⁹.

Ne consegue che, mentre occorre riconoscere il risarcimento integrale, solo il legislatore potrà modificare tale principio, sia riducendo il risarcimento, sia introducendo una maggiorazione. In mancanza il giudice è vincolato al principio di esclusiva riparazione del danno.

Conclusivamente, sembra potersi affermare che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più incompatibile con i principi generali dell'ordinamento giuridico al quale è improntato il nostro ordinamento.

È tuttavia evidente che quanto è individuato come “danno punitivo” non può avere ingresso se non vi sia specifica norma di legge che lo preveda.

Difatti vi osta l'art. 23 della Costituzione che afferma che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge». Vi osta, inoltre, l'art. 7 della Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, titolato “Nulla poena sine lege”.

¹⁸ Un esame della disciplina contenuta nella Direttiva UE 2014/104 sul risarcimento del danno per violazioni del diritto della concorrenza e di quella contenuta nella normativa di alcuni Paesi europei può trovarsi in C. MASSA, *Il divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104 UE sul private antitrust enforcement*, in *Dir. Comm. Int.*, 2018, p. 321.

¹⁹ La sentenza è efficacemente analizzata da G. PONZANELLI, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*, in *Jus Civile*, 2018, 1, p. 42.

Per un commento alla sentenza e una analisi della evoluzione della giurisprudenza sul tema dei *punitive damages* vedasi anche M. LOPEZ DE GONZALO, *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitive damages*, in *Dir. Comm. Int.*, 2017, p. 714; sul riconoscimento dei danni punitivi con particolare riferimento ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale; G. SPOTO, *I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale*, in F. ALCANO *et al.* (a cura di), *Valori delle persone e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici*, Firenze University Press, Firenze 2008, p. 350.



Abstract

The Athens Convention, entered into force on 30 April 1976, and amended by the Protocol adopted on 1 November 2002, provides the basis of liability of the sea carrier for death and personal injury to passengers and for loss of damage to their baggage. Italy is not party of these international instruments.

Regulation (E.C.) No. 392/2009 lays down the Community regime relating to liability and insurance for the carriers of passengers by sea as set out in the Athens Convention and in the Protocol.

The provisions of the Regulation therefore substitute those from art.396 to art. 418 of the Italian code of navigation on carriage of passengers.

This paper consists with an analysis of the domestic legislation and of the international regime substituting it. Mention is then briefly made of the issue relating to punitive damages.

I contratti di intermediazione finanziaria e la nullità selettiva

Flavia Maria Luisa Modica

La contrattazione in materia di intermediazione finanziaria

Si definiscono contratti di intermediazione finanziaria quel complesso di contratti tipici, normati dall'art. 1 co. 5 del d.lgs. 58/1998 (*Testo Unico delle disposizioni in materia d'intermediazione finanziaria*, d'ora in avanti T.U.F.), aventi ad oggetto la prestazione di servizi d'investimento di strumenti finanziari. Il legislatore, attraverso di essi, ha inteso disciplinare una forma d'investimento del risparmio che trova, in quanto tale, riconoscimento e fondamento nell'art. 47 Cost.

La contrattazione in suddetta materia assume una configurazione bifasica, seguendo alla stipula di un contratto-quadro, che disciplina il rapporto tra l'intermediario finanziario e l'investitore, la stipula di una pluralità di ordini d'investimento o contratti di borsa in esecuzione del primo. Dibattuta, in dottrina e giurisprudenza, la questione circa la natura giuridica dei due cardini del rapporto negoziale. Problematica alla cui risoluzione si lega inevitabilmente quella relativa all'assolvimento degli oneri di forma di cui si dirà a breve, nonché delle conseguenze per la relativa violazione. Con riferimento al contratto quadro, un primo orientamento¹ individua nel medesimo il *proprium* del contratto di mandato, di cui agli artt. 1703 e ss. c.c., impegnandosi l'intermediario, in qualità di mandatario, a compiere per l'investitore-mandante una serie di atti giuridici. Un secondo orientamento² qualifica invece il contratto quadro nei termini di un contratto normativo, ossia un accordo con il quale le parti individuano contenuti e disciplina dei successivi contratti che le stesse andranno eventualmente a stipulare. La qualificazione nell'uno o nell'altro senso comporta, come è facile prevedere, delle ricadute in punto di qualificazione dei singoli contratti di borsa conclusi a valle del contratto quadro. Laddove si aderisca alla prima delle tesi appena esposte, gli ordini di investimento andranno qualificati alla stregua di meri atti esecutivi; diversamente, aderendo alla seconda, verrà a

¹ F. GALGANO - N. ZORZI, *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore*, in F. GALGANO - G. VISINTINI, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Cedam, Padova 2006, p. 68.

² A.M. CAROZZI, *Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici*, in *Dir. Fall.*, 1/2006, p. 697.



valorizzarsi la struttura contrattuale bifasica dell'attività d'intermediazione, individuando nei suddetti ordini dei veri e propri contratti, collegati causalmente e funzionalmente al primo. Nonostante sia assente a livello legislativo una precisa definizione di “contratto normativo”, la convinzione della sua natura contrattuale è particolarmente radicata in dottrina³ in ragione del fatto che attraverso questo, nonostante non si creino immediatamente legami obbligatori, le parti vadano a regolamentare il proprio rapporto individuando le modalità attraverso cui stipulare futuri ed eventuali negozi. Tutto ciò, dunque, in aderenza alla definizione generale di contratto contenuta all'art. 1321 c.c.

Gli obblighi di forma contrattuale e la nullità di protezione

L'art. 23 co. 1 del T.U.F. stabilisce l'obbligatorietà della forma scritta per i «contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento», prevedendo altresì l'obbligo di consegna di una copia del medesimo al cliente. L'obbligo della forma scritta è assistito dalla sanzione della nullità in caso di inosservanza della medesima; nullità che, ai sensi dell'art. 23 co. 3, può essere fatta valere solamente dal cliente. Trattasi pertanto di una sanzione riconducibile alla categoria ben nota delle così dette *nullità di protezione*, espressione dell'esigenza avvertita dall'ordinamento di tutelare determinate categorie di soggetti portatori di interessi particolarmente meritevoli di tutela. Tale soluzione legislativa, di origine comunitaria – che erode sempre più il tradizionale principio della libertà delle forme di cui all'art. 1325 c.c. – è ispirata alla *ratio* di garantire un adeguato livello di tutela della parte contrattualmente più debole. A questo scopo, in settori economici in cui impera la contrattazione c.d. standardizzata, i requisiti imperativi di forma e contenuto sono preordinati a colmare – per quanto possibile – l'asimmetria informativa e ad assicurare la trasparenza dei termini contrattuali. Per sottolineare queste “nuove” funzioni dell'elemento formale si parla ormai comunemente di forma *ad informationem*. Ai requisiti formali si affiancano infatti, di norma, vincoli contenutistici, che individuano un contenuto “minimo” del contratto da stipularsi, avente natura informativa. Manifestazione esemplare della tendenza neo-formalista è il dovere di consegna di un originale del contratto al cliente, che trascende il tradizionale obbligo di scrittura *ad substantiam*. Oltre che nell'art. 23 T.U.F., tale prescrizione formale aggiuntiva compare anche nell'art. 117 T.U.B., in relazione ai contratti bancari stipulati dagli istituti di credito con la clientela, e nell'art. 125-*bis* T.U.B., con specifico riferimento al credito al consumo. La prassi bancaria e finanziaria che, al fine di ottemperare ai doveri imperativamente imposti, prevede la consegna

³ F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, DIKE Giuridica Editrice, Roma 2013, pp. 857-858.



al cliente dell'esemplare sottoscritto dall'istituto di credito, è dunque causa scatenante dell'ampio contenzioso tra intermediari e clienti, determinando una scissione tra le due componenti del contratto-documento.

La sanzione della nullità che segue alla violazione degli obblighi formali di cui sopra, di cui si rinvengono svariati esempi nella legislazione extracodicistica, in particolar modo in quella consumeristica, ma anche in quella bancaria e finanziaria, risponde a canoni diversi dalla classica nullità civilistica. Mentre infatti quest'ultima tutela interessi generali, le nullità di protezione sono poste a tutela di determinate categorie di soggetti, in quanto parti connotate da una posizione di intrinseca debolezza. Trattasi pertanto di nullità a tutela di interessi categoriali. Inoltre, mentre nel caso delle nullità tradizionali di stampo codicistico, tenuto conto del dato normativo di cui all'art. 1418 c.c., possiamo parlare di nullità strutturali, ossia conseguenti alla carenza ovvero all'illiceità di uno degli elementi essenziali del contratto, nonché alla contrarietà del contenuto del medesimo a norme imperative, nel caso delle nullità consumeristiche vengono in rilievo nullità funzionali, che mirano a garantire un riequilibrio delle posizioni contrattuali originariamente asimmetriche. A ciò segue una diversità di disciplina di non poco conto. Mentre infatti le nullità codicistiche prevedono, ex art. 1421 c.c., una legittimazione generale e l'inammissibilità della convalida del contratto viziato, con conseguente indisponibilità degli effetti dell'azione di nullità, le nullità di protezione si caratterizzano per una legittimazione relativa, potendo essere rilevate solo dalla parte nel cui interesse sono poste e per un'operatività esclusivamente a vantaggio di quest'ultima⁴.

La comminatoria della nullità di protezione segue di norma alla violazione di determinati obblighi di forma imposti dal legislatore alla "parte forte" del rapporto negoziale. L'adozione della forma scritta e la prescrizione di determinati contenuti informativi, quale contenuto minimo del contratto, sono stati prescelti quali principali strumenti di tutela della parte debole all'interno di rapporti negoziali non paritari, in quanto caratterizzati da una fisiologica asimmetria informativa. Trattasi in generale di contratti in cui una delle parti riveste il ruolo di professionista di un determinato settore merceologico, ovvero economico. Il legislatore ha introdotto veri e propri obblighi, che potremmo definire di "forma-contenuto", rispondenti pertanto ad esigenze di perequazione informativa. La dottrina⁵ ha parlato al riguardo di una tendenza neo-formalista, volta a recuperare una diversa funzione della forma contrattuale rispetto a quella ad essa riconosciuta dal codice civile. Il Codice del '42, come noto, ha infatti limitato l'obbligo della forma ai soli casi previsti dalla legge (art. 1325 co. 1 n. 4 c.c.), assegnando al requisito in esame una finalità di ponderazio-

⁴ Si veda, tra i vari esempi, il noto disposto di cui all'art. 36 co. 3 del d.lgs. 206/2005.

⁵ U. BRECCIA, *La forma*, in V. ROPPO, *Trattato del Contratto*, vol. I, *Formazione*, Giuffrè, Milano 2006, p. 535.



ne della volontà negoziale con riferimento a contratti comportanti mutamenti giuridici-patrimoniali di un certo rilievo nelle sfere soggettive dei contraenti, posti comunque in una posizione di parità. Diversamente la legislazione extracodicistica, con riferimento ai contratti asimmetrici di cui sopra, ha concepito la forma quale strumento di tutela della parte debole, garantendo al contempo l'assolvimento di una serie di obblighi informativi da parte del professionista finalizzati a garantire una consapevole formazione della volontà negoziale nel contraente consumatore.

Il dibattito dottrinale relativo alla natura giuridica del contratto quadro, pur non essendo determinante ai fini dell'applicabilità allo stesso dell'onere formale di cui all'art. 23 T.U.F., appare tutt'altro che neutro rispetto all'individuazione della presenza di un vincolo di forma scritta anche nella seconda fase del rapporto cliente-intermediario. La qualificazione del contratto quadro, infatti, sarà determinante al fine di individuare la natura degli ordini di borsa. Così, se si considera il contratto quadro quale contratto normativo, bisognerà sicuramente considerare gli ordini di borsa impartiti dal cliente quali singole proposte contrattuali dalla cui accettazione da parte dell'intermediario nasce l'obbligo per quest'ultimo di effettuare le operazioni richieste dal primo. Ricostruita in questo senso la vicenda negoziale, infatti, è solo sulla scorta del secondo passaggio negoziale che si può dire sorto l'obbligo per l'intermediario di compiere l'investimento. Aderendo a tale impostazione, dunque, si deve necessariamente desumere la natura contrattuale anche del secondo passaggio che caratterizza la contrattazione nei mercati finanziari e, per l'effetto, l'estensione del precetto formale previsto dall'art. 23 T.U.F. anche a tale fase. Va tuttavia segnalato che chi propende per tale soluzione si limita a richiedere la forma scritta per il solo ordine di borsa, che in tale prospettiva dovrebbe però assumere le sembianze di mera proposta contrattuale, e non per il contratto che, in funzione della proposta viene ad essere stipulato. Ed infatti, nell'abbracciare tale ultima ricostruzione, parte della dottrina⁶ ritiene che la conclusione del contratto che caratterizza la seconda fase del rapporto cliente-intermediario sia ascrivibile allo schema dell'art. 1327 c.c. e, dunque, della conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione. Tuttavia, tale schema di conclusione del contratto, nonostante alcune eccezioni, è giudicato da altra dottrina⁷ come incompatibile con tutte quelle fattispecie negoziali assoggettate a vincoli di forma scritta. Se si propende per la qualificazione del contratto quadro quale contratto normativo e, per l'effetto, si afferma la natura contrattuale della seconda fase del rapporto cliente-intermediario, dunque, sarebbe più coerente richiedere che l'intera vicenda contrattuale si svolga nel pieno rispetto delle prescrizioni formali di cui

⁶ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e tango bond)*, in *Danno resp.*, 6/2005, 626.

⁷ A. ORESTANO, *La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, cit., *passim*.



all'art. 23 T.U.F. Sia la proposta del cliente (ordine di borsa) che l'accettazione da parte dell'intermediario, quindi, dovrebbero rivestire forma scritta.

Diversamente stanno le cose se si propende per l'opposta soluzione che qualifica il contratto quadro quale mandato. Se si aderisce a tale ricostruzione, infatti, deve necessariamente ammettersi che l'obbligo per l'intermediario di acquistare i titoli richiesti sorga proprio dalla conclusione del contratto quadro (quale mandato) rispetto al quale i singoli ordini di borsa si porrebbero quali meri atti aventi funzione esecutiva e, come tali, sprovvisti di natura contrattuale. Coerentemente, dunque, si deve concludere che, ove si propenda per tale posizione, si dovrà necessariamente escludere che gli stessi ordini di borsa siano assoggettati alla prescrizione formale dell'art. 23 T.U.F. Chi abbraccia quest'ultima ricostruzione trova un'ulteriore giustificazione nella normativa regolamentare che, all'attuale art. 37 comma 3 lett. c) del nuovo Regolamento intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, specifica, fra le altre cose, che il contratto quadro «indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni», desumendo da ciò la possibilità di regolamentare pattiziamente anche la forma degli stessi che, per l'effetto, non sarebbero assoggettati ad oneri legislativi di tipo formale. Va tuttavia rilevato che al fine di poter qualificare un dato contratto come mandato, risulta essenziale che all'interno dello stesso sia individuato uno specifico obbligo giuridico che il mandatario si impegna a realizzare in favore del mandante. Questo, dunque, rappresenta la “minima unità effettuale” della fattispecie contrattuale richiamata, senza la quale il fatto analizzato non prende le sembianze giuridiche del mandato. Nella pratica, però, risulta frequente l'inclusione all'interno dei contratti quadro di una esplicita riserva in favore dell'intermediario circa la possibilità di non dare esecuzione alle richieste di investimento formulate dal cliente senza particolari motivi di giustificazione ma informando quest'ultimo tempestivamente. In tali circostanze, dunque, appare arduo collocare la figura del contratto quadro all'interno dello schema tipico del mandato.

Un secondo problema, risolto dalla recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018 n. 898, riguarda la validità dal punto di vista degli oneri formali del “contratto monofirma”. Una delle questioni maggiormente dibattute, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, è stata quella relativa alla nullità per vizio di forma *ex art. 23 T.U.F.* Tale contenzioso trae origine dalla prassi di settore, la quale – al fine di ottemperare ai requisiti formali richiesti dall'art. 23, che impone di stipulare il contratto per iscritto consegnandone un esemplare al cliente – vede solitamente lo scambio tra le parti di due identici documenti, con la conseguenza che ciascuna rimane in possesso di un originale sottoscritto dall'altra. Di qui sono sorte nell'ultimo decennio numerose iniziative processuali da parte di molti investitori, i quali, invocando la nullità del contratto quadro miravano a porre nel nulla operazioni di investimento sfavorevoli, e, per l'effetto, ad ottenere la restituzione delle somme investite maggiorate degli interessi *ex art. 2033 c.c.* Com'è noto, a seguito delle sentenze gemelle in materia di intermediazione finanziaria (Cass., Sez. Un.,



19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725) la giurisprudenza di legittimità è ferma nell'affermare che la violazione delle c.d. regole di comportamento imposte agli intermediari dal T.U.F. e dalla normativa secondaria può dar luogo unicamente a responsabilità precontrattuale (qualora la violazione si collochi nella fase antecedente la stipulazione del contratto quadro) ovvero a responsabilità contrattuale ed eventualmente alla risoluzione del contratto quadro (ove la violazione sia successiva alla conclusione del contratto medesimo), precisando che in nessun caso, in difetto di espressa previsione normativa in tal senso, la violazione delle predette regole di condotta può determinare la nullità del contratto o dei singoli atti conseguenti. Di conseguenza, a seguito dell'arresto del 2007, quella della nullità formale *ex art. 23 T.U.F.* rappresenta l'unica via per la quale l'investitore può accedere ad una tutela invalidante (e dunque restitutoria). In queste ipotesi le banche si sono trovate nella condizione di dover provare il rispetto del requisito formale di cui all'art. 23 T.U.F.; onere che assai difficilmente avrebbe potuto essere assolto, posto che l'originale sottoscritto dall'intermediario rimane di norma nella materiale disponibilità del cliente. Con specifico riferimento alla mancata produzione in giudizio dell'esemplare di contratto sottoscritto dall'intermediario ciò che, invero, maggiormente rileva in questa sede è la necessità, o meno, di una manifestazione di volontà da parte della banca ai fini della validità del contratto quadro. I contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam* richiedono sempre un'esplicita espressione della volontà negoziale all'interno del documento contrattuale. Tuttavia, qualificata quella di cui all'art. 23 T.U.F. come forma con finalità essenzialmente informative, il requisito formale potrebbe ritenersi soddisfatto ogniqualvolta il contratto sia redatto per iscritto e firmato dal cliente, posto che la mancata sottoscrizione dell'intermediario non impedisce a quest'ultimo la conoscibilità del regolamento, purché, però, risulti il collegamento inscindibile tra i due esemplari, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo.

Fino all'ultimo intervento delle Sezioni Unite era possibile distinguere due orientamenti formati soprattutto nell'ambito dei servizi di investimento. Il primo, che si può definire tradizionale, reputava valida la stipulazione dei contratti sottoscritti dal solo cliente. La principale argomentazione a sostegno di questa opinione risiedeva nel fatto che il soggetto debole, a protezione del quale è prevista la forma scritta, avesse regolarmente firmato il modulo predisposto unilateralmente dalla controparte, la cui mancata sottoscrizione si riteneva sostituita dalla produzione in giudizio della scrittura privata, ovvero da altri elementi successivi idonei a dimostrare che l'intermediario avesse eseguito il rapporto, fra i quali si annovera, in particolare, l'invio degli estratti conto, quale manifestazione dell'intento della banca di volersi avvalere, già in sede stragiudiziale, del contratto⁸. Non mancavano, all'interno di questo filone interpretati-

⁸ Si esprimeva in tal senso Cass. civ., sez. VI, 7 settembre 2015, n. 17740.



vo, posizioni più estreme di una parte della giurisprudenza di merito, in virtù delle quali si riteneva che la sottoscrizione del cliente, quale manifestazione dell'adesione al modulo preparato dall'intermediario, fosse di per sé idonea a perfezionare il contratto nella forma richiesta dalla legge, non essendo necessaria l'ulteriore approvazione del predisponente, trovandosi la volontà negoziale già espressa nel documento-tipo dallo stesso approntato⁹.

Al contrario, un secondo orientamento, accolto da altra parte della dottrina e dalla giurisprudenza di merito, riteneva nullo il contratto privo della sottoscrizione dell'intermediario¹⁰.

Di recente, la Suprema Corte ha aderito a tale concezione in svariate occasioni¹¹, sottoponendo ad un'attenta critica le argomentazioni delle pronunce di legittimità favorevoli all'individuazione di meccanismi di "surrogazione" della sottoscrizione del contraente non firmatario. Dopo questi interventi della Cassazione, la tesi più sensibile a tutelare la posizione del contraente debole è divenuta ampiamente maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità, ma si è avanzata al contempo la necessità di una pronuncia a Sezioni Unite in virtù della particolare importanza della questione¹².

Da ultimo, con l'intervento delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898), si è affermato come il requisito della forma scritta possa ritenersi osservato con la sola sottoscrizione dell'investitore e con la consegna a quest'ultimo di una copia del contratto redatto per iscritto, mentre il consenso dell'intermediario sarebbe desumibile dai comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

Gli effetti della nullità del contratto quadro: ammissibilità di una nullità selettiva?

Infine il terzo ed ultimo problema oggetto di un attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguarda gli effetti della nullità del contratto quadro. In particolare è dibattuta la questione se l'intervenuta dichiarazione giudiziale di nullità dello stesso, in seguito ad azione dell'investitore *ex art. 23 co. 3 del T.U.F.*, comporti la caducazione di tutti gli ordini d'investimento posti in essere in esecuzione dello stesso, ovvero se tale effetto possa limitarsi ai soli ordini dannosi per quest'ultimo e oggetto della relativa azione di nullità da lui proposta. Data l'attualità del dibattito giurisprudenziale sul punto, la I Sezione

⁹ Trib. Novara, 17 luglio 2012, in *dirittobancario.it*.

¹⁰ Così Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2/2016, 17; Trib. Prato, 26 agosto 2013, in *ilcaso.it*.

¹¹ Tra le quali si menziona Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2016, n. 5919.

¹² Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, ord., 27 aprile 2017, n. 10447, con cui è stata rimessa al Primo Presidente, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., la scelta circa l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

della Corte di Cassazione, con ordinanza deposita il 2 ottobre 2018, ha deciso di rimettere la questione al Primo Presidente affinché valuti la rimessione della stessa alle Sezioni Unite¹³.

Il caso di specie che ha dato origine alla pronuncia del provvedimento in esame vedeva un cliente della Banca Antoniana Popolare Veneta impugnare un contratto-quadro di intermediazione stipulato con la stessa per difetto della forma prescritta dall'art. 23 T.U.F., chiedendo la dichiarazione di nullità del medesimo e, di conseguenza, l'annullamento o la risoluzione dei contratti d'investimento stipulati in esecuzione del primo risultati dannosi per il medesimo. In sua difesa la Banca presentava domanda riconvenzionale di nullità di tutti gli ordini di investimento effettuati in esecuzione del suddetto contratto, generando di conseguenza poste compensatorie che vedevano il cliente soccombente in primo grado, a seguito della condanna alla ripetizione di quanto indebitamente riscosso in forza delle suddette operazioni. Soccombenza che veniva confermata in secondo grado, seppur nei limiti della compensazione delle poste creditorie della Banca entro il limite di valore della domanda attorea, con revoca della condanna al pagamento *de residuo*.

Il cliente impugnava quindi la pronuncia della Corte d'Appello di Brescia. Con il secondo motivo di ricorso, preliminare rispetto agli altri e centrale ai fini della decisione di rimessione della I Sezione, il ricorrente esponeva quanto segue: «R.F. si duole del fatto che la Corte d'Appello – muovendo dall'erroneo presupposto secondo cui la nullità del contratto quadro, una volta eccepita dall'investitore, l'unico legittimato a farla valere, ai sensi del d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, “si ripercuote su tutte le operazioni eseguite in base all'atto negoziale viziato” – abbia ritenuto di accogliere la domanda riconvenzionale dell'istituto di credito, volta ad ottenere, per effetto della caducazione di tutte le operazioni poste in essere in esecuzione del rapporto dichiarato nullo, la restituzione, ai sensi dell'art. 2033 c.c., di tutti i titoli compravenduti ancora in disponibilità dell'investitore, nonché la compensazione tra il credito del R., per la restituzione delle somme indebitamente pagate, e quello della banca relativo agli “utili, dividendi e cedole e ogni altra utilità [...] derivante da tutte le operazioni effettuate per il tramite della banca”. Per contro, ad avviso dell'esponente, l'investitore – ai sensi degli artt. 99 e 100 c.p.c. – ben potrebbe selezionare il rilievo della nullità, limitandolo ai soli contratti (di acquisto di prodotti finanziari) attuativi del contratto quadro nullo per difetto di forma, dai quali si sia ritenuto illegittimamente pregiudicato, lasciando gli altri fuori del giudizio. La banca – ad avviso del ricorrente – non sarebbe, pertanto, legittimata – attraverso la domanda riconvenzionale proposta – a richiedere che venissero considerate travolte, dall'eccezione di nullità di due sole operazioni di investimento, tutte le altre poste in essere nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria dichiarato nullo».

¹³ Cassazione civile, sez. I, ordinanza 1 ottobre 2018, n. 23927.



Il ricorso in esame pone quindi nuovamente all'attenzione della Suprema Corte il problema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento della "nullità selettiva", figura che viene in rilievo con esclusivo riferimento alla categoria delle nullità di protezione e che si lega alla possibilità o meno per il consumatore-cliente di far valere la nullità del contratto esclusivamente per gli effetti pregiudizievoli del medesimo, mantenendo in vita gli effetti allo stesso favorevoli. Come rilevato dalla I Sezione, in tal caso i «temi specifici della contrattazione finanziaria incrociano profili più generali del diritto delle obbligazioni (regime delle nullità di protezione, sanabilità del negozio nullo, opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede) e la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze, di garanzia degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi (art. 47 Cost.) e di tutela dell'intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari». La rilevanza di tali questioni ha portato la I Sezione a sollecitare nuovamente l'intervento delle Sezioni Unite sulla tematica, a seguito di quanto già richiesto in passato¹⁴.

Sulla questione si rileva l'esistenza di tre filoni giurisprudenziali, di cui l'ordinanza di rimessione da atto. Tra questi, uno riconosce legittimità alla figura della nullità selettiva, mentre gli altri due elaborano diverse forme di risposta a ciò che viene concepito come una forma di esercizio abusivo del diritto.

Il primo orientamento, qualificando la nullità di cui all'art. 23 co. 3 T.U.F. in termini di nullità di protezione, giunge a sostenere la legittimità di un rilievo della stessa da parte del cliente-investitore limitata ad alcuni ordini di acquisto a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto quadro viziato¹⁵. La legittimazione relativa prevista dal legislatore comporterebbe pertanto anche una definizione unilaterale dell'oggetto della domanda giudiziale da parte dell'investitore leso, potendo rimanere gli altri contratti di investimento a lui favorevoli estranei al giudizio ed escludendo la possibilità altresì di un ampliamento del *petitum* da parte dell'intermediario. La possibilità per l'attore di selezionare le operazioni di acquisto di prodotti finanziari da cui si è ritenuto illegittimamente danneggiato risulterebbe inoltre conforme alla *ratio* sottesa alle norme di cui agli artt. 99 e 100 c.p.c., che richiedono quale condizione di legittimazione processuale l'interesse ad agire.

Un secondo orientamento interpreta invece come abusivo il comportamento dell'investitore che, a fronte del rilievo della nullità del contratto-quadro, limiti la conseguente richiesta di inefficacia solamente ad alcuni dei contratti d'investimento conclusi in esecuzione del primo¹⁶. Verrebbe ad essere violato il principio della buona fede *in executivis* di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., configurandosi uno sviamento dell'esercizio del diritto rispetto al fine perseguito

¹⁴ Cass. civ., sez. I, ord. 17 maggio 2017 nn. 12389 e 12390.

¹⁵ Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2016, n. 8395.

¹⁶ Cass. civ., sez. I, 17 maggio 2017, n. 12388.

dalla norma posta a tutela dell'interesse protetto. Al fine di scongiurare uno sfruttamento "opportunistico" della normativa prevista dal T.U.F., tale giurisprudenza afferma l'esperibilità dell'*exceptio doli generalis* da parte dell'intermediario, quale strumento processuale idoneo a paralizzare la domanda di nullità selettiva proposta dal cliente. A sostegno di tale interpretazione si osserva come l'operatività della nullità selettiva presupporrebbe una convalida *in parte qua* del contratto quadro, che continuerebbe a rimanere in vita per gli ordini di investimento non travolti dalla pronuncia di inefficacia, convalida che per il contratto nullo è espressamente esclusa dalla norma di cui all'art. 1423 c.c.

Un terzo orientamento se, da un lato, ammette la possibilità per l'investitore di invocare la nullità del contratto quadro con riferimento solo ad alcuni ordini di acquisto, dall'altro, escludendo l'opponibilità dell'*exceptio doli* e la possibilità di opporre una sanatoria del contratto quadro nullo per difetto di forma, contempla la proponibilità dell'eccezione di compensazione da parte dell'intermediario per le poste creditorie derivanti dagli ordini di esecuzione andati a buon fine¹⁷. La nullità del contratto quadro travolgerebbe pertanto tutti gli ordini di acquisto compiuti in esecuzione dello stesso, a prescindere dal fatto che la relativa declaratoria d'inefficacia sia richiesta dall'investitore o dall'intermediario. L'intermediario e l'investitore hanno pertanto diritto, secondo questa ricostruzione, a ripetere l'uno nei confronti dell'altro le reciproche prestazioni, con conseguente legittimità della dichiarazione di compensazione delle reciproche poste creditorie. Questo orientamento accoglie il suggerimento di quella dottrina¹⁸ che sottolinea l'impossibilità di superare la violazione di regole relative alla validità del contratto con un richiamo alle regole della buona fede. Non potrebbe di conseguenza invocare la buona fede, al fine di paralizzare l'iniziativa processuale dell'investitore, l'intermediario che abbia stipulato il contratto quadro senza l'osservanza dei requisiti di forma-validità previsti dalla legge.

Punti salienti del contrasto

Il dibattito sopra illustrato interessa diverse questioni tra loro connesse. Viene in rilievo il rapporto tra contratto quadro e contratti d'investimento, cui si è già fatto cenno sopra. Al riguardo, deve darsi atto, a prescindere dalla qualificazione data al contratto quadro in termini di mandato ovvero di contratto normativo, dell'esistenza di un nesso di consequenzialità che lega i contratti di borsa al primo. Se nel primo caso, infatti, questi ultimi vengono considerati atti finalizzati a dare esecuzione al contratto quadro, nel secondo si ravvisa quel nesso di interdipendenza che caratterizza la figura del collegamento negoziale,

¹⁷ Cass. civ., sez. I, 24 aprile 2018, n. 10116.

¹⁸ V. D'AMICO, *Le regole di validità e principio di correttezza nella formazione dei contratti*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 1996, pp. 44 ss.



la cui disciplina, come noto, è improntata al principio ben espresso dal brocardo latino *simul stabunt, simul cadent*.

Una seconda problematica, nodo centrale dell'ordinanza di rimessione di cui sopra, riguarda il regime della nullità di protezione prevista dall'art. 23 T.U.F. a sanzione dell'inosservanza della forma scritta imposta dal legislatore a tutela dell'investitore. La legittimazione relativa, tipica delle nullità di protezione, pone il problema della estendibilità o meno da parte dell'intermediario del *petitum* della domanda di nullità proposta dal cliente. A tale questione risulta inscindibilmente connessa quella della disponibilità degli effetti della nullità del contratto quadro con conseguente caducazione solamente degli ordini pregiudizievoli per il cliente attore. Se da un lato tale soluzione appare compatibile con la natura delle nullità di protezione, che, come insegna la disciplina consumeristica, possono essere rilevate e dichiarate solo nella misura in cui producano effetti favorevoli per la parte debole tutelata, dall'altro rischia di conferire legittimità ad un opportunismo rimediabile, contrastante con il principio di buona fede a cui si informa il rapporto contrattuale, dalla fase delle trattative fino a quella esecutiva. Non vi è chi, inoltre, non manchi di sottolineare la sproporzione che verrebbe a crearsi tra la rilevanza dell'interesse tutelato – corretta e completa informazione dell'investitore, ai fini di una consapevole autodeterminazione negoziale – e il piano rimediabile così predisposto¹⁹. Si osserva infatti come l'ammissibilità di una nullità selettiva comporterebbe una situazione di assoluta incertezza dei mercati dei prodotti finanziari, data la perenne instabilità dei rapporti di intermediazione, con un notevole squilibrio a danno degli intermediari e del mercato nel suo complesso.

Viene quindi in rilievo, in ultima analisi, una questione di bilanciamento tra contrapposti interessi che emergono nel rapporto negoziale. Bilanciamento che, secondo i canoni del diritto contrattuale italiano e comunitario, è tenuto ad ispirarsi ai principi di buona fede e proporzionalità. Su tali principi, che suppliscono alla carenza di un dettato normativo *ad hoc*, si fonda la condanna da parte del nostro ordinamento, dell'abuso del diritto, ossia di un esercizio sviato del medesimo, rispetto alle finalità per cui i relativi poteri e strumenti di tutela sono stati attribuiti dal legislatore.

Il nodo della questione è quindi proprio quello di individuare un punto di equilibrio tra la tutela, da un lato, del risparmio e degli investitori e dall'altro, degli intermediari, quali soggetti esercenti attività d'impresa, della certezza del mercato finanziario, nella convinzione che solo tale equilibrio sia in grado di garantire quella tutela del risparmio e delle relative forme di investimento prescritta dall'art. 47 Cost. Il suggerimento già in passato accolto dalle Sezioni Unite è allora quello di «circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei

¹⁹ M. ACIERNO, *I diritti dell'investitore nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 29, 2017.



limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche»²⁰. Solo una tale soluzione risulterebbe in grado di limitare forme di abuso del diritto sul piano rimediabile e di garantire al contempo un'efficace protezione dell'interesse tutelato dalla norma. Il richiamo alla buona fede oggettiva e al principio di proporzionalità, che legittima la tutela degli interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento entro il limite dell'apprezzabile sacrificio altrui, potrebbe evitare forme di "opportunismo rimediabile", nocive per il mercato del risparmio nel suo complesso. La protezione dell'interesse dell'investitore rilevante, in tal senso, sul piano prettamente normativo, ai fini dell'individuazione della tecnica di tutela più efficace, ma non potrebbe essere invocata ai fini di una massimizzazione del profitto dello stesso.

Non resta che attendere la decisione delle Sezioni Unite per valutare quale interesse tra quelli in contrasto verrà ritenuto prevalente, ovvero quale punto di equilibrio verrà dalle medesime individuato.

²⁰ Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898.



Il diritto all'oblio: tra profili critici e nuove evoluzioni

Annalisa Pomes

Dimenticare. È spesso utile quanto il ricordare.
(Massimo Bontempelli)

L'oblio: un diritto poliedrico

La necessità di dimenticare ha origini antichissime. Basti pensare che, già nella mitologia greca, il fiume Lete era in grado di regalare l'oblio. Platone e Virgilio ma anche Dante hanno elogiato le prodezze di questo fiume, capace di far sbiadire i ricordi¹.

Del resto, l'immagine dell'acqua come elemento di purificazione è conosciuta anche nella religione cristiana, in cui il rito del battesimo assolve proprio la funzione di cancellare il peccato originale.

L'oblio dunque prima di assurgere al rango di diritto, può essere considerato un bisogno, un'esigenza sempre presente, che tuttavia necessita oggi di essere attualizzata al contesto spazio temporale in cui viviamo.

In passato, l'oblio era legato alla dimensione interiore. La volontà di cancellare i propri ricordi, i propri mali per garantirsi una vita ultraterrena libera da questi.

Oggi si rivendica piuttosto il diritto ad essere dimenticati. L'oblio si rivolge così all'esterno, assumendo una dimensione sociale.

Questa metamorfosi si coglie agevolmente valorizzando il panorama attuale, dominato dal proliferare di strumenti tecnologici che fungono da cassa di risonanza delle informazioni, con la conseguenza che il privato può diventare pubblico in un attimo.

Invero, sebbene la finalità a cui tende l'oblio risulti immutata nel tempo, coincidendo con l'intenzione di cancellare i ricordi, il contenuto dello stesso ha preso forme diverse e continua, tuttora, a presentare connotati problematici.

La nozione di diritto all'oblio assume così un carattere poliedrico, anche alla luce del contesto di riferimento.

¹ Nella mitologia greca, il Lete era il fiume della dimenticanza a cui, secondo Platone, dovevano abbeverarsi le anime destinate a nuovi corpi. Oltre ad essere un fiume, Lete è il nome attribuito ad una divinità, sorella della Morte e del Sonno. Nella Divina Commedia, il Lete è collocato nel Paradiso terrestre; nelle sue acque che danno l'oblio dei peccati, Matelda immerge Dante per renderlo «degno di salire alle stelle». Enc. Treccani, Roma, 1995.

All'interno dei confini nazionali, l'oblio² è stato tradizionalmente fatto coincidere dalla giurisprudenza con il diritto di pretendere che notizie di contenuto veritiero non venissero più pubblicate a distanza di tempo³.

In particolare, secondo la giurisprudenza formatasi prima dell'era digitale, l'oblio si concretizzava «nel giusto interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata»⁴.

La *ratio* di tale tutela era da rinvenire nell'esigenza che il soggetto protagonista di una notizia non subisse il rischio di riesumazione di un fatto ormai passato e per il quale il tempo aveva determinato l'inutilità di una nuova diffusione.

Ecco che già nelle primordiali affermazioni del diritto all'oblio, questo si presenta inscindibilmente legato all'aspetto temporale, fattore indispensabile al fine di effettuare il bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché al fine di valutare se il dato contenuto nella pubblicazione fosse da considerarsi superato ovvero di persistente attualità.

Con l'avvento di nuove tecnologie, che consentono l'immagazzinamento di una quantità illimitata di dati all'interno dell'archivio virtuale, nonché l'immediatezza e la libertà di accesso, il diritto all'oblio ha visto mutare la sua tradizionale fisionomia.

² In dottrina, sul diritto all'oblio si vedano: AA.AA., *Il diritto all'oblio. Atti del Convegno di Studi del 17 maggio 1997*, E. GABRIELLI (a cura di), E.S.I., Napoli 1999; T. AULETTA, *Diritto alla riservatezza e «droit à l'oubli»*, in ALPA-BESSONE-BONESCHI-CAIAZZA (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Napoli 1983, pp. 127 e ss.; G.B. FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, pp. 801 e ss.; M.R. MORELLI, voce *Oblio (diritto all')*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano 2002; da ultimo, M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, E.S.I., Napoli 2009; G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. informaz. e informat.*, 2010, p. 391.

³ La prima sentenza che si è occupata di oblio risale al 13 maggio 1958 (Cass. civ., n. 1563) e ha ad oggetto la vicenda processuale inerente la realizzazione e la diffusione nel dopoguerra di un film documentario sulla strage delle Fosse Ardeatine a seguito di un'azione avviata dalla vedova del questore romano Caruso al quale erano stati attribuiti fatti e responsabilità superiori rispetto alle colpe (già di per sé molto gravi) accertate. La sentenza aveva affermato che anche l'uomo più immorale continua ad avere diritto a pretendere «che altri non alteri l'entità dei reati da lui commessi e non accresca il grave fardello delle sue colpe con l'aggiunta di fatti non veri».

Si segnalano altre pronunce che si sono interessate in passato specificatamente dell'oblio, tra le quali: Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. it.*, 1985, coll. 762; Cass. civ., 9 aprile 1998, n. 3679, in *Foro it.*, 1998, coll. 123 e nel merito Trib. Roma, 15 maggio 1995, in *Dir. Inf.*, 1996, p. 427; Trib. Roma 27 novembre 1996, in *Giust. civ.*, 1997, pp. 1979 e ss. e Trib. Roma, ord. 20.21.27 novembre 1996, in *Dir. aut.*, 1997, pp. 372 e ss. In particolare, si segnala la sentenza n. 3679 del 9 aprile 1998, in quanto la giurisprudenza ha per la prima volta fatto emergere il profilo di rilevanza costituito dalla «attualità della notizia».

⁴ Cass. civ., sez. III, 9 aprile 1998, n. 3679.



L'oblio oggi non è più funzionalizzato verso la pretesa alla paralizzazione della ripubblicazione della notizia, ma è diretto alla cancellazione delle informazioni "intrappolate" nella rete.

Del resto, in passato la fuoriuscita di notizie aveva limiti temporali contenuti ed il rischio della perduranza di una informazione poteva essere legato solo ad una nuova pubblicazione della stessa; attualmente invece le notizie sono destinate *sine die* a restare a disposizione della collettività, in quanto la rete consente il reperimento costante delle notizie ancorché esse siano risalenti nel tempo.

La dimensione temporale che viene in rilievo non è più quella che intercorre fra l'originaria pubblicazione della notizia e l'ulteriore pubblicazione, bensì la permanenza dell'informazione all'attenzione del pubblico.

La memoria digitale determina altresì il fenomeno della decontestualizzazione⁵ delle informazioni, che vivono in una dimensione atemporale⁶: in *internet* il presente e il passato finiscono per convivere e per diventare una realtà inscindibile.

Per tale ragione, la giurisprudenza nazionale⁷ predica l'esistenza del diritto all'oblio come diritto alla contestualizzazione nonché alla attualizzazione della notizia risalente nel tempo.

Per meglio comprendere, la Cassazione trova il punto di equilibrio del bilanciamento fra l'interesse del singolo alla cancellazione di una notizia divenuta vetusta e l'interesse della collettività alla divulgazione delle informazioni nel diritto di chiedere l'attualizzazione della notizia.

L'essenza del diritto all'oblio viene rinvenuta nella salvaguardia della proiezione sociale dell'identità personale, nell'esigenza del soggetto di essere tutelato dalla divulgazione di informazioni potenzialmente lesive in ragione della perdita, stante il lasso di tempo intercorso dall'accadimento del fatto che costituisce l'oggetto, di attualità delle stesse.

Il soggetto cui l'informazione si riferisce ha in particolare diritto al rispetto della propria identità personale o morale, a non vedere cioè travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideolo-

⁵ F. MANGANO, *Diritto all'oblio*, in *Giur. merito*, 2012, XII, pp. 2621 e ss.

⁶ G. RAO, *Il diritto all'oblio*, in www.academia.edu.

⁷ Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525. Il caso della sentenza ha riguardato la permanenza di una notizia, avente ad oggetto un fatto di corruzione imputato ad un personaggio politico, pubblicata nel 1993, all'interno di un archivio *on line* di una nota testata giornalistica. In particolare, il soggetto lamentava la lesione della sua immagine e della sua reputazione a causa del mancato aggiornamento dei fatti al successivo svolgimento della vicenda che si era conclusa con la sua assoluzione. Prima di adire il Tribunale di Milano, il politico rivolgeva la sua istanza nei confronti del Garante per la *privacy*, il quale tuttavia, la rigettava, incentrando la sua motivazione sul presupposto che in assenza di una ripubblicazione della notizia non potesse configurarsi l'oblio. Il Tribunale di Milano, con sentenza del 6 aprile 2012, n. 4302 concludeva nello stesso modo, sottolineando altresì come la permanenza della notizia assolvesse a fini storici.

gico, professionale e pertanto alla verità della propria immagine nel momento storico attuale.

Rispetto all'interesse del singolo si pone, tuttavia, l'ipotesi che sussista o subentri l'interesse pubblico alla relativa conoscenza o divulgazione per particolari esigenze di carattere storico, didattico, culturale.

Un fatto di cronaca può, a tale stregua, assumere rilevanza quale fatto storico, il che può giustificare la permanenza del dato mediante la conservazione in archivi altri e diversi da quello in cui esso è stato originariamente collocato.

Emerge allora la necessità, a salvaguardia dell'attuale identità sociale del soggetto cui la stessa afferisce, di garantire al medesimo la contestualizzazione e l'aggiornamento della notizia di cronaca che lo riguarda, ossia il collegamento della notizia ad altre informazioni successivamente pubblicate concernenti l'evoluzione della vicenda, che possano completare o financo radicalmente mutare il quadro originario⁸.

Nel diritto sovranazionale, il diritto all'oblio si caratterizza in modo diverso.

La nota sentenza della Corte di giustizia⁹ "Google Spain" ha segnato l'inizio di una nuova era in cui l'oblio assurge alla pretesa di deindicizzare le informazioni lesive, ancorché veritiere.

⁸ La giurisprudenza di merito ha fatto applicazione dei principi espressi dalla Suprema Corte; si ricordi, ad esempio Trib. Milano 26 aprile 2013, n. 5820. Il caso riguardava la violazione del diritto all'oblio a causa della permanenza in un archivio on line di un articolo degli anni Ottanta che descriveva l'attore come un usuraio ed evasore. Il tale occasione, il giudice milanese ha affermato che «le ricadute negative sul diritto al riconoscimento della propria identità personale, nonché il grado di disagio che ne consegue, vengono pertanto presunte, sulla base dei seguenti elementi: a) l'oggettiva portata offensiva di alcune parte dell'articolo in esame (laddove si descrive l'attore come un usuraio, latitante, evasore fiscale per somme molto ingenti); b) l'evidente pregiudizio all'identità personale in ragione del notevole lasso di tempo trascorso dalle indagini avvenute nel 1985 (concluse senza imputazioni per l'odierno attore); c) il fatto che le notizie siano contenuto nell'archivio telematico del quotidiano La Repubblica, accessibile a tutti i fruitori di *internet*».

⁹ La Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, in data 13 maggio 2014, in relazione al caso *Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (causa C-131/12). La vicenda ha preso avvio da una richiesta con la quale un cittadino spagnolo aveva cercato di ottenere, prima dal gestore del sito e poi da Google, la rimozione di alcuni dati personali pubblicati su un articolo di giornale ritenuti non più attuali. Su ricorso dell'interessato, l'*Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD) (l'autorità spagnola per la protezione dei dati personali), aveva ordinato a Google di rimuovere i dati in questione dai risultati generati attraverso il motore di ricerca. Google aveva rifiutato di ottemperare alla richiesta rilevando, tra l'altro, come l'intervento imposto dall'AEPD potesse configurare un'indebita compromissione della libertà di espressione dei gestori di siti *internet*. La Corte Suprema spagnola (*Audiencia Nacional*), investita dell'appello contro il provvedimento dell'AEPD, sollevava pertanto di fronte alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali relative all'applicabilità della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali a fornitori di servizi come Google e al c.d. "diritto all'oblio" dei soggetti cui i dati personali si riferiscono.



La sentenza appare innovativa per aver riconosciuto in capo al gestore del motore di ricerca la qualità di “responsabile del trattamento dei dati personali”¹⁰.

Invero la nostra giurisprudenza¹¹ qualche anno prima aveva escluso tale attribuzione, affermando come il motore di ricerca fosse un mero intermediario telematico, finalizzato ad offrire un sistema automatico di reperimento di dati e informazioni attraverso parole chiave, un semplice *database* che indicizza i testi sulla rete e permette agli utenti un accesso per la relativa consultazione.

Un mero fornitore del servizio di fruizione della rete dunque, che si limita a rendere accessibili sul sito *web* i dati dei c.d. siti sorgente, assolvendo ad un’attività di mero trasporto delle informazioni, ad eccezione dell’ipotesi in cui compia un’attività di trasformazione delle medesime, a tale stregua divenendone anch’esso produttore diretto, con conseguente assoggettamento a responsabilità in caso di illecito¹².

¹⁰ La motivazione di tale scelta si coglie nel fatto che il fornitore del servizio raccoglie i dati, li organizza e li conserva.

Recentemente, la Corte di giustizia ha stabilito che anche la società americana Facebook e, per quanto riguarda l’Unione, la sua filiale irlandese Facebook Ireland, possono considerarsi responsabili del trattamento dei dati personali degli utenti di Facebook nonché delle persone che hanno visitato le *fanpage* presenti su Facebook, in quanto tali società determinano, in via principale, le finalità e gli strumenti del trattamento di tali dati.

Altresì l’amministratore di una *fanpage* presente su un *social network* deve essere considerato responsabile del trattamento dei dati personali, in quanto egli partecipa, insieme a Facebook, attraverso la propria azione d’impostazione dei parametri, in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle sue attività, alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori della sua *fanpage*.

In particolare, la Corte rileva a tal riguardo che l’amministratore della *fanpage* può chiedere di ricevere (in forma anonima) dati demografici concernenti il suo pubblico destinatario (in particolare tendenze in materia di età, sesso, situazione sentimentale e professionale), informazioni sullo stile di vita e sugli interessi di detto pubblico (incluse informazioni sugli acquisti e il comportamento di acquisto online dei visitatori della sua pagina, nonché le categorie di prodotti o di servizi di loro maggiore interesse) e dati territoriali che consentono all’amministratore della *fanpage* di stabilire dove avviare promozioni speciali o organizzare eventi e, in generale, di offrire informazioni maggiormente mirate (Corte di giustizia, 5 giugno 2018, c 210-2016).

¹¹ Il riferimento è ancora a Cass. civ., sez. III, 5 aprile 2012, n. 5525. La Suprema Corte italiana non ritiene di poter identificare un rapporto diretto tra gestore del motore di ricerca e l’interessato, né conseguentemente si pone il problema della possibile sola deindicizzazione del risultato di ricerca, ma imputa in via esclusiva e diretta al titolare della pagina sorgente il dovere di aggiornare e contestualizzare il dato.

¹² La sentenza distingue l’archivio, rispetto a ciò che costituisce la memoria della rete. Il primo è ordinato secondo criteri stabili che consentono la consultazione delle informazioni custodite, mentre la rete *internet* costituisce uno spazio ove le informazioni non sono archiviate ordinatamente, ma sono soltanto memorizzate. La rete non è un archivio, ma un deposito di archivi, di più informazioni illimitate e senza tempo. La caratteristica fondamentale che contraddistingue le informazioni della rete è che esse non sono in realtà organizzate e

Di contro, la Corte di giustizia¹³ opera la scelta di investire di indipendenza il servizio svolto dal motore di ricerca, inteso come autonomo trattamento dei dati personali, distinguendolo da quello proprio dei gestori delle pagine sorgente¹⁴.

Da ciò discende come il privato che rivendichi il diritto alla cancellazione goda di una tutela dicotomica, consistente, in prima battuta, nella possibilità di rivolgersi al motore di ricerca al fine di chiedere la deindicizzazione delle notizie che lo riguardano ed al quale viene dunque affidato il difficile ruolo di contemperare gli interessi coinvolti¹⁵; in via subordinata il privato può ricorrere, nell'ipotesi di insuccesso di tale richiesta, all'autorità di controllo nazionale

strutturate, ma isolate. Tali notizie non sono raccolte cronologicamente, in quanto manca una catalogazione delle stesse che invece costituisce uno degli elementi fondamentali di un archivio storico.

La tutela della persona interessata deve avvenire affermando la rispondenza del trattamento dei dati personali raccolti con i criteri di proporzionalità, necessità, pertinenza e non eccedenza allo scopo. Pertanto, nelle ipotesi di memorizzazione delle notizie in *internet*, il titolare dell'organo di informazione dovrà predisporre un sistema idoneo a segnalare il seguito e lo sviluppo della vicenda per evitare che dati diventati inesatti possano apparire come veritieri e attuali pur senza esserlo.

In base al ragionamento svolto dai giudici della Suprema Corte, gli archivi veri e propri sono solo quelli tenuti dai titolari dei siti, mentre il motore di ricerca è un intermediario che si limita ad offrire un sistema automatico di reperimento delle informazioni, assolvendo ad una funzione di semplice tramite delle notizie immesse nella rete. Per tale ragione il motore di ricerca non può rispondere della permanenza delle notizie nella memoria della rete, dato che esse sono nell'archivio del titolare del sito sorgente che rimane il principale responsabile del trattamento dei dati personali.

¹³ In particolare, la Corte afferma che il rispetto dei diritti fondamentali del singolo cittadino garantiti dalla Carta di Nizza (in specifico negli articoli 7 «Rispetto della vita privata e della vita familiare» e 8 «Protezione dei dati di carattere personale» prevale, in linea di principio, «non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona». Di conseguenza la persona in questione risulta legittimata a richiedere direttamente ai gestori dei motori di ricerca la rimozione dei *link* che la riguardano, qualora essi configurino una lesione al rispetto della propria vita privata e alla protezione dei propri dati personali

¹⁴ S. SICA- V. D'ANTONIO, *La procedura di de-indicizzazione*, in G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre-Press, Roma 2015, pp. 148 e ss.

¹⁵ A seguito della sentenza, Google ha introdotto sui propri siti europei un modulo per la rimozione di risultati di ricerca. Per mezzo di tale modulo gli utenti, anche per il tramite di un proprio rappresentante (genitore, avvocato, e così via enumerando), possono richiedere che siano rimossi i risultati connessi ad un determinato nome. Lo scopo principale di tale sistema, al pari degli altri esempi di *self-regulation* da tempo adottati dagli ISP, è quello di ridurre i costi transattivi, predisponendo formulari di pronta consultazione, che consentano un'analisi rapida dei casi da trattare, evitando costi giudiziali. In tal senso, G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, in G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre-Press, Roma 2015, p. 206.



in materia di *privacy* o, in alternativa, all'autorità giudiziaria, affinché queste verifichino la correttezza della posizione assunta dal responsabile del trattamento ed, eventualmente, ordinino allo stesso l'adozione di misure precise conseguenti¹⁶.

Pertanto, la tutela del soggetto nei confronti del motore di ricerca prescinde totalmente dalla cancellazione della notizia dal sito sorgente¹⁷. La richiesta rivolta al motore di ricerca è finalizzata a sottrarre al pubblico una modalità di accesso semplificata e generalizzata ad informazioni sul proprio conto¹⁸, le quali, lecitamente pubblicate in tempi diversi, potrebbero comunque permanere e rimanere accessibili attraverso una più difficoltosa navigazione nel sottolivello di fruizione rappresentato dalle pagine sorgente¹⁹.

Nei confronti del titolare del trattamento, l'interessato ha diritto alla tutela prevista dal nuovo Regolamento generale sulla protezione dei dati²⁰.

¹⁶ Il diritto all'oblio infatti inteso come pretesa di deindicizzare le notizie va ponderato ed esercitato in ragione delle caratteristiche dei dati costituite dall'adeguatezza, dalla pertinenza o dalla non pertinenza del trattamento rispetto alle finalità.

¹⁷ Il gestore del motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco dei risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, i *link* verso pagine *web* pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente e simultaneamente cancellati dalle pagine *web* e anche quando la pubblicazione su queste sia del tutto lecita.

¹⁸ La Corte di giustizia, infatti, sostiene che l'inclusione in un elenco di risultati, poiché facilita notevolmente l'accessibilità di tali informazioni a qualsiasi utente di *internet* che effettui una ricerca sulla persona di cui si tratta, può svolgere un ruolo decisivo per la diffusione di dette informazioni, essendo idonea a costituire un'ingerenza rilevante nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata della persona interessata.

¹⁹ S. SICA- V. D'ANTONIO, *op. cit.*

²⁰ L'art. 17 di tale Regolamento, in particolare, afferma che «l'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; i dati personali sono stati trattati illecitamente; i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1.

Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato, ai sensi del paragrafo 1, a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi *link*, copia o riproduzione dei suoi dati personali.



È interessante considerare come la pronuncia sul caso “Google Spain”, ancorché emblematica in tema di oblio, tratti di questo solo in via mediata e fugace.

Invero, la sentenza si occupa piuttosto del “diritto a non essere trovati facilmente sulle rete”.

La segnalata ritrosia della Corte nel far riferimento esplicito al diritto all’oblio nel corpo della decisione non si è ritenuta del tutto causale: «con buona probabilità, la *Grande Chambre* non aveva in animo di definire lo stato dell’arte del *right to be forgotten* al tempo di *Internet*, bensì di disciplinare una posizione giuridica che, pur all’oblio connessa, presenta tratti di indubbia peculiarità in quanto specifica dei rapporti tra individui e motori di ricerca che scandagliano costantemente la rete»²¹.

Il diverso atteggiarsi dell’oblio nel panorama giurisprudenziale nazionale e in quello europeo non deve essere interpretato come una contrapposizione, bensì come la possibilità di individuare una protezione rincarata per il cittadino nazionale.

Il soggetto leso potrebbe invocare contestualmente la tutela finalizzata alla contestualizzazione della notizia, rivolgendo l’istanza al sito sorgente ed altresì la tutela volta alla deindicizzazione delle informazioni, indirizzando la richiesta nei confronti del motore di ricerca.

I tratti caratteristici del diritto all’oblio

Dall’esegesi delle pronunce giurisprudenziali che si sono occupate del tema dell’oblio, all’interno e all’esterno dei confini domestici, è possibile rintracciare dei tratti caratteristici dello stesso.

Innanzitutto tale diritto viene in rilievo a fronte della diffusione di notizie veritiere, nonché reperite in maniera del tutto lecita.

Invero, la dottrina²² si è spesso riferita all’oblio quale diritto a chiedere e ottenere la cancellazione dei propri dati personali al termine di un trattamento per il quale era stato precedentemente prestato il consenso.

I paragrafi 1 e 2 non si applicano nella misura in cui il trattamento sia necessario: per l’esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione; per l’adempimento di un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell’Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica in conformità dell’articolo 9, paragrafo 2, lettere h) e i), e dell’articolo 9, paragrafo 3; a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici conformemente all’articolo 89, paragrafo 1, nella misura in cui il diritto di cui al paragrafo 1 rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento degli obiettivi di tale trattamento; o per l’accertamento, l’esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria».

²¹ S. SICA- V. D’ANTONIO, *op. cit.*

²² F. GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, I, Cedam, Padova 2009, p. 169.



Non si tratta dunque di una pretesa correlata alla perpetrazione di reati, quali la diffamazione, bensì di un diritto che può essere esercitato prescindendo dall'individuazione di aspetti di illegittimità nella condotta dei soggetti verso i quali si dirige.

E proprio tale considerazione rende il suo esercizio non del tutto agevole, in quanto questo è subordinato alla verifica di elementi che sfuggono da una precisa oggettività, quali il fattore temporale nonché la notorietà del soggetto che rivendica l'oblio.

Si tratta di due elementi senza dubbio difficili da stimare con esattezza in quanto non ancorati a parametri precisi.

Innanzitutto, il tempo viene considerato in grado di determinare lo scolorire della rilevanza della notizia.

Tuttavia, la relatività stessa del tempo impedisce di poter quantificare a priori tale elemento.

Inoltre, la notorietà di un individuo determina la recessione delle esigenze personali. Ma qui si aprono due profili: il primo di tipo sostanziale, ossia la complessità di perimetrare il concetto di notorietà, in un mondo come quello attuale, in cui si può essere "pubblici" nel contesto virtuale, solo perché si hanno milioni di "seguaci" sulla rete; il secondo riguarda la difficoltà di capire se tale elemento possa combinarsi con il primo, ossia se anche il personaggio pubblico, qualora intervenga un cospicuo lasso di tempo fra la divulgazione iniziale della notizia e la permanenza nella rete abbia diritto alla sterilizzazione della sua immagine personale, proprio perché il tempo ha determinato l'inutilità di quella diffusione.

La risposta al secondo quesito può essere rintracciata agevolmente avendo riguardo al contenuto della notizia, alla sua rilevanza sociale, ma soprattutto alla finalità a cui tende l'informazione.

In una recente ordinanza, la Corte di Cassazione²³, proprio sul presupposto della finalità meramente divulgativa di una notizia, ha concluso per la prevalenza del diritto all'oblio di un soggetto famoso rispetto al diritto di cronaca.

In tale circostanza, la Corte ha richiamato i presupposti in presenza dei quali il diritto all'oblio può subire una compressione rispetto al diritto di cro-

²³ Cass. civ., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6919. Il diritto all'oblio può subire una compressione a favore del diritto di cronaca solo qualora quest'ultimo sia esercitato in presenza di specifici e determinati presupposti che vanno, così, ad aggiungersi, per il suo lecito esplicarsi, alle condizioni previste dal decalogo del giornalista: il contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; l'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese.



naca, facendo riferimento al contributo arrecato dalla diffusione dell'immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; all'interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell'immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e delle libertà altrui, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o, peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; all'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del Paese; alle modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con un diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, sì da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; alla preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico²⁴.

Pertanto, secondo la giurisprudenza, la notorietà di un personaggio non è *tout court* un elemento in grado di escludere a priori il diritto all'oblio. L'elemento della notorietà deve riferirsi al contesto temporale e deve essere considerato anche in relazione alla finalità della diffusione.

Il ragionamento garantista della Corte lascia tuttavia lo spazio ad un interrogativo. Ci sarebbe da chiedersi se la notorietà di un personaggio implichi dei doveri etici e morali più pregnanti rispetto a quelli gravanti sul *quisque de populo*, con la conseguenza che comportamenti che potrebbero sembrare irrilevanti per un comune cittadino assumano di contro pregnanza per il personaggio famoso, anche a distanza di tempo.

Per meglio comprendere, nel caso di specie, la Corte fu investita della questione relativa al diritto di oblio reclamato da un noto cantante italiano, il quale vedeva riproposta una trasmissione contenente immagini risalenti a cinque

²⁴ Tale sentenza ha fatto sorgere un contrasto giurisprudenziale in merito all'interpretazione di tali parametri. In particolare, il dubbio concerne la difficoltà di comprendere se i criteri elencati siano da considerare richiesti in via concorrente ovvero in via alternativa; solo in questa ultima ipotesi, fra l'altro, il diritto all'oblio potrebbe più facilmente prevalere rispetto all'esigenze pubbliche. Con l'ordinanza del 5 novembre 2018, n. 28084, la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite tale questione interpretativa.

La terza sezione, in particolare, stante la complessità del panorama normativo e giurisprudenziale formatosi nel tempo, attesa la rilevanza e delicatezza degli interessi in conflitto, ha ritenuto opportuno affidare all'organo nomofilattico nella più autorevole composizione il compito di individuare dei criteri di riferimento univoci, che permettano agli operatori del diritto e agli stessi consociati di conoscere preventivamente quando una vicenda personale può essere oggetto di (ri)pubblicazione e quando se ne può chiedere, all'opposto, la rimozione.



anni prima, che raffiguravano il soggetto in preda ad un attacco d'ira, tanto che lo stesso veniva annoverato all'interno di una classifica dei «personaggio più scorbutici e antipatici del mondo dello spettacolo»²⁵.

Orbene, si potrebbe immaginare che la fama abbia come contraltare del successo un implicito dovere di correttezza verbale e morale verso il prossimo, con la conseguenza che certi atteggiamenti possano assumere rilevanza proprio perché riferiti ai personaggi famosi.

Del resto anche le considerazioni sulla finalità divulgativa lasciano perplessi. Invero, la maggior parte delle notizie riguardanti personaggi di spicco assolve ad una funzione meramente divulgativa, la quale, ancorché non rivesta notevole importanza, non solo per questo dovrebbe considerarsi recessiva rispetto all'interesse alla cancellazione.

Il diritto all'oblio nel contesto normativo

Come sovente accade, anche in quest'ambito, la giurisprudenza ha anticipato il legislatore, plasmando un diritto di nuova generazione e agevolando così l'autore delle leggi nel compito di individuare a monte i presupposti di operatività di tale fattispecie.

Il diritto all'oblio gode oggi, all'interno del Nuovo regolamento Generale sulla protezione dei dati²⁶, di una disciplina normativa, che lo qualifica espressamente come «diritto alla cancellazione».

Nel panorama normativo, il diritto all'oblio si presenta come pretesa indirizzata verso il titolare del trattamento dei dati personali e finalizzata alla rimozione degli stessi.

Il legislatore europeo positivizza i presupposti legittimanti tale richiesta, individuandoli, ad esempio, nella mancanza di utilità della diffusione dei dati, nella revoca del consenso che legittimava la diffusione, nella opposizione al trattamento, ovvero nella illiceità dello stesso.

L'ultimo dei citati presupposti risulta di maggiore interesse, in quanto il legislatore, a differenza della giurisprudenza, che si è sempre occupata dell'oblio a fronte di diffusione lecita di notizie, pone quale fondamento della pretesa alla cancellazione anche l'illiceità del trattamento dei dati personali.

Accanto ai presupposti, il Regolamento elenca le finalità che escludono l'accoglimento della richiesta da parte dell'interessato, tra le quali figurano, l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione, l'adempimento di

²⁵ Il caso oggetto dell'ordinanza riguarda la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dal cantante Antonio Venditti, in arte Antonello, contro la RAI per effetto della messa in onda da parte della trasmissione *La vita in diretta* di un servizio che riproduceva un episodio concernente un tentativo di intervista non andato a buon fine a causa del brusco rifiuto del cantante, registrato dalla *troupe* della medesima trasmissione in data 12 dicembre 2000, ossia circa cinque anni prima e già mandato in onda a quell'epoca.

²⁶ Regolamento UE n. 679 del 2016, recepito dall'Italia con d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.



un obbligo giuridico che richieda il trattamento previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o per l'esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse oppure nell'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento, motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, l'archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria.

Ancorché vengono individuati a monte i presupposti idonei a legittimare l'esercizio del diritto, nonché le finalità in grado di escluderlo, il bilanciamento concreto resta sempre rimesso alla fattispecie materiale.

È chiaro come allo stato attuale, l'oblio si presenta connotato da diversi contenuti, mutevoli in relazione alle esigenze concrete.

All'interno del panorama giurisprudenziale nazionale, il diritto all'oblio si concretizza soprattutto nella pretesa alla "attualizzazione" della notizia risalente nel tempo, la quale è in grado di bilanciare l'interesse del singolo con l'interesse generale alla diffusione dei dati; nel contesto giurisprudenziale sovranazionale, il diritto all'oblio si manifesta con la richiesta di deindicizzazione delle notizie, al fine di rendere più difficoltoso l'accesso alle stessa da parte dei fruitori. Per il diritto positivo, l'oblio assume il carattere tipico della esigenza della cancellazione alla fonte della notizia, nella paralizzazione totale della sua diffusione.

Le molteplici accezioni e concretizzazioni del diritto all'oblio rappresentano il tentativo di corroborare la tutela del singolo e contestualmente denotano la difficoltà della giurisprudenza prima e in seguito del legislatore di attribuire precisi contorni e contenuti ad un diritto in continua mutazione ed evoluzione.

Il diritto all'oblio vede mutare così non solo la sua stessa essenza, fra contestualizzazione, deindicizzazione e eliminazione totale, ma altresì i soggetti verso i quali la pretesa può indirizzarsi.

Il difficile bilanciamento fra il diritto di oblio e gli interessi contrapposti

L'esercizio del diritto all'oblio è subordinato al positivo superamento della "prova del bilanciamento", in quanto tale diritto non è solitario, ma vive in un ampio contorno, caratterizzato dalla presenza di interessi contrari.

Il diritto alla cancellazione va soppesato rispetto all'interesse alla conoscenza, che si profila in primo luogo quale diritto di cronaca.

Quest'ultimo coincide con un diritto pubblico soggettivo, da comprendersi in quello più ampio concernente la libera manifestazione di pensiero e di stampa, sancito dall'art. 21 Cost. e consiste nel potere-dovere, conferito al giornalista, di portare a conoscenza dell'opinione pubblica fatti, notizie e vicende interessanti la vita sociale²⁷.

²⁷ Cass. civ., sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259.



Il diritto di cronaca, tuttavia, ha dei limiti connaturati proprio all'esigenza di garantire il rispetto dei diritti della personalità dei soggetti ai quali le notizie si riferiscono²⁸.

Questi ultimi sono stati individuati nella utilità sociale dell'informazione, nella verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; infine nella forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti.

La giurisprudenza ha precisato che i requisiti della verità dei fatti narrati, della forma civile della loro esposizione e della loro valutazione, nonché la sussistenza di un pubblico interesse alla conoscenza della notizia sono requisiti, tra loro strettamente connessi, in composizione variabile a seconda che si eserciti un diritto di cronaca o un diritto di critica giornalistica²⁹.

Invero, nella cronaca, assume carattere determinante la verità dei fatti narrati, mentre, nella critica, è centrale la rilevanza sociale dell'argomento trattato e la correttezza delle espressioni utilizzate. Ciò in quanto il diritto di critica si distingue dal diritto di cronaca per il fatto di consistere nell'espressione di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica, ma che ha, per sua natura, carattere congetturale e soggettivo.

²⁸ Si ricorda in proposito come la Corte Europea dei Diritti dell'uomo recentemente ha escluso la violazione dell'articolo 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU ritenendo che la pubblicazione di alcune dichiarazioni sul conto di un imprenditore in un articolo pubblicato nell'edizione *online* del quotidiano *New York Times* avevano contribuito ad un dibattito di interesse pubblico sul coinvolgimento sospetto di un *ex* candidato sindaco di New York in una vicenda di corruzione. In particolare, secondo la Corte EDU, i giudici tedeschi nel bilanciare il diritto al rispetto della vita privata con il diritto alla libertà di espressione, hanno raggiunto un ragionevole equilibrio tra i diritti concorrenti conformemente ai criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo tra cui l'interesse pubblico a conoscere il presunto coinvolgimento del ricorrente (CEDU, sez. V, sent. 19 ottobre 2017, ric. n. 71233-13).

²⁹ Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2018, n. 14727. Il diritto di critica, in particolare, «non si concreta nella mera narrazione di fatti ma si esprime in un giudizio avente carattere necessariamente soggettivo rispetto ai fatti stessi (che ha, per sua natura, carattere congetturale, che non può, per definizione, pretendersi rigorosamente obiettiva e asettica), con la precisazione che, per riconoscere efficacia esimente all'esercizio di tale diritto, occorre tuttavia che il fatto presupposto e oggetto della critica corrisponda a verità, sia pure non assoluta ma ragionevolmente putativa per le fonti da cui proviene o per altre circostanze soggettive».



Si è detto all'inizio di questa trattazione che l'esigenza di dimenticare ha ceduto il passo alla necessità di "voler essere dimenticati"; in tal modo diventa manifesto come l'oblio, si scontri con l'esigenza di ricordare, oggi agevolata dalle tecnologie che permettono di trasformare i "ricordi" in dati sempre disponibili e accessibili.

A parere di chi scrive, dunque, il diritto all'oblio, nella sua veste più moderna, non trova un limite solo nel diritto di cronaca, ma anche in un interesse più generale: quello al ricordo.

Esiste una sottile linea di demarcazione fra conoscenza e ricordo.

Vero è che i latini sostenevano che "scire est reminisci" e dunque affermavano l'inscindibile legame fra la conoscenza e la memoria, tuttavia la necessità di conoscere, in questi casi, non coincide necessariamente anche con l'esigenza di mantenere vivo il ricordo della conoscenza.

Il bilanciamento fra il diritto di cronaca ed il diritto del singolo viene in rilievo soprattutto in tema di riservatezza: i fattori legittimanti la cronaca servono per tracciare i confini fra ciò che deve restare privato e ciò che può diventare di pubblico dominio.

Quando si ha riguardo alla necessità di cancellare, l'esigenza del soggetto che chiede la tutela si contrappone all'interesse alla perduranza di certi dati.

Sebbene dunque gli elementi che legittimano il diritto di cronaca siano propedeutici per la diffusione delle informazioni, nel momento in cui sorge l'esigenza di cancellazione, viene in rilievo la necessità di considerare "l'utilità attuale del ricordo".

Nella valutazione degli interessi assume rilievo centrale la considerazione dell'utilità non già della fuoriuscita della notizia, bensì della sua persistente esposizione al pubblico³⁰.

Chiarissima in tal senso la giurisprudenza che afferma come «l'interesse del singolo all'anonimato assurge a diritto esclusivamente allorché: non vi sia più un'apprezzabile utilità sociale ad informare il pubblico; ovvero la notizia sia diventata falsa in quanto non aggiornata o, infine, quando l'esposizione dei fatti non sia stata commisurata all'esigenza informativa ed abbia recato un *vulnus* alla dignità dell'interessato»³¹.

A tal proposito in dottrina, è stato osservato come il diritto alla cancellazione prevale nel bilanciamento degli interessi tutte le volte in cui l'informazione

³⁰ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 24 giugno 2016, n. 13161, nella quale si è affermato che «Alla base del riconoscimento del diritto all'oblio, ai fini del risarcimento del danno, l'illecito trattamento di dati personali viene specificamente ravvisato non già nel contenuto e nelle originarie modalità di pubblicazione e diffusione *on line* dell'articolo di cronaca e nemmeno nella conservazione e archiviazione informatica di esso, ma nel mantenimento del diretto ed agevole accesso a quel risalente servizio giornalistico pubblicato diverso tempo addietro e della sua diffusione sul *web* con conseguente pregiudizio per i soggetti coinvolti».

³¹ Cass. civ., ordinanza, sez. III, 5 novembre 2018, n. 28084.



di pubblico interesse abbia come protagonista una vittima e sia lei a chiedere l'oblio della stessa e non l'autore dell'offesa³².

Queste considerazioni permettono una riflessione suppletiva: da un lato, il diritto all'oblio non deve soppesarsi solo con il diritto di cronaca, dall'altro versante, il problema della cancellazione di dati non più attuali è questione che non può essere ricondotta *tout court* nell'alveo del diritto alla riservatezza³³.

Fra la riservatezza e l'oblio sussiste una differenza considerevole: la prima assume consistenza nella fase antecedente alla diffusione delle notizie. La riservatezza, proprio per la sua ontologica essenza, è finalizzata a garantire che certi dati restino relegati nella sfera privata del soggetto a cui si riferiscono e dunque rimangono per l'appunto "riservati".

L'oblio di contro, assume rilevanza nella fase susseguente alla esposizione al pubblico delle notizie ed è finalizzato a garantire non già la segretezza dei dati, bensì l'eliminazione degli stessi.

Il diritto alla riservatezza paralizza la fuoriuscita nonché la diffusione di alcune informazioni, mentre il diritto all'oblio impedisce che la notizia già immessa all'esterno vi permanga producendo una lesione del privato, senza che il pubblico benefici di quella permanenza proprio perché è venuto meno l'interesse verso quel fatto.

L'oblio potrebbe più facilmente ricomprendersi all'interno del diritto all'identità personale. Ma anche in questo caso emerge una forzatura. L'identità personale ricomprende gli elementi in grado di "identificare" il soggetto quali il nome e più il generale l'immagine personale.

Gli strumenti volti ad offrire tutela all'identità personale sono attivati sovente allorché vi sia una illegittima intrusione nella sfera personale, tale da sporcare l'immagine del soggetto, che senza l'intromissione resterebbe candida.

³² G. SPOTO, *Note critiche sul diritto all'oblio e circolazione delle informazioni in rete*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2012, p. 1057. Secondo l'Autore, che ritiene come l'oblio sia da ricomprendersi all'interno del diritto alla riservatezza ovvero in quello all'identità personale, l'interesse della vittima a dimenticare i fatti passati e il dolore connesso legittima il riconoscimento del diritto all'oblio, il quale, in tal caso, può avere rilievo come autonoma situazione giuridica soggettiva.

³³ Si vedano in proposito, T.A. AULETTA, *Il diritto alla riservatezza e «droit à l'oubli»*, in *L'informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Napoli 1983, p. 129 che preferisce parlare del diritto all'oblio come specificazione della riservatezza; M.R. MORELLI, *Fondamento costituzionale e tecniche di tutela dei diritti della personalità di nuova emersione (a proposito del c.d. «diritto all'oblio»)*, in *Giust. civ.*, 1997, pp. 522-523, secondo cui: «l'interesse all'«oblio» [o al «segreto del disonore»] attiene quindi, pur esso, alla sfera della riservatezza, ma dal «diritto alla riservatezza» [nel quale non può risolversi] si distingue nettamente per il fatto che, in questo caso, l'interesse che reclama tutela ha ad oggetto notizie (attinenti al vissuto della persona) già sfuggite alla riservatezza ed alla sfera di appartenenza esclusiva del titolare, delle quali si vuole impedire una nuova circolazione»; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma Tre-Press, Roma 2015, pp. 24 e ss.



Ecco che emerge la differenza rispetto all'oblio, che si esaurisce nella pretesa a cancellare un fatto che in astratto è identificativo dell'immagine del soggetto, in quanto sicuramente veritiero, ma che in concreto diviene pregiudizievole perché ha perso la sua rilevante utilità stante il tempo trascorso rispetto all'accadimento.

Si dovrebbe allora giungere ad attribuire autonomia al diritto all'oblio.

Del resto le molteplici sfaccettature del problema determinano la difficoltà di perimetrare il concetto e quindi *a fortiori* di inquadrare il diritto all'interno di confini già noti.

L'oblio è sicuramente un diritto di nuova generazione e come tale sfugge da qualsiasi tentativo di incasellamento.

L'oblio fuori dai confini virtuali

L'accezione più moderna del diritto all'oblio, come pretesa alla cancellazione di informazioni presenti nella rete, non ha fatto svanire la sua originaria essenza, che si manifesta fuori dal contesto virtuale.

Una recente sentenza interpretativa della Corte di giustizia³⁴ si è occupata del difficile rapporto fra il diritto a "scompare" dagli archivi cartacei, nel caso di specie dai pubblici registri, e l'interesse pubblico alla conservazione degli stessi, finalizzati a garantire l'esigenza della certezza del diritto.

In particolare, la Corte sovranazionale era stata chiamata a pronunciarsi in seguito al rinvio pregiudiziale sollecitato dalla Corte di Cassazione e teso a chiedere se l'art. 3 della direttiva 68/151 – secondo cui i dati di una società devono essere trascritti in ogni Stato in un registro accessibile – e l'art. 6, par. 1, lett. e) della direttiva 95/46 – secondo cui i dati personali sono 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 – devono essere interpretati, alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel senso che gli Stati membri possono, o addirittura devono, consentire alle persone fisiche che sono state membri degli organi societari e ai liquidatori di chiedere all'autorità incaricata della tenuta del registro delle imprese, decorso un certo periodo di tempo dopo lo scioglimento della società interessata e in base ad una valutazione da compiersi caso per caso, la limitazione all'accesso ai dati personali iscritti in tale registro, non necessariamente elettronico, che le riguardano.

Ancora una volta dunque viene in rilievo la difficoltà di effettuare un bilanciamento. In tal caso, l'interesse da soppesare con il diritto alla cancellazione è quello alla certezza del diritto nelle relazioni tra gli enti societari ed i terzi.

La necessità di tutelare i terzi che intrattengono rapporti con le imprese non

³⁴ Corte di giustizia, 9 marzo 2017, causa C398/15.



si esaurisce con l'estinzione di queste ultime, ma vive ad oltranza, in quanto, anche dopo lo scioglimento possono residuare rapporti relativi a queste.

Per tale motivo, la Corte rileva come sia arduo stabilire a priori un termine scaduto il quale si possa consentire la cancellazione dei dati conservati nei pubblici registri.

Tuttavia, la Corte, rimettendo l'individuazione di queste al giudice del rinvio, non esclude che possano sussistere «situazioni particolari» in cui ragioni preminenti e legittime connesse al caso concreto della persona interessata giustificano, in via eccezionale, che l'accesso ai dati personali ad essa relativi iscritti nel registro sia limitato, decorso un periodo di tempo sufficientemente lungo dopo lo scioglimento della società di cui trattasi, ai terzi che dimostrino un interesse specifico alla loro consultazione.

Tale pronuncia evidenzia come non si possa definire aprioristicamente la prevalenza dell'uno o dell'altro diritto, dovendosi sempre valorizzare il contesto, il quale solo è in grado di far emergere l'interesse preponderante.

Tuttavia, la rilevanza della sentenza si coglie altresì valorizzando un altro dato, quello relativo alla circoscrizione soggettiva ed oggettiva dell'obbligo di trasparenza.

Per meglio comprendere, la Corte sottolinea come non tutti i soggetti che prendono parte della vita societaria sono sottoposti ad obblighi pubblicitari e non tutti i dati di loro pertinenza sono soggetti all'obbligo di registrazione³⁵.

Questa limitazione soggettiva ed oggettiva determina il punto di equilibrio fra la necessità di trasparenza della società agli occhi dei terzi e l'esigenza di tutela della riservatezza di chi agisce all'interno della stessa.

Si coglie così fra le righe della sentenza una velata affermazione del principio "cuius commoda eius et incommoda" per cui alla gestione della società ed ai benefici che derivano da questa si accompagna quel "rischio" insito nel governo societario, che non è limitato a quello economico ma si estende anche

³⁵ La sentenza afferma che, da un lato, l'articolo 2, paragrafo 1, lettere d) e j), e l'articolo 3 della direttiva n. 68/151 impongono la pubblicità solamente per un numero limitato di dati personali, ossia quelli relativi all'identità e alle rispettive funzioni delle persone che hanno il potere di obbligare la società interessata di fronte ai terzi e di rappresentarla in giudizio, o che partecipano all'amministrazione, all'ispezione o al controllo della società, o che sono stati nominati liquidatori della stessa. Dall'altro lato, come rilevato al punto 49 della presente sentenza, la direttiva n. 68/151 prevede la pubblicità per i dati di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettere d) e j) della stessa, segnatamente in ragione del fatto che le società per azioni e le società a responsabilità limitata offrono come unica garanzia per i terzi il proprio patrimonio sociale, circostanza che comporta un rischio economico accresciuto per questi ultimi. Tenuto conto di tale elemento, appare giustificato che le persone fisiche che scelgono di prender parte agli scambi economici attraverso una simile società siano obbligate a rendere pubblici i dati relativi alle loro generalità e alle loro funzioni in seno alle stesse, tanto più che tali persone sono consapevoli di detto obbligo nel momento in cui decidono di impegnarsi in un'attività del genere.



verso altri interessi, con il limite dei «casi particolari» e con la difficoltà di comprendere cosa si intenda per questi.

Le nuove frontiere del diritto all'oblio: la de-indicizzazione totale

L'impossibilità di tracciare contorni definiti in tema di oblio deriva anche dalla circostanza che tale diritto risulta in continua espansione.

Una recente questione sorta nel panorama sovranazionale ha ad oggetto la deindicizzazione globale, con essa intendendosi la cancellazione dei *link* su tutti i nomi di dominio del motore di ricerca, indipendentemente dal luogo in cui viene effettuata la ricerca e dunque anche al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale del diritto europeo³⁶.

La soluzione non risulta agevole se solo si considera come vengano in rilievo profili di carattere "territoriale", nonché di "sovranità statale".

Per meglio comprendere, la deindicizzazione globale consentirebbe di applicare in campo extraterritoriale la normativa europea e contestualmente permetterebbe una intrusione della giurisdizione domestica oltre i confini sui quali si estende il suo potere.

Di questi aspetti, tuttavia, sembra non farsi carico il Garante della Protezione dei dati personali, che ha recentemente imposto a Google la deindicizzazio-

³⁶ Tale questione è stata sottoposta all'esame della Corte di giustizia, in particolare si è chiesto «Se il "diritto alla cancellazione", come sancito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 13 maggio 2014 1 sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 12, lettera b), e 14, lettera a), della direttiva del 24 ottobre 1995, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una domanda di cancellazione, è tenuto ad eseguire tale operazione su tutti i nomi di dominio del suo motore, talché i *link* controversi non appaiano più, indipendentemente dal luogo dal quale viene effettuata la ricerca avviata sul nome del richiedente, e anche al di fuori dell'ambito di applicazione territoriale della direttiva del 24 ottobre 1995.

In caso di risposta negativa alla prima questione, se il «diritto alla cancellazione», come sancito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella summenzionata sentenza, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, nel dare seguito a una richiesta di cancellazione, sia tenuto solamente a sopprimere i *link* controversi che appaiono in esito a una ricerca effettuata a partire dal nome del richiedente sul nome di dominio corrispondente allo Stato in cui si ritiene sia stata effettuata la domanda di cancellazione o, più in generale, sui nomi di dominio del motore di ricerca corrispondenti alle estensioni nazionali di tale motore per tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

Inoltre se, a complemento degli obblighi richiamati nel precedente punto, il "diritto alla cancellazione", come sancito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella summenzionata sentenza, debba essere interpretato nel senso che il gestore di un motore di ricerca, quando accoglie una richiesta di cancellazione, è tenuto a sopprimere, con la tecnica del "blocco geografico", da un indirizzo IP che si ritiene localizzato nello Stato di residenza del beneficiario del "diritto alla cancellazione", i risultati controversi delle ricerche effettuate a partire dal nome di quest'ultimo, o persino, più in generale, da un indirizzo IP che si ritiene localizzato in uno degli Stati membri assoggettato alla direttiva del 24 ottobre 1995, e ciò indipendentemente dal nome di dominio utilizzato dall'utente di *Internet* che effettua la ricerca».



ne totale, con ciò estendendo l'ambito applicativo del diritto all'oblio non solo all'interno dell'ambito dell'Unione europea, ma bensì a livello globale, consentendo la deindicizzazione di tutte le versioni di Google disponibili nel mondo³⁷.

Certo è che il caso di specie risulta essere singolare in quanto la richiesta di deindicizzazione globale era stata avanzata a fronte della falsità delle notizie circolanti sulla rete. Non si trattava dunque della pretesa alla deindicizzazione a causa della inattualità dei fatti, bensì della inesattezza degli stessi.

Il provvedimento del Garante ha avuto ripercussioni all'interno delle Corti di merito. Con una recente sentenza, infatti, il Tribunale di Milano ha chiarito come il diritto alla deindicizzazione sussiste anche rispetto a notizie soltanto inesatte, ancorché in assenza del decorso di un tempo sufficiente a integrare i presupposti del diritto all'oblio³⁸.

Di contrario avviso risulta essere l'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia, secondo il quale l'applicazione del diritto all'oblio tramite la deindicizzazione dei risultati dai motori di ricerca non può essere estesa su scala globale³⁹.

La motivazione su cui poggia la sua conclusione si basa sull'esigenza di contemperamento degli interessi in gioco: il diritto all'oblio da un lato e il principio del libero accesso alle informazioni dall'altro.

È davvero possibile l'oblio?

«Sono sicuro che non esista l'oblio totale, le tracce una volta impresse nella memoria, son incancellabili», diceva Thomas De Quincey.

Riportando la massima nel panorama attuale, potrebbe dirsi che i dati immessi nel circuito virtuale sono destinati a rimanere per sempre nei ricordi della rete.

In effetti i diritti dei singoli, in questi casi si scontrano con i colossi tecnologici, in una battaglia di non facile vittoria per l'uomo.

La rete virtuale è un concetto che per definizione sfugge da un preciso perimetro, è impossibile dominare il flusso di informazioni che vi entrano e parallelamente non è agevole garantire la tutela alla rimozione di notizie che vi si annidano.

³⁷ Il riferimento è al provvedimento n. 557 del 21 dicembre del 2017. Il provvedimento prende avvio dalla richiesta di un soggetto che vedeva pubblicati in rete una serie di *post* contenenti informazioni non veritiere, alcune inerenti a reati mai commessi secondo il ricorrente.

Il Garante ha accolto il ricorso relativamente alla richiesta di deindicizzazione globale dei *post*, in considerazione dell'impatto sproporzionatamente negativo, sulla dignità dell'interessato, della perdurante reperibilità degli articoli in questione.

³⁸ Trib. Milano 5 settembre 2018, n. 7846. In particolare, il giudice milanese afferma che il ridimensionamento della propria visibilità telematica è un aspetto "funzionale" del diritto all'identità personale, diverso dal diritto a essere dimenticato. Il diritto alla deindicizzazione sussiste quindi anche rispetto a notizie solo inesatte non solo in casi di oblio *stricto sensu*.

³⁹ Parere del 10 gennaio 2018.



I problemi sono quindi prima ancora che giuridici di ordine tecnico, in quanto all'affermazione del diritto si contrappone la concreta possibilità di darne attuazione.

Non si riduce tutto solo ad una questione di bilanciamento; una volta data prevalenza al diritto d'oblio, sorge il problema di capire se esso davvero possa essere garantito materialmente.

La recente questione sorta in tema di deindicizzazione totale corrobora tali affermazioni. Il problema, infatti, non sorge solo nell'ipotesi in cui si chiede la cancellazione a monte della notizia, ma altresì qualora la richiesta sia indirizzata ai motori di ricerca, stante il continuo proliferare di questi.

Può dirsi allora come la tutela più efficace, in quanto sicuramente possibile sotto il profilo tecnico, per chi invoca l'oblio sia quella delineata dalla corti domestiche, che ancorché non sia finalizzata alla cancellazione della notizia, ne consente l'attualizzazione.

Al contempo, in questo modo, si determina indubbiamente un più equo contemperamento degli interessi in gioco: l'aggiornamento della notizia consente la soddisfazione dell'interesse privato, in quanto determina l'emersione di tutti i fatti intervenuti e permette altresì di appagare la sete di conoscenza del pubblico.

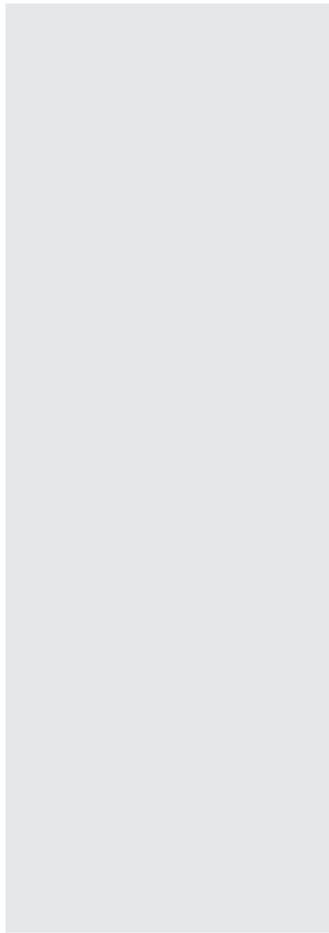
Si pensi ad esempio ad una notizia di cronaca avente ad oggetto un fatto costituente reato per il quale il condannato ha finito di scontare la pena.

L'aggiornamento dei dati in tale ipotesi è di indubbia importanza al fine di rappresentare al pubblico un quadro esaustivo e completo dei fatti, evitando che i terzi possano fare affidamento su notizie passate e non più attuali, e nello stesso tempo consentire al soggetto una sorta di "riabilitazione sociale".

La cancellazione *tout court* del dato non garantisce infatti che, se di vivo interesse, una notizia non possa continuare ad essere ad ogni modo ricordata. L'attualizzazione quindi ristabilisce un certo equilibrio fra l'interesse del singolo e quello collettivo.



FORMAZIONE FORENSE





Il ruolo del giurista oggi e la necessità di ripensare la sua formazione

Luca Loschiavo

1. Non è raro che i giuristi tornino di tanto in tanto a interrogarsi circa il modo in cui debba avvenire la loro formazione. L'epoca che s'è aperta con la fine del secondo millennio – un'epoca, si dirà, dai contorni piuttosto incerti – non fa certo eccezione. La discussione – stimolata anche dal rapido succedersi in questi anni di riforme e controriforme dei corsi di studio universitari – è aperta più che mai. Come al solito, ai *laudatores* dei tempi che furono si contrappongono i sostenitori del cambiamento i quali, compatti quando si tratta di denunciare le storture del “vecchio regime”, si dividono però in mille rivoli non appena si passa a immaginare “il nuovo”. Non m'è riuscito – lo ammetto – di sottrarre me stesso alla tentazione di partecipare al dibattito. L'ho fatto organizzando un convegno che si è celebrato due anni fa e i cui atti sono disponibili in rete in accesso gratuito¹ e torno a farlo ora, con queste poche pagine, occasionate da un inatteso quanto stimolante invito che alcuni docenti di Diritto tributario hanno voluto gentilmente rivolgermi².

A me pare che la discussione sulla migliore formazione dei giuristi del futuro non possa oggi esser disgiunta da una serena considerazione del ‘peso’ che i giuristi stessi rivestono nell'odierno contesto sociale. Un ‘peso’ che certamente non è più il medesimo che si poteva apprezzare una o due generazioni fa. Vorrei allora provare a svolgere alcune riflessioni che toccano in particolare tre punti: la crisi che sta vivendo la figura del giurista genericamente inteso e il ridimensionamento – un vero e proprio svilimento direi – che ha subito il suo ruolo in questi ultimi decenni; le conseguenze che su un piano generale questo produce e rischia di produrre ancor più negli anni a venire; infine, e soprattutto, quali potrebbero essere le strade da percorrere per uscire da tale crisi ed

¹ Alludo al convegno *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, promosso dall'Istituto Emilio Betti e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre e celebrato nei giorni 19 e 20 gennaio 2017. L'omonimo volume di atti, a cura di Beatrice Pasciuta e Luca Loschiavo, uscito per le edizioni RomaTrE-Press (Roma 2018), è disponibile anche come e-book, appunto in *open access*, sul sito romatrepress@uniroma3.it all'interno della collana ‘La cultura giuridica’.

² Mi riferisco al seminario *Tendenze e metodi della ricerca nel diritto tributario* organizzato dall'Associazione italiana dei Professori di Diritto Tributario (AIDPT) tenutosi a Roma il 12 luglio 2018 presso la LUISS.



evitare i rischi connessi. Com'è facile comprendere sin da ora, il discorso finirà inevitabilmente con l'agganciare il tema della formazione dei giovani giuristi.

Si tratta certamente di problemi che coinvolgono ogni giurista, al di là dello specifico settore disciplinare da questo principalmente coltivato. Si tratta però anche di problemi assai ampi e complessi e sono consapevole del fatto che le mie considerazioni potranno a taluno apparire troppo sintetiche e persino semplicistiche. Confido tuttavia che, pur nella sintesi e nella semplificazione, rimanga nondimeno qualcosa di vero e di utile.

2. Si può dunque partire dalla presa d'atto dello stato di crisi che da qualche decennio caratterizza la giurisprudenza, intesa questa non solo come scienza del diritto ma anche, e soprattutto, come componente fondamentale e necessaria di uno stato di diritto, come forza attiva capace di indirizzare la convivenza degli individui e dei gruppi sociali in maniera pacifica e organizzata (i Romani avrebbero detto *ad iure vivendum*, distinguendo così la vita all'interno di una *civitas* da una qualsivoglia società che a loro sarebbe sembrata barbarica). Ce ne fosse bisogno, un chiaro sintomo che le cose vanno male può facilmente riconoscersi nel calo generalizzato che soprattutto nell'ultimo periodo – a parte qualche eccezione – ha caratterizzato l'andamento delle immatricolazioni ai corsi di laurea in giurisprudenza nel nostro Paese³.

Personalmente non è tanto il dato quantitativo a preoccuparmi, quanto invece il profilo qualitativo. Tra quanti escono dalle scuole secondarie con le note migliori, sono sempre in numero minore quelli che intraprendono studi in giurisprudenza. I diplomati più bravi preferiscono evidentemente altri percorsi formativi che ritengono più adatti a soddisfare le loro legittime ambizioni. Ho l'impressione che, nel medio termine, ci si debba perciò rassegnare a un abbassamento medio del livello qualitativo dei futuri giuristi.

Tra i possibili motivi del calo di *appeal* che interessa gli studi di diritto, quello di più immediata comprensione riguarda il convincimento, sempre più diffuso, secondo cui la laurea in giurisprudenza offrirebbe oggi sbocchi occupazionali limitati e poco gratificanti. E, in effetti, tutti sappiamo che le carriere professionali tradizionali (avvocatura e notariato, soprattutto, perché la magistratura meriterebbe un discorso a sé) sono intasate ed è quindi naturale che s'immaginino assai più difficili gli approdi verso posizioni lavorative ritenute appaganti sotto il profilo economico e del prestigio sociale.

Ad allontanare i ragazzi dai corsi di diritto, vi è però, a mio avviso, almeno un altro importante elemento ed è la differente considerazione sociale di cui oggi gode il giurista: una considerazione che è oggi assai più negativa che in passato. Qui il discorso deve farsi un po' più articolato.

³ Si veda, a questo proposito, l'analisi quantitativa contenuta nel contributo di A. BANFI al volume di atti citato a n. 1.



3. È, direi, soprattutto dalla fine degli anni Ottanta del secolo passato che, in Italia, i giuristi in genere hanno cominciato a godere di una stampa tutt'altro che positiva. Nella percezione che a me pare comune a larghe fasce della popolazione attiva (penso soprattutto agli imprenditori medi, piccoli e piccolissimi), il giurista che lavora nel pubblico (il funzionario statale, l'amministratore pubblico, il magistrato) è avvertito da quelle che amano definirsi le "forze trainanti del Paese" come un freno rispetto alle "energie positive" espresse dalla società: chi, per mestiere, usa argomentazioni giuridiche è percepito come uno che, sollevando "inutili questioni di principio", mette i bastoni fra le ruote, crea ostacoli che artatamente bloccano, rallentano o rendono più costose operazioni altrimenti vantaggiose. Spesso, addirittura, si riconosce in chi maneggia gli strumenti giuridici l'origine prima dei processi corruttivi: sarebbe infatti proprio il giurista-burocrate a creare appositamente quegli ostacoli, rendendo con ciò inevitabile il ricorso a strategie "grigie", vale a dire "scorciatoie" o percorsi "aggiranti".

Passando dal pubblico al privato, il giurista che veste i panni dell'avvocato, del consulente giuridico, del tributarista, viene invece visto come il possibile risolutore di questo genere di problemi: colui che può aiutare a superare gli ostacoli sollevati dalla burocrazia. Eppure, in qualche modo, neanche questo professionista si sottrae al giudizio negativo: anch'egli, infatti, trae alimento da questo sistema il quale rende l'operare dell'imprenditore così inutilmente difficile e tremendamente dispendioso.

Nemmeno, però, se si sale a un livello più alto, l'opinione che si ha dei giuristi migliora. Credo si possa essere d'accordo sul fatto che il giurista – che pure ha accompagnato in maniera assai significativa lo svolgimento della vita repubblicana nei suoi primi decenni a partire dalla stesura della Carta fondamentale – è oggi praticamente estromesso dalla "stanza dei bottoni". Se vi entra, lo fa solo in quanto "tecnico", in quanto, cioè, chiamato a escogitare quelle soluzioni legislative che rendano attuabili decisioni prese da altri. In genere – voglio dire – il giurista non partecipa quasi più alla fase progettuale, quella che ispira e orienta il processo decisionale del governo politico. Sempre più quel ruolo di progettazione e orientamento, necessario a riformare il vecchio e creare il nuovo, è invece occupato da personaggi che provengono da iter formativi diversi e sono portatori di altri saperi: economisti, statistici, aziendalisti, ingegneri, sociologi, politologi, esperti della comunicazione.

4. In parte – è vero – questa situazione si deve alla drastica riduzione dei tempi della politica: siamo ormai abituati a una campagna elettorale permanente che lascia ben poco spazio per progetti di riforma a lunga scadenza e contenuti "di grande respiro". Ci si limita per lo più a politiche di puro "galleggiamento" e a risposte di tipo emergenziale. Non è un caso che non si riesca ad affrontare con serenità e serietà problemi di grande rilievo sociale e giuridico che andrebbero invece discussi con urgenza: dal venir meno della centralità dello stato e della



legge statale (minacciate dalla duplice spinta delle autonomie localistiche e della globalizzazione dei processi economici), al necessario ripensamento del concetto giuridico di famiglia (non più rispondente a quello socialmente percepito⁴), alla riconsiderazione di taluni valori costituzionali che vengono oggi avvertiti con molta minore urgenza di altri che nel 1946 (quando l'Assemblea Costituente cominciava le sue riunioni) erano poco o affatto considerati (si pensi, per fare qualche esempio, a come sia mutato l'atteggiamento comune di fronte alla tutela del lavoro⁵, alla libertà di stampa⁶ – che, dopo internet, interessa assai meno della tutela della riservatezza – alla tutela dell'ambiente e dei beni primari come l'acqua e lo stesso territorio, si pensi alla generalizzata convinzione circa l'insostenibilità del welfare...).

Vi è però sicuramente dell'altro. A spingere il giurista ai margini delle sedi decisionali (basta osservare come si sia ridotta rispetto al passato la percentuale dei giuristi presenti in Parlamento), ha probabilmente influito anche il fatto che, in questi ultimi decenni, e per motivi che non è difficile comprendere, le forze politiche abbiano cominciato a "inseguire" e a farsi interpreti di quelle parti sociali di cui si diceva e che, appunto, non nascondono la loro insofferenza per il giurista e ciò che esso rappresenta (le regole e il loro necessario rispetto).

Qualche autorevole personaggio ha anche provato a suggerire che la colpa debba in parte addebitarsi agli stessi giuristi, i quali non avrebbero oggi il medesimo "peso specifico" che avevano quelli delle passate generazioni (in sostanza: i giuristi di oggi "non peserebbero" perché intrinsecamente "leggeri", non sarebbero cioè all'altezza di quelli del passato).

Se così fosse, quella tendenza all'abbassamento del livello qualitativo cui facevo riferimento prima sarebbe già in atto e, a maggior ragione, ci si dovrebbe interrogare con urgenza circa la bontà del sistema con cui i giuristi vengono formati (ci arrivo tra un momento).

5. Per chi come me fa anche lo storico (o meglio: prova a fare lo storico del diritto) e si sforza di leggere i fenomeni sociali nel lungo periodo, si tratta in

⁴ Se l'art. 29 recita «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società fondata sul matrimonio...», pochissimi oggi, in Italia, ritengono che le unioni costituite al di fuori del vincolo matrimoniale (il cui numero è da anni in costante crescita) non siano 'vere' famiglie e non meritino di essere anch'esse tutelate.

⁵ Si consideri il tenore degli artt. 35 («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni...») e 36 («Il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera dignitosa...») e lo si valuti oggi, di fronte all'esplosione del lavoro precario, al lavoro nei 'call center' e a quello dei 'riders' (i servizi di consegne a domicilio).

⁶ Art. 21: «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure...».



fondo di riconoscere semplicemente un mutamento in atto. Nel ruolo di “consiglieri del re”, i giuristi sarebbero ora sostituiti da altre figure con differenti, specifiche competenze. La sostituzione della vecchia classe dirigente con una nuova, caratterizzata da un differente impianto culturale e valoriale, non è un fatto eccezionale: non sarebbe certo il primo avvicendamento di tal genere nella storia e potrebbe anche non essere un male (se non, ovviamente, per chi esce dal gioco e, cioè, gli stessi giuristi...).

È allora il caso di valutare serenamente quali siano gli effetti di tale avvicendamento. Ebbene, se si analizzano le risposte che la nuova classe dirigente, figlia di questo mutamento epocale, è stata capace di approntare negli ultimi decenni relativamente ai gravi problemi con cui è stata chiamata a confrontarsi, sarebbe difficile negare che essa si è rivelata sostanzialmente inadeguata. È un fatto oggettivo – e generalmente percepito, al di là delle conferme che offre l'ISTAT – che nell'Italia degli anni Ottanta del Novecento si vivesse assai meglio che non in quella odierna, mentre in altre nazioni europee – inserite quindi grosso modo nello stesso contesto geo-politico – si vive certo meglio ora che allora. Se ho parlato di classe dirigente e non di classe politica è perché sarebbe ingiusto – lo dico qui tra parentesi ma bisogna pure che lo dica – attribuire ai soli rappresentanti politici (assistiti dai tecnici-giuristi) tutta la responsabilità di questo stato di cose. Mi pare, infatti, che una parte importante di tale responsabilità vada invece attribuita al mondo dell'alta imprenditoria italiana. Quest'ultima, se per un verso non ha certo mancato di condizionare fortemente le politiche dei governi che si sono succeduti, sul piano della competizione internazionale ha collezionato per decenni una serie abbastanza impressionante di sconfitte (sarà sufficiente ricordare le varie Montedison, Parmalat, Buitoni, Ignis, Zanussi, Olivetti, Standa, Monte dei Paschi, Alitalia, Italtreno, Ilva...).

Tornando a ciò che qui interessa, penso si possa dunque dire che il ridimensionamento del ruolo dei giuristi (o la loro sostituzione) non ha affatto avuto esiti positivi per il Paese. Probabilmente – almeno questa è la mia convinzione – ciò si deve in buona misura anche al diverso *background* culturale delle nuove figure cui si chiede ora di progettare le soluzioni di cui si avrebbe bisogno. Quanti provengono da percorsi formativi “non giuridici” (in particolare quello economico-finanziario e quello aziendalistico, appunto) affrontano ottimamente un certo tipo di problemi (latamente economici o anche di programmazione socio-economica), ma – fatte salve naturalmente importanti eccezioni – non sono in genere in grado di dare adeguate risposte quando si tratta di affrontare questioni che affondano più profondamente nella dimensione sociale (per fare qualche esempio: la (de)crescita della popolazione e il suo contemporaneo invecchiamento; la salvaguardia delle minoranze di fronte alle politiche “massificanti” imposte dai poteri economici; una gestione equa e lungimirante delle risorse naturali che consideri il loro progressivo esaurimento; il recupero qualitativo – cioè culturale – dell'assai decaduta istruzione pubblica; la resistenza



alle pulsioni irrazionali, soprattutto quando incentivate e cavalcate dai movimenti politici, per non parlare del fenomeno epocale dell'immigrazione...).

6. In linea di principio, verrebbe da dire, sarebbe dunque auspicabile che i giuristi riacquistassero il ruolo che avevano in passato o comunque che andassero a colmare i vuoti dell'attuale classe dirigente che pure sono evidenti. Un semplice ritorno al passato non sarebbe però una soluzione sufficiente (e probabilmente nemmeno praticabile). Occorre invece che si faccia avanti una nuova figura di giurista. Senza per questo perdere la sua specificità, il giurista deve quindi a sua volta rinnovarsi, arricchire le proprie competenze, allargare la propria visuale e abituarsi al confronto dialettico con altri saperi e altre culture. Il percorso formativo – in altre parole, i nostri corsi in giurisprudenza – va in questo senso ripensato.

Prima ancora, però, di dedicarsi a questo compito, per evitare di ripetere errori già fatti in passato, è necessario aver ben chiaro in mente chi sia il giurista, cosa da lui si voglia e a quale fine debba egli rivolgere i suoi sforzi. Ecco un punto importante che non bisognerebbe perdere di vista: qual è, in sostanza, il fine che deve perseguire il giurista?

A proposito di errori da non ripetere, val qui la pena di ricordare come, a partire dagli anni Sessanta del Novecento – prima nel mondo anglo-americano poi anche nell'Europa continentale – si sia affermata l'idea che il giurista è soprattutto un tecnico. Insomma, come ebbe a scrivere efficacemente Alf Ross, forse il principale esponente del razionalismo scandinavo, chiudendo nel 1958 il suo *On Law and Justice*, il giurista deve «operare quanto possibile come un tecnico razionale. In questo compito egli non è né conservatore né progressista. Come gli altri tecnici, egli si limita a mettere il suo sapere e la sua arte a disposizione di altri, in questo caso di chi tiene le redini del potere politico»⁷. Questa visione, secondo cui il giurista non deve farsi portatore di contenuti e di istanze, ma essere invece strumento dell'azione politica, astenendosi da qualunque tentativo di influenzarla, si è imposta da tempo in maniera generalizzata. In precedenza ho già accennato al fatto che è solo in questa veste che il giurista viene ancora invitato a sedere nelle stanze del potere.

Come già da qualche anno gli epigoni americani di Ross hanno cominciato ad ammettere, questa impostazione non è stata foriera di grandi risultati ed è anzi all'origine di gravi incomprensioni. Su un piano logico anzitutto. Il tecnico è abile a risolvere i problemi per i quali è stato preparato. Quale sarà però la sua risposta quando venga posto di fronte a problemi che non conosce perché insorti quando questi aveva ormai ultimato il suo iter formativo? Non sarebbe allora meglio abituare il giurista in formazione al ragionamento giuridico più

⁷ Cito dall'edizione italiana curata da G. GAVAZZI per Einaudi: A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino 1965, p. 358.



che alla meccanica soluzione di casi già dati? Se poi, dal piano logico si passa a quello della realtà storica, non è difficile riconoscere come nelle società occidentali il diritto si sia fatto strumento non del potere politico democratico (Ross, naturalmente, aveva in testa i governi delle democrazie occidentali), bensì di quello economico-finanziario. E in ciò il diritto ha finito col negare sé stesso: non un sistema di pesi e contrappesi, di tutele e garanzie, ma uno strumento atto a legittimare e consolidare posizioni di forza. L'ideale della *civitas* – che è civile appunto perché la convivenza al suo interno è garantita dal diritto contro abusi e prevaricazioni – è stato sacrificato a quello dal progresso del mercato, all'idea, cioè, che il più debole non possa che soccombere darwinianamente di fronte al più forte.

Voglio resistere alla tentazione di evocare a questo punto quale possibile soluzione il ritorno a quell'immagine che da Ulpiano è passata nelle prime righe del Digesto di Giustiniano e che ci presenta il giurista come quel sacerdote che, con devozione, si dedica ad amministrare l'arte di ciò che veramente è buono e giusto (e resisto pure alla tentazione di ricordare che Ulpiano, anticipando Ross di qualche millennio, si era effettivamente messo a disposizione del potere rimanendo a lungo "primo ministro" dell'imperatore Severo Alessandro, salvo poi essere ucciso dai sicari di questo per aver resistito a qualche pretesa imperiale).

Mi pare però difficile che i giuristi di oggi e di domani possano risalire la china e, soprattutto, riprendere a svolgere quel ruolo positivo di cui tanto si sente il bisogno, se essi per primi non riscoprono la loro primaria funzione di costruttori e manutentori della *civitas*.

7. È il momento di concludere e vorrei farlo accennando ad alcuni punti che – a mio giudizio – dovrebbero tenersi presenti al momento di ripensare gli studi giuridici proprio nell'ottica di cui ho parlato sino ad ora: costruire non dei semplici tecnici ma degli intellettuali capaci di "leggere" prima e meglio degli altri i mutamenti che le società in rapida evoluzione sempre propongono e capaci anche di elaborare soluzioni adatte ai nuovi problemi che di quei mutamenti sono figli. Non voglio certo evocare qui l'ennesima riforma dell'offerta formativa. Vorrei piuttosto proporre alcuni piccoli accorgimenti che non necessitano di appositi interventi legislativi ma che invece i docenti universitari potrebbero cominciare a sperimentare da subito.

Anzitutto, io credo, bisognerebbe fare in modo che i cinque anni dello studio universitario lasciassero nello studente la percezione dell'unità del sapere giuridico pur nella varietà dei suoi aspetti. La giurisprudenza è per prima cosa un sapere pratico che serve a trovare soluzioni che siano comprese e accettate da tutti i soggetti, deboli e forti che siano, perché ne riconoscono la loro intrinseca ed effettiva validità. A questo scopo occorrerebbe abbattere la tendenza all'eccessiva specializzazione che caratterizza i nostri insegnamenti (e che è invece richiesta a gran voce da certa parte dell'attuale classe dirigente e imprendito-



riale). Non si tratta di eliminare le singole discipline. Si tratta invece di renderle fra loro comunicanti e anzi capaci di rafforzarsi reciprocamente in un gioco dialettico che le leghi l'una all'altra. Un gioco di cui i registi non possono che essere i docenti stessi, i quali, però, da troppo tempo hanno smesso di leggere quello che viene scrivendo chi lavora nella stanza a fianco. Occorre recuperare la consapevolezza che, prima di essere degli specialisti del nostro piccolo settore, siamo dei giuristi in senso pieno: conosciamo il singolo appezzamento che abbiamo scelto di coltivare, ma siamo anche in grado di comprendere nella sua intera ampiezza la tenuta che lo contiene. Si dovrebbe allora lavorare tutti assieme perché le facoltà (o, per chi preferisce, i dipartimenti) tornino a essere luoghi d'incontro scientifico e di formazione qualitativamente intelligente.

In questa direzione, si dovrebbe anzitutto curare maggiormente la didattica. Dovremmo, per esempio, abituare noi stessi a organizzare moduli, seminari o lezioni cui partecipino congiuntamente docenti di due o più discipline, in modo che lo studente sia indotto a valutare contemporaneamente il medesimo oggetto da più punti di vista. Quanto poi allo svolgimento della lezione orale, sarebbe bene che il docente prestasse più attenzione allo studente che ha di fronte. Tutti sappiamo che è nostro compito interessarlo e continuamente pungerlo con esempi che gli consentano di scoprire la ricaduta pratica dei contenuti teorici che andiamo esponendogli. È bene però tener presente ciò che gli studenti hanno già studiato nei precedenti insegnamenti, in modo che le nozioni già digerite riemergano in maniera naturale e non appaiano in conflitto o in contraddizione con le nuove. Occorrerebbe anche ricordare che i ragazzi sono ora abituati a studiare interrogando internet. Non ha senso cercare di disincentivarli (non saremmo ascoltati). Semmai è più proficuo accompagnarli in questo uso dei dati disponibili sulla rete. A volte può essere persino utile partire da una definizione che "si trova su Google" per mostrare agli studenti se e dove è manchevole e quali sarebbero le possibili miglione, integrazioni etc.

Altro aspetto cui sarebbe bene prestare la massima cura è il modo in cui scriviamo. È fondamentale che si privilegi la chiarezza – un tempo tratto distintivo del giurista – sull'inutile ostentazione di tecnicismi. Non si allontani il lettore "non iniziato" e ci si sforzi invece di scrivere pensando a un pubblico il più ampio possibile. Se, per esempio, si utilizzassero frasi brevi, anziché periodi interminabili, si otterrebbe probabilmente anche un ulteriore risultato: riusciremmo meno ostici anche ai colleghi stranieri i quali, spesso, pur essendo in grado di leggere testi semplici in italiano, sono invece costretti a sorbirsi abborraciate quanto improbabili traduzioni in "italglish" (l'espressione non è mia ma l'ho appresa da un collega inglese).

Particolare rilievo ha a questo proposito la riscrittura dei manuali. Chi si cinge a questo compito, non può non tenere presenti le difficoltà degli attuali studenti che sempre più evidenziano carenze culturali notevoli. Ovviamente, sforzarsi di essere chiari e comprensibili non vuol dire rinunciare alla profondità e alla precisione dei contenuti.



Per quanto poi riguarda il post laurea, mi pare molto importante che si restituisca al dottorato di ricerca la sua funzione primaria. Essa era e deve tornare ad essere il momento in cui chi, compilando la tesi di laurea ha dato prova di attitudini alla ricerca, viene ora chiamato a dare conferma di quelle attitudini. Anzitutto esso va messo in condizione di studiare senza troppe distrazioni accademiche (quanto spesso i dottorandi vengono messi a far da pubblico in incontri che di scientifico hanno ben poco!) e di confrontarsi con i diversi orientamenti che caratterizzano il settore da lui prescelto in Italia e all'estero. I colleghi dei docenti dovrebbero essere costituiti in prevalenza da docenti di più settori, i quali, però, siano affini tra loro per interessi scientifici e siano abituati a collaborare anche sui contenuti oltre che sugli aspetti organizzativi. La scrittura della tesi di dottorato – il primo serio impegno scientifico – deve essere attentamente seguita nelle sue fasi dal tutor scientifico (un tempo si sarebbe detto “il maestro”) e deve inoltre essere seriamente letta dagli altri componenti del settore, i quali non mancheranno di far osservare il proprio, differente, punto di vista, abituando così sin dal principio il dottorando a un approccio serenamente e proficuamente dialettico.

Le cose da dire sarebbero molte altre ancora. E però ho già abusato troppo della pazienza del lettore e a lui chiedo perdono.



Il ruolo dell'avvocato: il quadro di riferimento costituzionale italiano ed europeo*

Claudio Cocuzza

La necessarietà della figura dell'avvocato

Il 17 maggio 1976 prendeva avvio davanti alla Corte di Assise di Torino il processo nei confronti dei capi delle Brigate Rosse. Il primo atto processuale fu un vero e proprio *coup de théâtre* che ribaltò i ruoli del processo. Gli accusati si autoproclamano accusatori dello “Stato imperialista delle multinazionali”, revocarono il mandato ai propri difensori, minacciando chiunque avesse assunto quell'incarico e determinando così la paralisi della macchina processuale¹. In loro sostituzione, il Presidente della Corte di Assise nominò un gruppo di avvocati d'ufficio.

I brigatisti manifestarono chiaramente la loro contrarietà ad essere difesi da alcun avvocato, e invitarono i difensori d'ufficio a rifiutare l'incarico; di fatto i brigatisti non accettarono né riconobbero mai il ruolo di questi ultimi². La dichiarazione e soprattutto la ricsuzione dei difensori di fiducia aveva lasciato spiazzata la Corte d'Assise, e soprattutto il giudice istruttore Giancarlo Caselli, il quale era giunto a processo dopo aver accorpato, suscitando polemiche e

* Tratto da una relazione presentata durante un incontro bilaterale tenutosi a Milano il 12 aprile 2018 tra l'ordine degli avvocati Ukraini e del foro di Milano nell'ambito delle attività della Commissione Relazioni Internazionali dell'Ordine Avvocati di Milano.

¹ Queste le parole del brigatista Maurizio Ferrari: «Ci proclamiamo pubblicamente militanti dell'organizzazione comunista Brigate Rosse, e come combattenti comunisti ci assumiamo collettivamente e per intero la responsabilità politica di ogni sua iniziativa passata, presente e futura. Affermando questo viene meno qualunque presupposto legale per questo processo, gli imputati non hanno niente da cui difendersi. Mentre al contrario gli accusatori, hanno da difendere la pratica criminale, antiproletaria dell'infame regime che essi rappresentano. Se difensori dunque devono esservi, questi servono a voi egregie eccellenze. Per togliere ogni equivoco revochiamo perciò ai nostri avvocati il mandato per la difesa, e li invitiamo nel caso fossero nominati di ufficio, a rifiutare ogni collaborazione con il potere. Con questo atto intendiamo riportare lo scontro sul terreno reale, e per questo lanciamo alle avanguardie rivoluzionarie la parola d'ordine: portare l'attacco al cuore dello Stato».

² E. PAPA, *Il processo delle brigate rosse*, G. Giappichelli, Torino 1979, pp. 136 e ss., nel comunicato n. 4 del maggio 1976: «In qualunque processo ha la funzione di mediatore tra l'imputato e il giudice, è l'altra faccia del giudice. In un processo politico questa funzione diviene ancora più palese: tentare di stabilire un terreno di mediazione tra rivoluzione e controrivoluzione...questo è il difensore del regime...e il difensore del regime è un nemico dichiarato delle forze rivoluzionarie».

accuse di forzature, tre differenti filoni d'indagine svolti in città diverse, e che sperava in una rapida condanna. A sorpresa invece quei 44 imputati, tra i quali i fondatori dell'organizzazione terroristica Renato Curcio, Alberto Franceschini e Prospero Gallinari, avevano disconosciuto l'autorità della giustizia di Stato, sfidandola a procedere senza difesa e mettendo in crisi il meccanismo del processo. Il risultato fu quello voluto: il processo si fermò per impossibilità di garantire la difesa ai brigatisti, perché nessun difensore d'ufficio accettò l'incarico. Fino a quando il presidente della Corte Guido Barbaro incaricò della difesa d'ufficio il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, nella persona di Fulvio Croce, come prevedeva l'articolo 130 comma 2° dell'allora codice di procedura penale nel caso di impossibilità di reperire altro difensore.

La Corte di Assise dichiarò infondata l'eccezione di costituzionalità, sollevata dai difensori d'ufficio, nei confronti di quelle norme del codice di procedura che non permettevano all'imputato di rinunciare all'operato dell'avvocato, nemmeno nei casi in cui l'imputato ritenesse di autodifendersi.

I difensori d'ufficio proseguirono nel loro operato ed il 28 aprile 1977 uno di essi, l'avvocato Fulvio Croce, venne assassinato dalle Brigate Rosse nell'androne del proprio studio legale.

Per i criminali brigatisti, che volevano trasformare il processo in un'occasione di guerriglia, Croce era "colpevole" di essere stato coraggiosamente fedele ai suoi doveri: assicurare la tutela dei propri diritti, con la difesa tecnica, ad ogni imputato.

Gli altri avvocati difensori abbandonarono l'incarico.

Con l'omicidio Croce le Brigate Rosse riuscirono a precipitare nella paura e nella confusione più cupe l'intera città di Torino. E non si trovarono 6 cittadini disposti ad indossare la fascia tricolore dei giudici popolari. Sulla scrivania di Guido Barbaro, Presidente della Corte d'Assise, si accumularono, ad ogni estrazione a sorte di candidati alla giuria, pile di certificati medici. Su ognuno veniva riportato "sindrome depressiva".

I nuovi difensori d'ufficio si trovarono afflitti dal dilemma di cedere alla paura e rinunciare all'incarico, come avrebbero voluto le Brigate Rosse, o ignorare la richiesta del cliente e accettare la necessità del ruolo dell'avvocato nel processo.

Decisero di «restare al posto loro demandato dalla legge, con l'esclusivo proposito di controllare il rispetto delle fondamentali norme di rito»; non si posero mai sul piano della difesa tradizionale, ma accettarono unicamente di controllare il rispetto delle regole processuali, al fine di evitare che fosse sottratto agli imputati qualsiasi spazio percorribile di autodifesa³.

Questa drammatica vicenda è importante per capire che il ruolo dell'avvocato non si limita alla difesa dell'assistito in funzione esclusivamente privatistica, indifferente alle richieste dell'ordinamento. All'avvocato si richiede principal-

³ F. GIANARIA - A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Einaudi, Torino 2007, p. 31.



mente di adempiere ad una funzione sociale di mediazione tra il cittadino e lo Stato, in un'attività di filtro nei confronti delle pretese, delle istanze e dei tentativi del singolo di utilizzare in modo improprio lo strumento giurisdizionale⁴.

Il diritto di difesa è esigenza fondamentale per ogni individuo che in un ordinamento democratico fondato sulla Costituzione si eleva a valore preminente. L'uomo, se visto attraverso il pensiero kantiano, è il fine al quale tende tutto il sistema di valori e principi costituzionali, che prevedono gli strumenti ed i mezzi per garantire l'uguaglianza, la libertà e la presunzione di innocenza, la sicurezza. Ciò vale per ogni individuo, al quale, secondo l'art. 2 della Costituzione, «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili [...], sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità». Così come è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che, «limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3 comma 2° Cost.)⁵.

Oltre a integrare un diritto della parte privata dunque, il diritto di difesa integra altresì una condizione di regolarità del processo. Da qui la suggestione che evoca una doppia anima della difesa tecnica quale elemento irrinunciabile del rapporto processuale: da un lato, il suo essere diritto primario di rango costituzionale, proclamato inviolabile in ogni stato e grado del processo dall'art. 24 Cost., e dall'altro, il suo essere funzione di garanzia della correttezza dell'accertamento.

Per tali ragioni il diritto di difesa, oltre ad essere uno fra i diritti inviolabili⁶ per il cittadino, rappresenta anche un diritto irrinunciabile. Questo principio è stato ribadito dalla Corte costituzionale in numerose sentenze fra cui, come si vedrà, la pronuncia n. 125/1979⁷.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I/1979, pp. 858 e ss. L'Autore evidenzia come già in assemblea costituente si era consapevoli dell'essenzialità dell'opera dell'avvocato per il funzionamento del sistema giustizia, nonché del suo valore pubblicistico, che è sempre presente nonostante la natura privata e pienamente libera della professione forense.

⁵ G. LAURICELLA, *Il diritto costituzionale alla difesa tra funzione di governo ed esercizio dell'azione penale*, in www.forumcostituzionale.it, 2011, p. 1.

⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 18 del 1992 in www.giurcost.org, sottolinea come «il diritto alla tutela giurisdizionale vada considerato tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intrinsecamente connesso, con lo stesso principio democratico, l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»; Corte costituzionale, sentenza n. 98/1984, *ibidem*, attribuisce all'art. 24 Cost. «valore preminente, essendo il diritto di difesa inserito nel quadro dei diritti inviolabili della persona» e, di conseguenza, «esso non potrebbe essere sacrificato in vista di altre esigenze, come quella della speditezza del processo».

⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 125 del 1979, in www.giurcost.org: «Si deve, allora, affermare che speculare alla inviolabilità del diritto di difesa, è la irrinunciabilità di esso, quali che ne siano le concrete modalità di esercizio. Il diritto di difesa, infatti, nel processo penale, è preordinato a tutelare beni e valori fondamentali dell'uomo, dei quali in quel procedimen-

I riferimenti costituzionali alla figura dell'avvocato

Quella dell'avvocato è l'unica professione espressamente menzionata nel testo della Costituzione italiana⁸.

Questo dato costituisce un indice significativo della specialità e della necessità della professione forense, come conseguenza dell'elevata considerazione che i Padri Costituenti ebbero per l'avvocatura⁹.

Numerose norme costituzionali contemplano la qualità di avvocato, e si possono riassumere in due tipologie: alcuni articoli della Costituzione prevedono la qualità di avvocato come requisito necessario per essere eletto tra gli esponenti delle più alte cariche della magistratura. L'articolo 104 Cost. al proposito prevede che un terzo dei membri del CSM possono essere eletti tra professori ordinari universitari in materie giuridiche e avvocati con oltre 15 anni di esperienza. L'articolo 106 Cost. stabilisce invece che su designazione del CSM possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di Cassazione per meriti insigni professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con oltre 15 anni di esperienza¹⁰; e ancora l'articolo 135 Cost. ai sensi del quale i giudici della Corte costituzionale possono essere scelti tra avvocati che abbiano esercitato la professione per almeno 20 anni.

Tuttavia il riferimento costituzionale alla figura dell'avvocato che emerge – pur indirettamente – con maggiore forza evocativa, seppur in maniera implicita, è l'articolo 24 Cost., in tema di diritto di difesa.

to si discute e decide, nonché a maggiormente garantire, anche nell'interesse dell'imputato, l'osservanza di principi dell'ordinamento costituzionale, che attengono specificamente alla disciplina del processo penale medesimo. L'imputato non può rinunciare ai diritti inviolabili dei quali è titolare, né può disporre delle garanzie che gli derivano dalle norme costituzionali suaccennate (artt. 25, 26, 27, 101, 102, 103 ultimo comma, 109, 111, 112)».

⁸ G. COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *La nuova legge sulla professione forense*, Riv. Dir. Civ., 2013, p. 398: «la specialità della professione forense è anzitutto un dato di diritto positivo, essendo l'unica professione espressamente menzionata nel testo costituzionale, e, dunque, sotto questo profilo, sicuramente costituzionalmente necessaria».

⁹ A proposito del rilievo costituzionale della figura dell'avvocato C. RODOTÀ, *Storia della Corte costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 6, evidenzia come nella stagione costituyente non mancarono progetti di proposte, (da parte ad esempio di Calamandrei) di inserimento della partecipazione dell'ordine forense addirittura alle procedure di investitura dei giudici costituzionali.

¹⁰ G. COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *La nuova legge sulla professione forense*, cit., p. 398, evidenzia come la coesenzialità della professione forense all'esercizio della giurisdizione è stata di recente anche simbolicamente riconosciuta dal legislatore ordinario all'atto di disciplinare la cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario: la legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario (la l. 25 luglio 2005 n. 150) prevede all'art. 2 comma 29 che in quella solenne assise, dopo la relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione, prenda parola, oltre al Procuratore Generale, al Vicepresidente del CSM e al Ministro di Giustizia, anche il Presidente del Consiglio Nazionale Forense.



Tale articolo, ai primi tre commi recita:

«Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione».

Il diritto alla tutela giurisdizionale costituisce dunque un diritto inviolabile dell'uomo che la Costituzione garantisce ai sensi del comma 2°. Tuttavia la sua portata non si esaurisce nella sola garanzia dell'autodifesa, bensì si estende anche alla difesa tecnica, la quale implica la presenza necessaria di un avvocato¹¹.

La Corte costituzionale si è espressa in tal senso sin dalle sue prime pronunce su questo tema: «Per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è necessario porre in relazione il diritto stesso con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. In questo modo si rende concreto e non soltanto apparente il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto. Il diritto della difesa, pertanto, intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi (come si è detto nel comma 3o dello stesso art. 24) al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»¹².

Con un'altra importante pronuncia, dovuta alla penna di Alberto Malagugini e relativa soprattutto alla difesa penale, ma di portata senz'altro più ampia, la Corte costituzionale ha stabilito che «per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controversie ritenute di minore importanza

¹¹ F. GIANARIA - A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, cit., p. 1: «I conflitti terreni di ogni giorno agitano la comunità, all'interno e nei suoi rapporti con l'esterno, e la loro soluzione non può essere affidata alla sola forza. Rivalità aggressioni e commerci richiedono soluzioni rituali e dunque giudizi: per ogni ingiuria è prevista una vendetta risarcitoria. Proprio per questa tuttavia, deve essere concesso all'aggressore di difendersi e di attenuare la reazione della collettività e degli offesi. In questa ricerca di salvezza si radica il fondamento naturale del diritto di difesa».

¹² Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 18/3/1957, in www.cortecostituzionale.it.

ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte»¹³.

La tendenza pertanto è stata quella di assicurare all'imputato "il massimo di assistenza tecnica" e, poiché corollario dell'inviolabilità del diritto di difesa è la sua irrinunciabilità, le norme che impongono all'imputato di munirsi dell'assistenza di un difensore tecnico non contrastano con l'art. 24 Cost., ancorché non costituiscono «una scelta legislativa costituzionalmente obbligatoria».

Da questa pronuncia, particolarmente delicata peraltro perché resa in una fattispecie in cui un imputato aveva rifiutato non solo la difesa ma l'intero processo, contestando la "giustizia di regime", si desume che la Costituzione, per il solo fatto di aver riconosciuto il diritto di difesa, ha riconosciuto anche l'essenzialità del ruolo della difesa tecnica, sebbene (ovviamente nei limiti della ragionevolezza) al legislatore sia consentito prescindere in determinate fattispecie.

La sentenza suindicata si inserisce pertanto in un più ampio filone nel quale si incontrano numerose altre pronunce della Suprema Corte.

Limitandosi alle più significative, si possono ricordare:

- a) Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 1957¹⁴, nella quale si è affermato che «il diritto della difesa [...], intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi [...] al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica [...]»;
- b) Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 1972¹⁵, nella quale si è detto, addirittura, che «le prestazioni del procuratore legale sono dall'ordinamento considerate servizio di pubblica necessità e costituiscono, normalmente, strumento necessario per l'esercizio del diritto di difesa garantito dalla Costituzione (art. 24)»;
- c) Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 1974¹⁶, in cui viene sottolineato che l'art. 24 Cost. «enuncia, in termini generali, un fondamentale principio di amplissima portata, senza peraltro distinguere tra i diversi tipi di giudizi e tra le varie fasi rispettive, né comunque accennare al rapporto tra difesa personale e difesa tecnica, e senza che sia dato desumerne, con riferimento a tutti i giudizi ovvero ad alcune categorie di essi, l'inderogabile necessità della presenza attiva del difensore (che - come questa Corte ha già avuto

¹³ Corte costituzionale, sentenza n. 125 del 10/10/1979 in www.cortecostituzionale.it

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 18/3/1957, cit.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 120 del 6/7/1972, *ibidem*.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 184 del 19/6/1974, in www.cortecostituzionale.it

- occasione di affermare con la sentenza n. 62 del 1971 - rappresenta, evidentemente, rispetto al diritto alla difesa, in genere, ed allo stesso diritto alla difesa tecnico-professionale, in particolare, qualcosa di più, che pertanto la legge può, ma non deve, prescrivere con riguardo a determinate ipotesi);
- d) Corte costituzionale, sentenza n. 99 del 1975¹⁷, la quale ha espressamente riconosciuto il rilievo, accanto alla difesa tecnica, cui attende il difensore, dell'autodifesa, «che ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo», tanto che, per la Corte, «l'uno e l'altro aspetto del diritto di difesa trovano puntuale riscontro nell'art. 24, comma secondo, della Costituzione che [...] tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica, quale diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio, sino al momento di chiusura del dibattimento, in cui l'imputato deve avere per ultimo la parola»;
- e) Corte costituzionale, sentenza n. 188 del 1980¹⁸, ove si affronta l'ipotesi in cui l'imputato avanzi la richiesta di autodifendersi (ipotesi che è diversa da quella del complessivo rifiuto della difesa in giudizio e del processo che era all'origine invece della sent. n. 125 del 1979), affermando che «Il cosiddetto "rifiuto del processo" e della giustizia del nostro Stato è un atteggiamento tutto politico di alcuni imputati, che di per sé non può assumere alcun rilievo formale rispetto al corso, alle forme, alle garanzie ed all'attuazione anche coercitiva della giustizia penale. Nella logica dell'ordinamento giuridico, rifiuto di difendersi e volontà di autodifendersi sono ugualmente qualificabili come scelte, non importa se attive o negative, concernenti il modo di avvalersi dei diritti inviolabili e irrinunciabili, che l'ordinamento (indipendentemente dagli atteggiamenti verso di esso) ricollega alla formale posizione di imputato. Né l'uno né l'altro tipo di scelta è pregiudicato dalla nomina obbligatoria del difensore d'ufficio, posto che questa non incide in nessun modo sulla partecipazione (o non partecipazione) dell'imputato al processo, non ne impegna la personalità, ed è in ogni caso preordinata alla completezza del contraddittorio processuale, nell'interesse dell'imputato stesso ed in modi che, pur non definiti da norme processuali vincolanti, non possono non tenere conto delle scelte defensionali del vero titolare del diritto di difesa, appunto l'imputato»;
- f) Corte costituzionale, sentenza n. 498 del 1989¹⁹, ove si dice che l'esigenza del difensore nel processo è «assoluta ed inderogabile perché introduce un protagonista senza il quale, specie e tanto più nel nuovo processo, esso non

¹⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 99 del 29/04/75, in www.giurcost.org

¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 188 del 22/12/1980 in www.cortecostituzionale. Anche in Cass. pen. 1981, p. 961; Foro padano 1980, III, p. 62; *Riv. dir. internaz.* 1981, p. 662; *Giur. it.* 1981, I, 1 p. 639; *Foro it.* 1981, I, p. 318; *Giust. pen.* 1981, I p. 97.

¹⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 498, del 10 novembre 1989, in www.giurcost.org.

- può, da un certo momento in poi, nemmeno proseguire. In realtà, l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico-giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali»;
- g) Corte costituzionale, ordinanza n. 421 del 1997²⁰ (poi richiamata dall'ord. n. 182 del 2001), ove si afferma che «su un diverso terreno rispetto alla difesa tecnica si colloca il parallelo diritto all'autodifesa, operante nell'ambito del principio del contraddittorio».

Un cospicuo *corpus* giurisprudenziale dunque, nel quale l'importanza della difesa tecnica risalta con nettezza.

All'orientamento della giurisprudenza costituzionale suindicato si affianca poi quella parte della dottrina che ha evidenziato come «nel sistema di una costituzione dunque, che colloca la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo tra i compiti fondamentali della repubblica e ripetutamente sottolinea la priorità della libertà e della dignità umane, rappresentano obiettivi la cui realizzazione non può essere lasciata nella disponibilità dell'imputato. Dato ciò, e dato altresì che la presenza nel processo di un difensore, ancorché ostacolato nella sua azione dalla non collaborazione o addirittura dall'ostruzionismo dell'assistito, può solo contribuire alla realizzazione di quegli obiettivi, bisogna ritenere che, quando l'imputato omette di designare un difensore di fiducia e respinge la nomina di un difensore d'ufficio perché non vuole difendersi né essere difeso, l'articolo in esame al comma 2° non solo non gli garantisce l'efficacia di tale rifiuto, ma anzi esige che un difensore gli venga comunque assegnato, e che costui possa esplicitare ogni azione che ritiene utile alla sua difesa»²¹.

Ad ulteriore conferma della necessità della difesa tecnica vi è poi il terzo comma dell'articolo 24 Cost., il quale individua nel gratuito patrocinio e nella difesa d'ufficio gli strumenti per garantire la tutela anche ai non abbienti. In tal modo è manifestata l'evidente necessità della difesa tecnica. Si è osservato anche che il gratuito patrocinio ha lo scopo di sollevare il professionista dall'obbligo di prestare assistenza gratuita in quanto l'articolo 24 comma 3° Cost. prevede che alla sua retribuzione vi provveda lo Stato. Emerge quindi dal testo costituzionale che la difesa tecnica e l'operato dell'avvocato oltre ad essere necessari debbano essere anche retribuiti.

Il diritto di difesa sancito dall'articolo 24 Cost. è poi strettamente collegato al diritto al contraddittorio garantito dall'articolo 111 Cost., che rappresenta l'aspetto sostanziale della difesa tecnica, in quanto consente alla parte di far valere le proprie ragioni in giudizio.

²⁰ Corte costituzionale, ordinanza n. 421, del 18 dicembre 1997, in www.cortecostituzionale.it.

²¹ M. SCAPARONE, *Art. 24, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1981, pp. 91 e ss.



Il terzo comma del suddetto articolo stabilisce che l'accusato «disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa». Inoltre, gli ultimi due commi dell'articolo 111 Cost., prevedendo il ricorso in Cassazione contro i provvedimenti in tema di libertà personale e contro le decisioni del Consiglio di Stato, contemplano implicitamente la presenza di un avvocato trattandosi di atti estremamente tecnici che possono essere redatti solo da un professionista qualificato.

Se dunque il contraddittorio si esprime nella partecipazione dialettica delle parti, la relativa effettività passa attraverso il riconoscimento di garanzie difensive strumentali ad assicurare che la partecipazione davanti al giudice avvenga davvero in condizioni paritetiche. Questi due aspetti non possono costituire due entità distinte, poiché il primo è indispensabile ad offrire un effettivo e concreto sostegno al secondo: d'altronde l'assistenza tecnica si ridurrebbe ad una mera formalità se alla parte non fossero attribuiti reali poteri difensivi. È necessario pertanto individuare le condizioni di effettività che consentono alla parte ed al suo procuratore l'esercizio di adeguati poteri difensivi²². Contraddittorio e difesa, è ben noto, sono entità concettualmente autonome ma intimamente legate: ove il diritto di partecipare all'udienza subisca irragionevoli limitazioni, la partecipazione paritaria e l'esercizio del contraddittorio, non possono dirsi assicurati²³.

Certo è, comunque, che un riferimento espresso e diretto alla "funzione" dell'avvocato nella Costituzione italiana non c'è.

I riferimenti alla figura dell'avvocato nel diritto dell'Unione europea

Anche i principi costituzionali dell'Unione europea sanciscono la specialità della professione forense e la sua indispensabile strumentalità rispetto alla difesa in giudizio.

In particolare, sono due le sedi in cui viene sottolineata l'importanza del ruolo dell'avvocato: l'articolo 6 della CEDU e l'articolo 47 della Carta di Nizza.

L'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, rubricato "Diritto a un equo processo", stabilisce: (i) al comma 1° che ogni persona ha il diritto «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge»; (ii) al comma 3° prevede una serie di garanzie da assicurarsi all'accusato, fra cui «(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia».

²² A. POLICE, *Art. 24*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, Milano 2006, pp. 511 e 512.

²³ P. FERRUA, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna 2012, p. 100.

Tale disposizione è importante perché esplicita che la difesa tecnica rappresenta (i) un contenuto imprescindibile del diritto di difesa, (ii) riconosce che la difesa tecnica debba essere affidata ad un avvocato, ovvero ad uno specialista dell'attività forense e (iii) evidenzia che l'attività dell'avvocato non è solamente oggetto di un diritto individuale, ma è espressione di un interesse generale all'amministrazione della giustizia, sicché è la stessa pretesa dello stato alla repressione degli illeciti e alla soluzione delle controversie civili a presupporre il ruolo dell'avvocato.

Anche la giurisprudenza maggioritaria della Corte di Strasburgo offre ulteriori e specifiche indicazioni circa il ruolo e la funzione dell'avvocato²⁴.

In particolare, tale orientamento sembra escludere un'interpretazione del testo della Convenzione che legittimi un'alternatività tra difesa personale e difesa tecnica. I due concetti infatti non sono alternativi, anzi secondo quanto stabilito dalla Corte, la convenzione garantisce «il diritto difendersi personalmente, inter alia, attraverso l'assistenza legale di propria scelta»²⁵.

Anche in ambito comunitario dunque trova conferma la doppia anima del ruolo dell'avvocato, di preparazione del processo, al fine di tutelare l'interesse privato del proprio cliente, ma anche di controllo della legittimità di ogni misura assunta nello svolgimento del procedimento investigativo, anche nelle prime fasi del processo²⁶.

Il diritto di un accusato di essere effettivamente difeso da un avvocato è una delle caratteristiche fondamentali dell'equo processo²⁷.

E ancora, sul diritto di stare in giudizio in proprio, la Corte europea dei diritti dell'uomo, ha specificato che la facoltà di difendersi personalmente non è assoluta, in quanto «gli interessi della giustizia possono imporre l'esercizio della difesa tecnica»²⁸.

In generale dunque, la Corte ha affermato, in linea con la nostra Costituzione, che «l'imposizione di una difesa tecnica non è in contraddizione con la Convenzione, e che è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati verificare se tale imposizione garantisca adeguatamente il diritto di difesa»²⁹.

Nello stesso senso, l'interesse della giustizia può comportare la nomina di un ulteriore difensore da parte del giudice, da aggiungere al singolo professio-

²⁴ Diffusamente sul tema: Consiglio Nazionale Forense, *La convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.consiglionazionaleforense.it, p. 11.

²⁵ Corte. eur. dir. uomo, 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, in www.echr.coe.int.

²⁶ Cfr. anche Corte eur. dir. uomo, sentenza 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, in *Cass. pen.* 2006, 2, p. 723; Corte. eur. dir. uomo, sentenza n. 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*, in *Cass. pen.* 2011, 3, p. 1242.

²⁷ Corte. eur. dir. uomo, novembre 2008, sentenza *Salduz c. Turchia*, in *Cass. pen.* 2010, 2, p. 851.

²⁸ Corte. eur. dir. uomo, 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, in www.echr.coe.int.

²⁹ Corte. eur. dir. uomo, 15 novembre 2011, *Correia de Matos c. Portogallo*, *ibidem*.

nista o al collegio difensivo scelto dalla parte, ad esempio quando nessuno dei difensori scelti abbia il proprio domicilio professionale abituale nel distretto dell'autorità giurisdizionale³⁰; e può anche imporre un'assistenza legale particolarmente qualificata, laddove la natura del procedimento sia talmente particolare da giustificare la riserva di difesa ad avvocati e specialisti³¹.

In altre pronunce la Corte ha poi posto l'accento sulla particolare «indipendenza della professione legale»³², che impedisce allo Stato di interferire nei rapporti tra difensore e assistito, se non nel caso in cui risulti che l'avvocato ometta di adempiere al proprio mandato professionale, nel qual caso lo Stato deve intervenire per assicurare l'effettività dell'assistenza legale³³, essendo tenute le autorità pubbliche, secondo l'art. 6 comma 3° lettera c) della Convenzione, a intervenire se vengono a conoscenza di una negligenza tale da compromettere l'effettività del diritto di difesa.

In conclusione, anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte emerge che il ruolo dell'avvocato risulta essere centrale nell'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto assicura, in posizione di indipendenza dai pubblici poteri, l'effettività del diritto di difesa della persona privata e l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, l'art. 47 della Carta di Nizza, rubricato “Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”, stabilisce che:

«Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

Tale disposizione non menziona espressamente né la figura dell'avvocato, né l'attività di assistenza legale specialistica. Tuttavia, come è indicato dalle

³⁰ Corte. eur. dir. uomo, sentenza 25 settembre 1992, Croissant c. Germania, *ibidem*.

³¹ Corte. eur. dir. uomo, sentenza 26 luglio 2002, Meftah c. Francia, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 353.

³² Corte. eur. dir. uomo, sentenza 24 novembre 1993, Imbrioscia c. Svizzera, in *Guida al diritto*, 24/2006, Suppl. com. 3, p. 86.

³³ Corte. eur. dir. uomo, sentenza 13 maggio 1980, Artico c. Italia, in *Guida al diritto*, 24/2006, Suppl. com. 3, p. 86; Corte. eur. dir. uomo, 1 ottobre 2002, Czekella c. Portogallo, in www.echr.coe.int; Corte. eur. dir. uomo, 21 aprile 1998, Daud c. Portogallo, in *Guida al diritto*, 24/2006, Suppl. com. 3, p. 86.

«spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali»³⁴, il secondo comma dell'articolo 47 corrisponde al primo paragrafo dell'articolo 6 CEDU³⁵; dal momento che il diritto di difesa ivi contemplato comporta anche l'assistenza di un professionista del settore legale, ovvero l'avvocato, si deve ritenere che anche nella Carta di Nizza trovi indiretto riconoscimento il ruolo svolto dall'avvocato.

Tale circostanza è confermata nel 2006 dalla risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale sul funzionamento dei sistemi giuridici³⁶, in cui si ricorda che la giurisprudenza della corte di giustizia UE ha riconosciuto «l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale quali valori fondamentali nella professione legale e che rappresentano considerazioni di pubblico interesse»; si riconosce che le professioni legali assolvono ad una «funzione cruciale in una società democratica al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti»; si sottolinea infine che «qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza, incidendo nel campo della libertà, della sicurezza, della giustizia, e in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto dell'Unione europea».

Come si vede dunque, sebbene nell'ordinamento comunitario il profilo della concorrenza e della salvaguardia degli interessi del consumatore abbia un suo indubbia rilevanza specifica (tanto da aver indotto la Corte di Giustizia a qualificare "imprese" i liberi professionisti nel contesto del diritto *antitrust*³⁷), la funzione esercitata dalle professioni legali per il rispetto dei diritti fondamentali emerge comunque a tutto tondo.

Essa non può essere ricondotta alla semplice "prestazione di servizi nel libero mercato", bensì si pone al centro del sistema di libertà, di sicurezza e giustizia che qualifica l'Unione europea come "comunità di diritto"³⁸.

L'articolo 48 Carta di Nizza sancisce poi al secondo comma che «il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

I riferimenti al diritto convenzionale e comunitario appaiono assai importanti per intendere appieno il sistema di garanzie del diritto di difesa nel quale poi l'avvocatura gioca un ruolo fondamentale.

³⁴ Atto 2007/C 303/02, pubbl. in GUUE, 14 dicembre 2007, C 303/17.

³⁵ Cfr. anche CGUE, 10 agosto 2017, C. 270/17, Tupikas c. Parlamento europeo, www.echr.coe.int.

³⁶ *Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici*, del 23 marzo 2006 disponibile su www.europarl.europa.eu.

³⁷ Sentenze della Corte di Giustizia Kleochnner-Werke AG Hoesch AG del 13 luglio 1962 e Hoefner ed Elser del 23 aprile 1991; sentenza Commissione/Italia del 16 giugno 1987.

³⁸ Così la storica sentenza CGCE 23 aprile 1986, causa 294/83, Les verts c. Parlamento europeo, in www.eurlex.it.

Il “ruolo” dell'avvocato e il suo “ministero”

Riflettere sul quadro di riferimento costituzionale nel quale si iscrive la regolazione giuridica della professione forense è esercizio che offre la possibilità di esplorare i valori più profondi della nostra cultura giuridica, ma anche l'opportunità di ricavare elementi preziosi sull'identità dell'avvocato³⁹.

Il codice di procedura civile dedica il Capo II del Titolo I (dall'articolo 82 all'articolo 87) alla disciplina dei difensori. Il codice qualifica tale funzione come “ministero”, terminologia peraltro già presente nella Relazione al codice di procedura civile nel 1940 in cui si parla di “ministero dell'avvocato”, e si sottolinea l'esigenza che gli avvocati abbiano «piena coscienza dell'altezza morale e dell'importanza pubblica del loro ministero, che li chiama ad essere i più preziosi collaboratori del giudice»⁴⁰. Al proposito un'autorevole dottrina si è spinta a dire che «l'azione per svolgersi in giudizio» deve «filtrare attraverso una serie di esperienze, e quindi delle sostituzioni, ultima delle quali è quella del giudice, ma prima delle quali è proprio quella dell'avvocato»⁴¹.

Tale dottrina fa riferimento alle “sostituzioni” per significare che il difensore viene considerato come “sostituto” della parte in giudizio, alludendo all'intervento di un terzo, autonomo rispetto al sostituito, che agisce in virtù di poteri propri, ma per la determinazione di situazioni giuridiche che vengono imputate al soggetto sostituito⁴².

È comune nella dottrina quindi il rilievo dell'importanza della figura dell'avvocato, in quanto è una componente essenziale per l'esercizio della stessa funzione giurisdizionale. Tuttavia la dottrina non si accontenta di osservare l'essenzialità del ruolo nel processo del difensore, ma richiama all'alto valore morale della sua opera: «la gente non sa che in ogni caso, così i litiganti come i delinquenti, sono dei bisognosi; e il bisogno, prima che di assistenza tecnica, è di assistenza morale [...] il suo [del litigante] bisogno essenziale è bisogno di amicizia. Da qui il singolare nome di avvocato, il quale non allude all'oggetto della prestazione, ma ad una chiamata: *ad vocatus*, chiamato in aiuto. Ed ecco perché l'opera dell'avvocato, prima di essere tecnica si svolge nel campo morale, ed in ciò sta la ragione, per non dire la radice della difficoltà, del pericolo, del disfavore e della nobiltà dell'avvocatura»⁴³.

Ma torniamo al codice di procedura sopracitato. L'articolo 82 c.p.c. prevede che le parti possano stare «in giudizio personalmente nelle cause il cui valore

³⁹ G. COLAVITTI, *Indipendenza dell'avvocato e diritto costituzionale*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica; Scuola superiore dell'avvocatura - Fondazione del consiglio nazionale forense*, 2016, p. 23.

⁴⁰ Cfr. *Relazione al Re*, in F. CIPRIANI - D. D'ELIA - G.P. IMPAGNATELLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, Cacucci, Bari 1997, p. 221.

⁴¹ S. SAITTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Vallardi, Milano 1959, p. 276.

⁴² C. PUNZI, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'Avvocatura in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 813 ss.

⁴³ F. CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore, a) premessa*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 276.



non eccede gli euro 1.100. Negli altri casi le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore».

Questa disposizione sancisce la necessaria intermediazione del difensore nel processo civile, il quale rappresenta una condizione necessaria per l'esercizio dell'azione della parte nel processo, fatte salve le eccezioni circoscritte ai giudizi innanzi al giudice di pace per l'esercizio dell'azione della parte al processo. L'articolo 84 c.p.c., rubricato "poteri del difensore" invece, dispone: «Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere».

Un cenno quindi merita la nozione di "ministero" nel contesto della professione legale.

Sino all'emanazione della l. 27/1997, con la quale è stato soppresso l'albo dei procuratori legali, l'ordinamento italiano riconosceva l'esistenza di due distinte figure: il procuratore e l'avvocato. A queste due figure professionali erano riconducibili due distinte attività: l'attività del procuratore era definita "ministero del procuratore" e quella dell'avvocato "assistenza dell'avvocato". Il ministero consisteva nel potere di compiere e ricevere in nome della parte tutti gli atti del processo ai sensi dell'articolo 84 c.p.c.; l'assistenza dell'avvocato invece consisteva nel mero svolgimento delle difese a favore della parte, nel tentativo di determinare il convincimento del giudice.

La dottrina al proposito era solita dire che mentre l'attività del procuratore aveva ad oggetto la forma degli atti, quella dell'avvocato concerneva il loro contenuto. Si osservava da tempo, tuttavia, che tale distinzione fosse priva di rilevanza pratica e del tutto anacronistica, dal momento che le due figure, del procuratore e del difensore, in genere erano assunte dalla medesima persona, dal momento che la legge consentiva al procuratore di svolgere anche le funzioni dell'avvocato. Con la soppressione dell'albo dei procuratori legali dunque le due figure professionali sono state unificate nella figura unica dell'avvocato⁴⁴.

Analizzando il valore etimologico del termine "ministero", si evince che *minister* deriva dal termine latino *minus* più il suffisso *ter* che significa *il più piccolo*, in evidente contrapposizione con *magister*, che significa il più grande.

Nel linguaggio evangelico appare per la prima volta l'affermazione secondo cui solo chi sa porsi al servizio degli altri sa farsi *minister omnium*, e può essere dotato di autorità e potere.

⁴⁴ Cfr. G. BALENA, *Soppressione dell'albo dei procuratori legali e norme in materia di esercizio della professione forense*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, pp. 1319 e ss.; F. CIPRIANI, *Troppi avvocati*, in *Foro it.*, V/1997, pp. 241 e ss.; A. SALETTI, *La soppressione dell'albo dei procuratori legali*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, pp. 1052 e ss.



In questo modo il termine “ministero” ha iniziato a significare non solo “servizio” ma anche “ufficio” socialmente e moralmente elevato, svolto con spiccato senso del dovere.

I riferimenti alla figura dell'avvocato nelle Costituzioni europee

Risulta poi utile per comprendere il valore che gli ordinamenti giuridici stranieri attribuiscono alla figura dell'avvocato osservare, per brevissimi cenni, sul piano comparatistico come le esperienze costituzionali dei paesi a noi geograficamente vicini affrontano il tema in esame.

Nella Costituzione tedesca, il richiamo alla figura dell'avvocato effettuato dall'articolo 74 della Costituzione tedesca infatti si limita alla sola previsione per cui «l'avvocatura è materia di legislazione concorrente».

Al contrario la Costituzione francese, come del resto quella italiana, e fa un chiaro riferimento all'avvocatura per la composizione di determinati organi collegiali. L'articolo 65 della Costituzione francese prevede infatti che un avvocato faccia parte del *Conseil superieur de la magistrature*. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca la Costituzione spagnola, la quale agli articoli 122 e 159 prevede che i componenti del Consiglio Superiore del potere giudiziario e del Tribunale Costituzionale siano scelti anche fra avvocati. Inoltre l'articolo 17 comma 3° della Carta garantisce al detenuto l'assistenza di un avvocato nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie.

E ancora la Costituzione greca contempla all'articolo 99 la presenza di due avvocati nel Tribunale Speciale, chiamato a giudicare dei reati commessi dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni.

La Costituzione portoghese agli articoli 20 comma 1° e 32 comma 3° prevede rispettivamente che tutti hanno diritto al patrocinio in giudizio e a farsi accompagnare da un avvocato innanzi a qualsivoglia autorità, e che l'imputato ha diritto a scegliersi il difensore e a essere da lui assistito in tutti gli atti processuali, mentre la legge stabilisce in casi in cui l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria.

Ultima, ma non per importanza, la Costituzione tunisina all'articolo 105 stabilisce che «La professione dell'avvocato è libera e indipendente. Essa contribuisce alla realizzazione della giustizia e alla difesa dei diritti e delle libertà. [...] L'avvocato beneficia delle garanzie di legge che ne assicurano la protezione e gli consentono di esercitare le sue funzioni».

La responsabilità “sociale” dell'avvocato

Parlare di responsabilità sociale dell'avvocato significa sottolineare che quella dell'avvocato non è una libera professione in cui il soggetto professionista è solamente al servizio del proprio cliente, bensì significa porre ulteriormente l'accento sulla funzione di rilievo pubblicistico che l'avvocato riveste. Al contempo, significa esaltare la funzione della professione quale attuazione del

diritto costituzionale di difesa⁴⁵, a sua volta funzionale alla salvaguardia ed alla realizzazione dei diritti fondamentali della persona⁴⁶.

Gli avvocati, nell'esercizio della professione, sono tenuti infatti al rispetto di un'etica professionale costituita dai canoni deontologici e dai doveri⁴⁷ e dalle responsabilità verso gli altri per la tutela dei diritti umani e fondamentali.

Non si deve ritenere tuttavia che una siffatta responsabilità sociale faccia parte del corredo dei doveri del solo avvocato. Il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'affermare l'esigenza del rispetto dei diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e da quelli comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché dai diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee e da quella Corte europea dei diritti dell'uomo, avvisa come il godimento di questi diritti faccia sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future. Ciò prospetta dunque una forma di responsabilità che si potrebbe dire "diffusa", ovvero gravante su tutti i cittadini dell'Unione, a prescindere da qualsiasi qualificazione di tipo professionale.

In che cosa si differenzia dunque la responsabilità sociale dell'avvocato da quella degli altri soggetti della comunità?

La responsabilità sociale dell'avvocato è peculiare data la sua ineguagliabile prossimità ai meccanismi garanti della realizzazione dei diritti fondamentali. Il *proprium* della sua funzione è esattamente quello di realizzare il diritto, dal momento che se si esclude il ministero del giudice, solo quello dell'avvocato offre l'occasione più prossima per la tutela del diritto. Ne consegue che la sua responsabilità costituisce la conseguenza di questa idea di prossimità. In quest'ottica poi il contributo professionale dell'avvocato in termini di elaborazione del diritto vivente riveste un ruolo fondamentale laddove si sia in presenza di c.d. "diritti deboli" o di vuoti normativi o disciplinari. Dei diritti deboli si parla in presenza di condizioni di minorità, che non è possibile ascrivere a

⁴⁵ Art. 24 comma 2° Cost.

⁴⁶ U. PERFETTI, in G. ALPA - A. MARIANI MARINI (a cura di), *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Pisa University Press, Pisa 2013, p. 29: «La combinazione dovere di fedeltà/responsabilità sociale è particolarmente felice poiché proietta il dovere professionale in una dimensione diversa e più ampia di quella eminentemente privatistica che, altrimenti, avrebbe contrassegnato il riferimento alla fedeltà se intesa come tributaria dei soli interessi del cliente. Ciò, al contempo, esalta la funzione della professione quale tramite nell'attuazione del diritto costituzionale di difesa, a sua volta funzionale alla salvaguardia ed alla realizzazione dei diritti fondamentali della persona umana».

⁴⁷ Vedi U. PERFETTI, *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, cit., p. 29: «Il codice deontologico degli avvocati europei conia una serie di doveri verso il cliente, i tribunali, la società, quale diretta conseguenza del ruolo essenziale svolto dall'avvocato».

categorie circoscritte e definite, come nel caso del “disagio sociale”. O ancora nei casi in cui non è venuta ancora a completa maturazione una coscienza protettiva, si pensi ad esempio al caso del malato, soprattutto se terminale ed incosciente, o dei conviventi “more uxorio”⁴⁸, o ancora al contraente che trovandosi in condizione di asimmetria di potere contrattuale che non sia riconducibile ai casi in cui l’ordinamento giuridico ritiene meritevole un intervento protettivo nei suoi confronti, finisce per stipulare un contratto iniquo. Si tratta di “vecchie e nuove debolezze” la cui tutela è incerta, rispetto alle quali non si dovrebbe parlare in termini di diritti deboli, dal momento che nella maggior parte dei casi non si è in presenza di un diritto vero e proprio, bensì di una aspettativa, di un interesse di fatto, per i quali si pone il problema del se e come tutelare.

Un riferimento alla responsabilità sociale dell’avvocato si può poi rinvenire all’articolo 1 del codice di deontologia degli avvocati europei; tale articolo afferma che: «L’avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere.

Il rispetto della funzione professionale dell’avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica. La funzione dell’avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso:

- il cliente;
- i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l’avvocato assiste o rappresenta il cliente;
- l’avvocatura in generale e ogni collega in particolare;
- il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società».

Un secondo riferimento alla “responsabilità sociale” si trova poi – e con chiarezza – all’interno del codice deontologico forense all’art. 23, rispettivamente ai commi 4, 5 e 6:

⁴⁸ Anche i conviventi “more uxorio”, risultano a buon titolo nella categoria dei soggetti deboli, laddove soggetti forti sono i coniugi, titolari di diritti che risultano negati ai primi in forza de facto che «la situazione del convivente more uxorio è nettamente diversa da quella del coniuge» (C. Cost., n. 45 del 1980 e n. 404 del 1988). Tra questi si annoverano il diritto, durante la convivenza, al mantenimento e alla fedeltà. Inoltre dal punto di vista successorio, si nega al convivente il diritto di succedere all’altro, come è previsto al contrario per il coniuge, che risulta per legge un legittimario. Tale situazione è stata peraltro ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, la quale con sentenza n. 310/1989 ha dichiarato che la vocazione all’eredità presuppone un rapporto stabile come solo è quello del coniugio. Ulteriore circostanza di diversificazione della disciplina si ravvisa nella non estensione al convivente della non punibilità prevista dall’art. 649 c.p. (C. Cost., sentenza n. 352/2000), e nella non estensione al convivente della scriminante del reato di favoreggiamento nel caso voglia salvare il compagno da un nocumento nella libertà e nell’onore (C. Cost., sentenza n. 212/2004).

- «4. L'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose.
 5. L'avvocato è libero di accettare l'incarico, ma deve rifiutare di prestare la propria attività quando, dagli elementi conosciuti, desuma che essa sia finalizzata alla realizzazione di operazione illecita.
 6. L'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti».

Questa norma sottintende che il comportamento dell'avvocato deve sempre essere corretto e leale e non può consentire che la propria professionalità sia al servizio di attività illecite.

In tema di responsabilità sociale infine non si può non menzionare la normativa europea antiriciclaggio. Il d.lgs. novembre 2007, n. 231, pubblicato in Gazzetta ufficiale il 14 dicembre 2007 e in vigore dal 29 dicembre 2007, è la legge di recepimento interna della Direttiva 2005/60/CEE del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio⁴⁹ dei proventi di attività illecite, la quale ha imposto (e ampliato, con i vari adeguamenti che si sono nel tempo via via susseguiti) obblighi importanti in capo agli avvocati.

Si concretizza in tal modo la filosofia ispiratrice delle disposizioni comunitarie: a tutti i soggetti che a vario titolo intervengono nel movimento del denaro viene chiesto di essere agenti al servizio della legalità, e ad essi è imposta una vera e propria "collaborazione attiva", con il fine di smantellare le organizzazioni criminose. Tra i destinatari della normativa compaiono quindi avvocati e notai, con importanti criticità circa la difficile gestione del segreto professionale per quanto riguarda la professione forense, chiamata in alcune specifiche ipotesi a segnalare all'autorità le operazioni cd. sospette di riciclaggio⁵⁰.

Il segreto, «è un limite ideale non valicabile: è un diritto e una difesa per la parte assistita; è un dovere di prestazione per l'avvocato che fonda su di esso la ragione stessa del proprio ministero. Sinceramente non potrebbe esistere un'attività professionale libera ed indipendente se non vi fosse questo rapporto, tacito ma cosciente, tra avvocato ed assistito, che si realizza nella tutela del segreto»⁵¹.

Qual è il confine della responsabilità sociale dell'avvocato? È consentito prevedere ipotesi che obbligano gli avvocati alla delazione, e a comportamenti chiaramente contrari al rapporto fiduciario che li lega al cliente stesso⁵²?

⁴⁹ A.M. TARANTOLA, in E. CAPPA - D. CERQUA (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme che contrastano*, Giuffrè, Milano 2012, XII.

⁵⁰ C. COCUZZA, *La collaborazione attiva dei professionisti*, in *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, cit., p. 189.

⁵¹ R. DANОВI (a cura di), *Trattato pratico di diritto forense, II. Il codice deontologico forense*, III ed., Milano, 2006, p. 197.

⁵² Sia consentito rimandare a C. COCUZZA, *Riservatezza: saper tenere un segreto*, in A. BARZAGHI - L. CAMPIONE (a cura di), *Professione Avvocato: Le qualità distintive della professione*



Il professionista, a prescindere da formule e giuramenti, è infatti portatore di una responsabilità sociale rivolta non solo al cliente, ma all'armonia tra l'interesse dello stesso e la volontà dell'ordinamento: è anche – in certa misura – responsabile “del” cliente⁵³.

Un bilanciamento difficile, che esprime la complessità del ministero dell'avvocato, stretto nella sua doppia fedeltà: al cliente ed al diritto.

Possibili riforme

Il Consiglio Nazionale Forense si è interrogato sull'opportunità che la Costituzione contenga un riferimento esplicito all'Avvocatura. La proposta di introdurre in Costituzione una norma dedicata all'avvocatura non è nuova.

Giova ricordare in primo luogo la proposta di legge costituzionale dovuta all'iniziativa dell'On. Gaetano Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009 e recante “Introduzione della sezione I *bis* del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura”⁵⁴. Tale proposta aveva il dichiarato fine di «colmare una lacuna della Costituzione, dando all'avvocatura quella dignità di ruolo che le compete»⁵⁵ e mirava per l'appunto a introdurre nel titolo IV (“La Magistratura”) della parte seconda della Costituzione, la Sezione I *bis*, composta da due norme e rubricata “Avvocatura”. La prima così disponeva: «L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente. La difesa è funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario. L'esercizio della professione forense è incompatibile con lo svolgimento delle funzioni di magistrato. La legge assicura alle parti un'adeguata difesa. La difesa dei non

raccontate dagli avvocati, Giuffrè, Milano 2017, p. 57: «Il riserbo su ciò che si apprende dal cliente, è alla base del delicato rapporto con la parte assistita, che all'Avvocato non si rivolgerebbe senza la certezza che le informazioni scambiate restino confinate nello spazio di dialogo che si viene a creare con la parte che chiede lumi, assistenza, e in ultima analisi, aiuto. In assenza di questa certezza, il rapporto non potrebbe funzionare, in quanto l'Avvocato non sarebbe in grado di organizzare una difesa, di inquadrare correttamente i termini giuridici della fattispecie posta davanti a lui. *Da mihi factum, dabo tibi ius* – se l'Avvocato non è messo in grado di capire il fatto, perché il cliente non lo declina compiutamente avendo timore che il segreto non venga mantenuto, non è ipotizzabile alcuna “giustizia” da rendere, da “dare”. Il segreto è quindi la chiave che consente di aprire la porta della verità, a volte scomoda, oltre la quale è possibile per l'avvocato conoscere, esaminare, scrivere e difendere compiutamente; e per il cliente, di avere la rete di protezione che assicuri, difeso dal segreto, la possibilità di un'adeguata tutela».

⁵³ U. AMBROSOLI, *I profili etici e il ruolo dei professionisti: da responsabili verso il cliente a responsabili del cliente*, in *Il riciclaggio del denaro, Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, cit., p. 31.

⁵⁴ Per la proposta di legge costituzionale d'iniziativa del deputato G. PECORELLA, *Introduzione della sezione I bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura, Presentata il 26 giugno 2009*, si veda www.camera.it, *XVI Legislatura, Camera dei deputati n. 2556*.

⁵⁵ Così a p. 2 della Relazione.

abbienti, a carico dello Stato, è garantita dalle istituzioni dell'avvocatura con le modalità previste dalla legge. L'avvocatura concorre, con propri rappresentanti, all'amministrazione della giustizia nelle diverse articolazioni». La seconda così disponeva: «L'esercizio della professione forense è consentito solo agli iscritti agli albi. La legge determina le modalità di accesso e le condizioni di permanenza negli albi. Il Consiglio nazionale forense, composto ed eletto con le forme previste dalla legge, è organo giurisdizionale in materia disciplinare».

Detta proposta, comunque, non ha avuto seguito.

Occorre anche menzionare il disegno di legge costituzionale d'iniziativa del senatore Marcello Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 e recante "Nuove norme costituzionali sulla magistratura"⁵⁶. Benché l'iniziativa riguardasse l'ordinamento della magistratura, nel disegno di legge proposto trovava spazio una norma dedicata all'avvocatura. L'art. 1 del suddetto articolato, rubricato "Avvocatura", disponeva che: «All'articolo 101 della Costituzione è aggiunto in fine il seguente comma: "L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario"». Nella Relazione, questa parte della proposta era motivata evocando la necessità che «all'avvocatura, nel suo complesso, come alla magistratura giudicante e alla magistratura requirente nel loro complesso, sia riconosciuta una funzione essenziale nell'amministrazione della giustizia». Difatti, «come la terzietà del giudice implica la sua autonomia come ordine, così la parità delle parti nel processo richiede un esplicito riconoscimento del ruolo dell'avvocatura»⁵⁷.

Anche questa proposta, come la precedente, non ha avuto seguito.

Il CNF pertanto ha avanzato ancora una proposta di modifica dell'articolo 111 Cost., approvata dal consiglio stesso in data 13 febbraio 2018 e volta a rafforzare il ruolo dell'avvocato e a sottolinearne la libertà e autonomia nell'operato.

Rispetto alle precedenti proposte di modifica dell'articolo 111 Cost., quella di iniziativa del CNF limita la revisione alle sole previsioni concernenti l'avvocatura, tralasciando i profili relativi al funzionamento della giustizia, con l'obiettivo di conferire rilievo ed importanza al ruolo pubblicisticamente rilevante dall'avvocatura, sempre nel rispetto della sua natura di professione libera.

Si propone di inserire dopo i primi due commi dell'art. 111 Cost. i seguenti:

«Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio

⁵⁶ Per il Disegno di legge costituzionale d'iniziativa del senatore M. PERA, comunicato alla presidenza il 15 dicembre 2009, rubricato "Nuove norme costituzionali sulla magistratura", si veda www.senato.it, *XVI Legislatura*, n. 1935.

⁵⁷ Così a p. 4 della Relazione.



dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale.

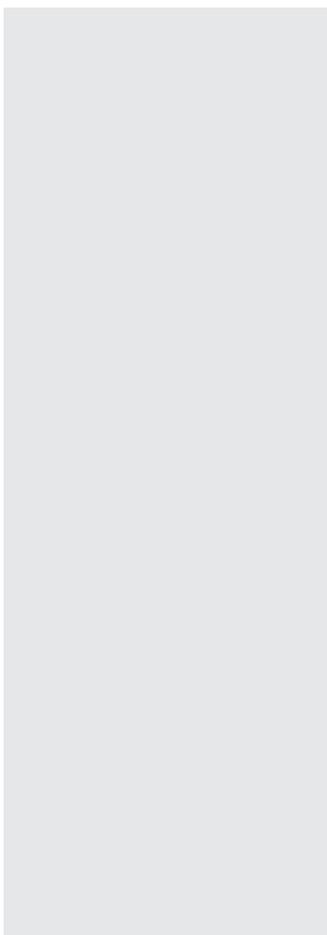
L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense.

La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione».





DIRITTO EUROPEO E COMPARATO





Il consumatore di alimenti tra normativa interna ed europea

Beatrice La Porta

Il consumatore di alimenti alla luce della disciplina del Codice del consumo e del Regolamento CE 178/2002

Soggetto cardine del mercato, il consumatore è destinatario di rilevanti tutele che è opportuno declinare in relazione alle peculiarità del prodotto e del rapporto sussistente tra questo e chi lo acquista.

In funzione del bene con cui il soggetto si relaziona, infatti, la figura del consumatore può assumere aspetti e caratteristiche che possono giungere a differenziare, all'interno del medesimo "genus", *species* differenti. In tal senso, figura peculiare è quella del consumatore di alimenti, con particolare attenzione da porsi al suo *status* giuridico¹.

Lungi dal rappresentare un *tertium genus*, l'ampia categoria dei consumatori di alimenti si contraddistingue, però, per la più ampia tutela che viene accordata ai singoli rispetto a quanto previsto dal Codice del consumo e ciò anche in ragione del rilievo che l'assunzione di prodotti alimentari ha nella vita di ciascun individuo, indipendentemente dall'attività professionale da questo svolta.

Se la definizione generale di "consumatore" è stata espressamente data dal legislatore interno in modo unitario e restrittivo prima nel codice civile, in forza delle previsioni di cui al d.lgs. n. 24/2002 e poi nel d.lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del consumo, dove si definisce con tale termine la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta², analogamente non può dirsi della definizione di consumatore a livello europeo.

Nonostante occorra costatare che non sussista una definizione uniforme e sempre applicabile di consumatore genericamente inteso, la sussistenza di elementi comuni alla maggior parte degli atti e provvedimenti a livello europeo³,

¹ Si veda: P. BORGHI, *Lo status di produttore e di consumatore di alimenti, e i contratti del settore alimentare*, in *Rivista di diritto alimentare*, anno II, numero 2, aprile-giugno 2008.

² Art. 3 comma 1 d.lgs. 06 settembre 2005 n. 206. La definizione di consumatore è stata offerta a seguito del recepimento della Direttiva 93/13/CE, attuata con la legge 6 febbraio 1996 n. 52 che ha aggiunto il Capo XIV-bis al Titolo II del Libro IV codice civile, in materia di clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore.

³ Sul punto la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984, non più vigente, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole.



oltre che alla luce di quanto delineato dall'intensa giurisprudenza della Corte di giustizia, permettono di descrivere tale soggetto, analogamente a quanto fatto dal legislatore italiano, come quella persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, professionale, commerciale o artigianale⁴.

Diversamente da quanto detto, accade, invece, nel caso del consumatore di alimenti, figura che trova una sua compiutezza già nel Regolamento CE 178/2002.

Non più identificabili unicamente in ragione della propria attività, diversa da quella d'impresa, i consumatori di alimenti sono tali nel momento stesso in cui entrano in contatto con qualsiasi prodotto possa essere potenzialmente ingerito. Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento UE 178/2002, infatti, si intende per "alimento" (o "prodotto alimentare", o "derrata alimentare") «qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani» e per "consumatore finale" chiunque consumi un «prodotto alimentare non utilizzato nell'ambito di un'operazione o attività di un'impresa del settore alimentare»⁵.

Facendo un espresso riferimento all'impresa nel settore alimentare, il legislatore europeo offre all'interprete, altresì, la possibilità di delineare una prospettiva applicativa della normativa ben ampia, capace di ricomprendere nella categoria dei consumatori anche quanti utilizzano, ingeriscono o consumano un alimento all'interno di un'attività d'impresa che sia, però, diversa da quella alimentare⁶.

È utile precisare che con il termine impresa alimentare e quindi "imprenditore alimentare", così come stabilito all'art. 3.2 del Regolamento del 2002, si indica qualunque soggetto svolga attività connesse ad una delle fasi di produzione, trasformazione e distribuzione degli alimenti e ciò indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'impresa e dall'assenza o meno di un fine di lucro.

Al di fuori dei settori elencati, pertanto, nessun limite sorgerebbe circa la possibilità di definire quale consumatore un soggetto che, alla luce delle previsioni di cui all'art. 3.1 c) del Codice del consumo, potrebbe, invece, connotarsi quale professionista.

La categoria del consumatore di alimenti si caratterizza, quindi, per includere non più unicamente quei soggetti posti in contrapposizione al "professionista", ovvero «la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria

⁴ F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare*, UTET, III edizione, Torino 2017.

⁵ Art. 3.18 Reg. CE 178/2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.

⁶ L. COSTATO, *La sicurezza degli alimenti nella prospettiva del diritto agroalimentare*, in *Economia & Diritto Agroalimentare*, XV/2010, p. 187.



attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario⁷, ma anche una pluralità potenzialmente infinita di individui nei confronti dei quali vige una forte tutela ricollegabile al più stringente divieto di messa in circolazione di alimenti che siano idonei a provocare danni ove assunti anche in limitate quantità⁸.

Ove si facesse riferimento unicamente alla definizione di consumatore offerta dal Codice del consumo, che prevede la contrapposizione tra questa e le figure del fornitore e del professionista e se questa si traslasse *tout court* sul soggetto che entra in contatto con un alimento per nutrirsi, si rischierebbe, infatti, di tralasciare alcuni degli aspetti caratterizzanti il soggetto che ingerisce alimenti al di fuori della propria attività professionale e/o imprenditoriale.

Se nel Codice del consumo rileva l'elemento commerciale e il lucro caratterizza il professionista e il produttore, cioè «il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo»⁹, lo stesso non si può dire nel caso della figura delineata dal Reg. CE 178/2002¹⁰. In tale normativa, infatti, il destinatario è il «consumatore finale» *ex art. 2.18*, ovvero chi «non utilizza tale prodotto nell'ambito di un'operazione o attività di un'impresa del settore alimentare», intendendosi con l'aggettivo «finale» colui che materialmente consumerà un determinato prodotto alimentare con esclusione degli operatori intermedi – rimanendo quindi escluse tutte le pratiche B2B, a favore unicamente delle pratiche B2C – e indipendentemente dal fatto che tale soggetto sia un individuo singolo o facente parte di una collettività¹¹.

Nell'ottica tratteggiata a livello europeo, quindi, il consumatore di alimenti assume un rilievo *ex se* e non, invece, in relazione alla sua posizione contrattuale; l'essere titolare di una situazione giuridica soggettiva «con forti implicazioni pubblicistiche di tutela del mercato e della collettività» rende, infatti, tale soggetto quale destinatario di particolari tutele indipendentemente da qualsiasi ulteriore elemento lo possa caratterizzare, proponendosi il legislatore come

⁷ Art. 3 lett. c) Codice del consumo.

⁸ L. COSTATO, *I principi del diritto alimentare*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1051.

⁹ Art. 3 lett. d) Codice del consumo.

¹⁰ N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, p. 472. Direttiva 84/450/CEE del Consiglio del 10 settembre 1984 relativa al ravvicinamento delle disposizioni.

¹¹ Analogamente può dirsi della definizione di «Consumatore», contrapposta a quella di professionista o produttore, di cui alla Direttiva 2005/29/CE («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») dove tale soggetto è definito come «qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».



obiettivo prioritario quello di garantire la presenza sul mercato di alimenti sicuri e con caratteristiche riconoscibili, facendo ricorso a regole che introducano criteri di trasparenza e correttezza¹².

Nell'ambito della legislazione alimentare ciò che rileva in relazione al rapporto consumatore – somministratore di alimenti/commerciante/produttore è, quindi, non tanto lo svolgimento di un'attività professionale di una parte, quanto, piuttosto, la salubrità in sé dell'alimento. La responsabilità di chi eroga il prodotto, pertanto, non è legata alla posizione soggettiva di costui, ma tiene principalmente conto del fatto che quanto somministrato sia edibile e senza pericoli per la salute di chi ne fa uso, fatti salvi i rischi legati ad abusi nell'assunzione o a patologie o intolleranze sviluppate nel singolo consumatore in relazione ad un determinato alimento¹³.

Diversamente accade nel caso del Codice del consumo dove obiettivo prioritario del legislatore è quello di offrire al consumatore strumenti idonei a riequilibrare la sua posizione di "inferiorità", principalmente economica e di conoscenza, rispetto a quella dominante del venditore professionista che, in quanto tale, si presume godere di una competenza nel settore che lo pone usualmente in una condizione di supremazia rispetto alla controparte¹⁴.

Per comprendere meglio quanto rilevante sia il profilo economico nell'analisi delle tutele da accordare al consumatore, così come generalmente inteso, appare opportuna l'analisi congiunta di quanto previsto dal Codice del consumo e dal Regolamento CE 2006/2004¹⁵ in merito alla «cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori». Il Regolamento del 2004, il cui campo di azione è limitato soltanto ad alcuni ambiti – a titolo esemplificativo: le pratiche commerciali sleali, le clausole contrattuali abusive, l'e-commerce, la pubblicità comparativa, i pacchetti vacanza, le multiproprietà, la vendita a distanza e i diritti dei passeggeri¹⁶ – ed ha, infatti, come esplicito obiettivo quello di definire le condizioni necessarie per la creazione di una rete di collaborazione tra Autorità statali competenti e Commissio-

¹² N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, p. 472.

¹³ L. COSTATO, *I principi fondanti il diritto alimentare*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 1/2007.

¹⁴ Ciò è ancora più evidente ove si consideri che il Codice del consumo nasce nel 2005 per raccogliere tutta la normativa emanata a tutela del consumatore e di modo da recepire a livello nazionale quanto già dettato a livello comunitario e internazionale così come precisato dall'art. 1 Codice del consumo.

¹⁵ Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori.

¹⁶ Si veda allegato l'Allegato "Direttive coperte dall'articolo 3, lettera a)" al Reg. CE 2006/2004. Tale definizione dell'ambito di intervento del Reg. CE 2006/2004 è tratta dal *Summaries of EU legislation: Cooperazione tra i paesi dell'Unione europea per la tutela dei consumatori* di cui al link ufficiale Eur-lex <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A132047>.

ne «al fine di garantire il rispetto della citata normativa e il buon funzionamento del mercato interno e al fine di migliorare la protezione degli interessi economici dei consumatori»¹⁷. Secondo quanto si evince dalla lettera della norma, per riuscire ad offrire una tutela effettiva al soggetto leso, pertanto, è fondamentale predisporre un sistema di protezione economica che, pur sussistendo anche in materia di consumo di prodotti alimentari, assume in quest'ultimo caso un valore secondario innanzi alla tutela del diritto ad assumere cibo sicuro¹⁸.

Nella *General Food Law* e in tutta la normativa da questa derivata, non da ultimo il recente regolamento UE 2283/2015 in materia di *novel food*, la nozione di consumatore cessa, poi, di coincidere con il soggetto persona fisica assumendo una portata più ampia: si può trattare, infatti, di chiunque «non utilizzi un prodotto alimentare per un'operazione o un'attività di impresa diversa da quella propria del settore alimentare», includendo pertanto anche i soggetti collettivi (ad es. mense, ristoranti) che utilizzano il prodotto all'interno di attività diverse da quella professionale, commerciale o di impresa¹⁹.

Si è così travalicato quel soddisfacimento delle esigenze individuali e familiari che avevano in passato connotato la figura del consumatore finale, pur mantenendosi quell'impostazione di fondo, introdotta dalla direttiva sull'etichettatura dei prodotti del 1978, in cui assumevano valore centrale "l'estomac" (l'ingestione del prodotto) e la funzione alimentare dello stesso²⁰.

Alla luce di quanto scritto, pertanto, la *ratio* posta alla base della definizione di una tale e ben più ampia categoria di soggetti a cui offrire un'elevata tutela è da ricercarsi, in primo luogo, non in una volontà di garanzia delle posizioni economiche delle parti alla luce delle differenze tra queste esistenti, così come delineato dal Codice del consumo, bensì nella preponderante volontà del legislatore di tutelare il diritto alla salute quale bene primario che, anche a livello costituzionale, trova una specifica tutela nell'art. 32 della Costituzione²¹.

¹⁷ Capitolo I Disposizioni Introduttive, art. 1 "Obiettivo" del Regolamento CE 2006/2004 pubblicato in GUUE L364 del 9 dicembre 2004, pp. 1 ss.

¹⁸ È opportuno evidenziare che, sebbene la preminenza di un valore piuttosto che un altro sembrerebbe essere il fulcro della differenza tra la categoria dei consumatori generici e quella dei consumatori di alimenti, anche all'interno del Codice del consumo, precisamente all'art. 2 comma 2 lett. a), tra i diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori e agli utenti in generale, figura la tutela della salute.

¹⁹ Art. 3 n. 18) Regolamento CE 178/2002. In questa prospettiva, pertanto, non appare scorretto includere nella definizione di consumatore finali anche quei soggetti che, pur svolgendo un'operazione o un'attività di impresa, la esercitano in un settore differente da quello alimentare.

²⁰ F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare Europeo*, UTET, Torino 2017, pp. 129 ss.

²¹ F. ALBISINNI nel suo *Strumentario di diritto alimentare*, UTET, III edizione, Torino 2017, evidenzia come nella Carta fondamentale italiana manchi qualsiasi riferimento al diritto al cibo e come il termine "alimentazione" sia comparso all'interno dell'art. 117 Cost. soltanto a seguito della riforma del titolo V del 2001 e unicamente quale materie concorrente tra Stato e regioni.

Definita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel proprio atto costitutivo come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non la semplice assenza dello stato di malattia o infermità»²², la salute quale diritto primario dei consumatori di alimenti ricopre un ruolo centrale all'interno dei trattati dell'Unione europea dove è lo stesso Trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'art. 169 ad accostare concetti quali “tutela della salute”, “garanzia della sicurezza dei consumatori” e “protezione dei loro interessi economici”²³, quest'ultimo da realizzarsi attraverso il trasferimento di informazioni²⁴ da parte dell'operatore del settore alimentare che siano non soltanto corrette, ma anche idonee a permettere l'assunzione di scelte consapevoli²⁵.

Se, pertanto, nel caso del consumatore di alimenti il concetto di salute risulta l'elemento predominante alla base delle ragioni già indicate, analogamente non può dirsi nel caso del consumatore genericamente inteso dove la *ratio* di tutela rinvenibile alla luce di quanto previsto nel Codice del consumo – pur non facendo venire meno un'efficace tutela del diritto alla salute – è da individuare nella predominante volontà di riequilibrio delle posizioni economiche delle due parti in ragione della condizioni di debolezza in cui usualmente si trova il consumatore nei confronti del professionista²⁶.

Quanto sinora sostenuto, tuttavia, non esclude che la centralità della tutela del consumatore genericamente inteso possa trovare una base giuridica anche negli articoli 178 e 179 del TFUE che mirano a garantire aspetti ulteriori quali: la promozione degli interessi dei consumatori e il loro diritto all'informazione²⁷, diritto quest'ultimo che ha come fine sia quello di tutelare gli interessi riconducibili alla sicurezza dell'alimento sia quello di assicurare la simmetria informativa essenziale al funzionamento del mercato²⁸, oltre al diritto all'educazione²⁹.

²² Il testo integrale dell'atto costitutivo in vigore dal 7 aprile 1948 è consultabile sul sito ufficiale dell'OMS di seguito il link che rinvia al testo in spagnolo http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

²³ M. GIUFFRIDA, *Il diritto fondamentale alla sicurezza alimentare tra esigenze di tutela della salute umana e promozione della libera circolazione delle merci*, in *Rivista di diritto alimentare*, 3/2015.

²⁴ S. BOLOGNINI, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Giappichelli, Torino 2012.

²⁵ I. CANFORA, *La responsabilità degli operatori alimentari per le informazioni sugli alimenti*, in *Rivista di diritto agrario*, 1/2012.

²⁶ N. MARINELLI, *Asimmetrie informative e sicurezza alimentare nei diritti del consumatore e nella competitività dei sistemi produttivi*, in *Italian Journal of Agronomy/Rivista di Agronomia*, 4/2010.

²⁷ E. ROOK BASILE, *L'informazione dei prodotti alimentari, il consumatore e il contratto*, in A. GERMANÒ - E. ROOK BASILE (a cura di), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Giappichelli, Torino 2005.

²⁸ L'informazione come elemento fondamentale per il perseguimento delle finalità *ex art.* 169 TFUE in N. LUCIFERO, *La responsabilità per le informazioni al consumatore di alimenti tra regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Contratto e impresa*, 2/2017, p. 470.

²⁹ E. SIRSI, *Il diritto all'educazione del consumatore di alimenti*, in *Rivista di Diritto Agrario*, Giuffrè, 4/2011.



In merito alle differenze sussistenti tra il consumatore genericamente inteso e il consumatore di alimenti all'interno del quadro normativo italiano è, inoltre, opportuno evidenziare come il Codice del consumo, successivo allo stesso Regolamento CE 178/2002, nel disciplinare i requisiti di sicurezza dei prodotti in termini generali, arretra innanzi alle tematiche attinenti al cibo a favore, invece, della normativa comunitaria che non solo definisce la sicurezza dei prodotti ma individua anche obblighi e responsabilità giuridiche applicabili nel solo caso del produttore di alimenti³⁰.

In tal senso si consideri come la disciplina prevista dall'art. 46 c. cons. in materia di contratti stipulati fuori dai locali commerciali non trovi applicazione ove i contratti di fornitura abbiano ad oggetto prodotti alimentari o bevande consegnate a scadenze frequenti e regolari. L'art. 46 lett. b) c. cons. prevede, infatti, l'esclusione dei «contratti relativi alla fornitura di prodotti alimentari o bevande o di altri prodotti di uso domestico corrente consegnati a scadenze frequenti e regolari» dall'ambito di applicazione della normativa, così come definito dall'art. 45 c. cons. e relativo ai «contratti tra un professionista ed un consumatore, riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi, in qualunque forma conclusi, stipulati: a) durante la visita del professionista al domicilio del consumatore o di un altro consumatore ovvero sul posto di lavoro del consumatore o nei locali nei quali il consumatore si trovi, anche temporaneamente, per motivi di lavoro, di studio o di cura; b) durante una escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali; in area pubblica o aperta al pubblico, mediante la sottoscrizione di una nota d'ordine, comunque denominata; d) per corrispondenza o, comunque, in base ad un catalogo che il consumatore ha avuto modo di consultare senza la presenza del professionista. Le disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista [...]».

Analogamente avviene nel caso dei contratti aventi ad oggetto la fornitura dei prodotti, così come sopra definiti, presso il domicilio del consumatore, il suo luogo di residenza o di lavoro, da parte di distributori che effettuano giri frequenti e regolari. Neanche in questa seconda ipotesi, infatti, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 55 c. cons. relativa ai contratti conclusi mediante il ricorso alle tecniche di comunicazione a distanza.

Rilevante è, poi, evidenziare come l'intero Titolo I Parte IV del Codice del consumo in materia di sicurezza e qualità dei "beni di consumo" non sia applicabile ai prodotti alimentari così come definiti dal Regolamento (CE) n. 178/2002 per espresso volere del legislatore. I beni di consumo di cui al codice

³⁰ P. BORGHI, *Lo status di produttore e di consumatore di alimenti, e i contratti del settore alimentare*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2/2008.



stesso, infatti, diversamente da quanto accade nel caso dei prodotti alimentari, si connotano «più che per una propria intrinseca natura che per la sua normale destinazione al mercato dei consumatori» e ciò al punto che il bene di consumo è tale solo in quanto venga acquistato da un consumatore, avendo, pertanto, un carattere c.d. “mobile” che obbliga ad una caratterizzazione del bene da porsi in essere soltanto in sede di consegna dello stesso³¹.

L'esistenza di tali previsioni normative rafforzano ancor più l'idea di una non piena sovrapponibilità tra la figura del consumatore di alimenti e quella del consumatore genericamente inteso e ciò ancor più ove si consideri la definizione di consumatore offerta dall'art. 3 lett. a) del Codice del consumo e già precedentemente citata e la possibilità di fare ricorso alla definizione di “consumatore tipico virtuale” nel caso del consumatore di alimenti. Con l'espressione “consumatore tipico individuale”, rilevante nel diritto alimentare, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia³², ma non analogamente in riferimento alla figura del consumatore così come genericamente inteso, è, infatti, possibile identificare quel soggetto il quale, oltre a non utilizzare il prodotto nella propria attività di impresa, sia «normalmente informato e ragionevolmente avveduto tenuto conto dei fattori sociali, culturali e linguistici il quale, attraverso una condotta diligente, riesce ad accedere alle informazioni a sua disposizione consapevole delle scelte che sta per compiere»³³.

Riflessioni conclusive

Nella società odierna, caratterizzata da un rapido susseguirsi di scoperte e innovazioni in campo scientifico e tecnologico, le esigenze di tutela del consumatore e di sicurezza del prodotto alimentare, nel doppio significato di “food safety” e “food security”, si posizionano agli apici dell'agenda, portando ad una crescente sensibilità del legislatore in materia.

La peculiarità del prodotto “alimento” e del rapporto esistente tra consumatore e cibo assumono un ruolo centrale nell'analisi di una materia costantemente sottoposta a spinte innovatrici e costretta ad un continuo ripensamento che deve avvenire considerando quali elementi centrali la salubrità del prodotto, necessaria a garantire la salute del soggetto che ne entra in contatto e la consapevolezza del consumatore in sede di definizione della propria dieta.

³¹ A. SCARPA, *La vendita dei beni di consumo: la conformità al contratto e i diritti del consumatore tra codice del consumo e codice civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 11/2008, p. 3038B.

³² Tra le altre: Corte eur. giust. 16 luglio 1998, C-210/96, Gut Springenheide, Corte eur. giust. 23 gennaio 2003, cause riunite C-421/00, C-426/00, C-16/01, Corte eur. giust. 28 gennaio 1999, C-303/97, Sektkellerei Kessler, Corte eur. giust. 04 aprile 2000, C-465/98, Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Koin e V. c. Adolf Darbo.

³³ D. ROMANO, *Le informazioni obbligatorie nel mercato alimentare: tutela o autoresponsabilità del contraente debole?*, in *Europa e diritto privato*, 1/2018, pp. 248 ss.





Tali primarie esigenze hanno favorito negli anni l'adozione di una normativa che ha posto vincoli e tutele sempre più stringenti e dove un ruolo cardine viene ricoperto dall'individuo che entra in contatto con i prodotti alimentari al fine di nutrirsi, delineandosi, di tal maniera, la peculiare figura del consumatore di alimenti, così come definita dal Regolamento CE 178/2002.

Sebbene già nel Libro Verde della Commissione del 1997³⁴ prima e nel Libro Bianco sulla Sicurezza Alimentare del 2000³⁵, poi, si sia posto l'accento sui principi generali della legislazione in materia alimentare dell'Unione europea e in particolare su temi quali la protezione del consumatore, la sicurezza dei prodotti alimentari, l'etichettatura, la trasparenza della legislazione e la tutela della salute³⁶, tuttavia, è soltanto con la c.d. *General Food Law* che il legislatore dell'Unione ha offerto definizioni chiare e univoche in relazione ai soggetti attivi nel settore, permettendo, così, di delineare categorie unitarie e dotate di specificità in forza della rilevanza che il "prodotto cibo", più di ogni altro, ha nella vita di ciascun individuo³⁷.

Volgendo l'attenzione sulla figura del consumatore di alimenti, è bene evidenziare come, in ragione delle peculiarità che lo contraddistinguono, parte della dottrina si sia in passato interrogata circa la possibilità di inquadrare tale soggetto all'interno di una categoria distinta e autonoma.

Pur non ritenendo qui utile riproporre le ragioni presentate da chi in passato è giunto ad ipotizzare la possibile fondatezza di una siffatta tesi e ritenendosi, altresì, non configurabile la categoria del consumatore di alimenti quale pienamente autonoma, tuttavia, non può all'opposto giungersi a sovrapporre tale specifica figura con quella tratteggiata in termini generali e a livello nazionale dal Codice del consumo, preferendosi, piuttosto, ritenere la prima quale *species* del più ampio *genus* "consumatore". specularmente, anche la figura dell'operatore del settore alimentare, anch'essa oggetto di attenzione dal legislatore europeo, presenta delle caratteristiche che la rendono peculiare nel panorama normativo e ciò soprattutto in ragione degli standard di tutela particolarmente elevati che questa deve offrire in vista di una piena garanzia della sicurezza alimentare, concetto quest'ultimo meglio rappresentato dall'espressione "salubrità alimentare" che più fedelmente traduce il termine anglosassone "food safety" e che indica, altresì, la sicurezza informativa intesa quale «adeguata e completa comunicazione al consumatore circa caratteristiche modalità e quantità di consumo dell'alimento»³⁸.

³⁴ Libro verde della Commissione, Bruxelles, 30 aprile 1997 COM (97) 176 def.

³⁵ Libro Bianco sulla Sicurezza Alimentare COM (1999) 719, Bruxelles, 12 gennaio 2000.

³⁶ G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni "negative"*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2/2018.

³⁷ G. SPOTO, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare: obblighi di informazione in etichetta*, in *Contratto e Impresa*, 2014, pp. 1071 ss.

³⁸ L. RUSSO, *La sicurezza delle produzioni tecnologiche*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2/2010, pp. 3 ss. L. COSTATO - S. RIZZIOLI, voce *Sicurezza alimentare*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ.*, 2010.



L'approccio scelto dal legislatore europeo, la valorizzazione delle peculiari figure dell'operatore del settore alimentare e del consumatore di alimenti non può, altresì, prescindere da un approccio integrato che preveda un'elevata attenzione a tutte le fasi di produzione, trasformazione e distribuzione sia degli alimenti che dei mangimi e in cui la tutela del mercato non può ritenersi prioritaria innanzi alle necessarie tutele del consumatore, soprattutto in tema di protezione della salute, trasparenza e correttezza delle informazioni attinenti al prodotto che si presume verrà ingerito.

La posizione di tutela del consumatore di alimenti si valorizza ulteriormente ove si consideri che l'approccio di filiera ("dal campo alla tavola") che ha caratterizzato la produzione normativa in materia alimentare dell'ultimo ventennio, è stato profondamente rivisto dal Regolamento UE 625/2017 che, relativamente ai controlli ufficiali, ha definito un'impostazione più attenta all'intero ciclo di vita del prodotto³⁹.

Tale rivoluzione normativa appare in linea con i cambiamenti nel tempo riscontrati nel rapporto tra i singoli e gli alimenti e che oggi si può definire quale "espressione dell'io che decide", un sistema dove le scelte in sede di acquisto vengono compiute alla luce delle abitudini, delle risorse, delle aspettative, delle preferenze e dell'etica del singolo.

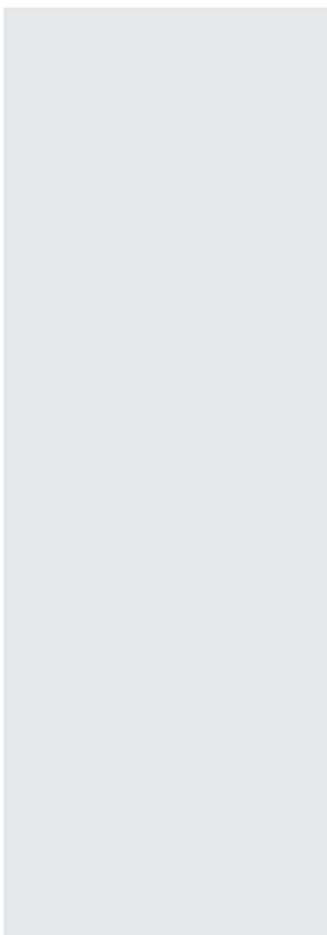
Il consumatore di alimenti moderno è, quindi, un soggetto diverso dal consumatore generalmente inteso e diverso esso stesso da quanto delineabile in passato: un individuo che, assunta sempre maggiore consapevolezza di sé e delle proprie esigenze, prima di alimentarsi di una determinata sostanza compie, valutazioni e ricerche non soltanto attraverso le etichette apposte sui prodotti, ma anche attraverso tutti quei canali ulteriori che, mai come oggi, lo hanno trasformato da soggetto debole e passivo del rapporto commerciale a soggetto attivo e capace di azioni tali da orientare il comportamento delle istituzioni⁴⁰ e degli operatori del settore alimentare nella complessa relazione che coinvolge somministrante e somministrato.

³⁹ M. GIOIA, *Prime note sul regolamento n. 625/2017*, in *Rivista di diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 4/2017.

⁴⁰ F. ALBISINNI, *La sicurezza alimentare veicolo di innovazione istituzionale*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, anno III numero 4.



PROFESSIONI, CULTURA E SOCIETÀ





Il fenomeno dell'*Italian Sounding* e la tutela dell'agroalimentare italiano

Antonella Brandonisio

Il *Made in Italy* agroalimentare e i fenomeni antagonisti

L'agroalimentare rappresenta uno degli elementi più importanti del paniere *Made in Italy*, vale a dire quel complesso di prodotti di qualità esportati nel mondo, che contribuisce a sostenere l'economia del nostro Paese e ad alimentare l'immagine dell'Italia all'estero.

Si tratta di un comparto che ha affrontato molto efficacemente la crisi mostrando, allo stesso tempo, la capacità di rinnovarsi e adeguarsi alle sfide emergenti, ed è cresciuto sul piano *export* a velocità doppia rispetto al totale delle esportazioni degli altri settori produttivi, collocando il nostro Paese in una posizione di eccellenza negli scambi a livello mondiale.

Un aspetto distintivo del patrimonio agroalimentare italiano è la presenza di un portafoglio di prodotti altamente differenziato, a forte contenuto di tipicità. L'Italia è, infatti, un Paese caratterizzato da grandi diversità territoriali e climatiche che si sono plasmate in culture, storie e tradizioni, eccezionalmente varie e uniche. Ad oggi gran parte di queste produzioni tipiche sono protette da certificazioni di qualità riconosciute dall'Unione europea sotto forma di denominazione di origine e indicazioni geografiche quali DOP, IGP e STG, che hanno lo scopo di promuovere e tutelare le denominazioni dei prodotti agricoli e alimentari di qualità, contrastando le imitazioni e fornendo ai consumatori informazioni sulle caratteristiche specifiche dei prodotti stessi, come zona d'origine e/o metodi di produzione che li rendono unici e inimitabili. Invero, l'Italia vanta un vero e proprio primato con 822 prodotti DOP, IGP, STG registrate a livello europeo, su 3.036 totali nel mondo¹.

Nei mercati internazionali si registra una forte e sempre crescente domanda di cibo italiano, sinonimo di qualità e sicurezza alimentare. Per quanto riguarda il *Made in Italy* agroalimentare, sebbene esistono alcune difficoltà definitorie di non poco rilievo derivanti dalla multidimensionalità del fenomeno², possia-

¹ Fonte MiPAAFT (Ministero delle Politiche Agricole Alimentari, forestali e del Turismo).

² Con l'espressione "Made in Italy" si indica un marchio che sintetizza i valori rappresentativi della qualità produttiva, della creatività e dello stile italiano, identificando nel nostro Paese il luogo di fabbricazione di ciascun prodotto e accompagnandolo così nella fase di commercializzazione.

Il "Made in Italy" è, dunque, un marchio d'origine, un'indicazione che, apposta sul prodotto e/o sulla confezione, attribuisce un'origine italiana, permettendo così al consumatore di effettuare una distinzione tra le merci nazionali e quelle importate.

mo fare immediato richiamo al luogo di produzione e trasformazione rispetto alla materia prima, e alla sua “esportabilità”³. La categoria in esame interessa i prodotti freschi riconosciuti come tipicamente italiani (ortaggi, formaggi, eccetera), ma anche i prodotti trasformati mediante l’impiego delle materie prime derivanti dall’agricoltura nazionale, che diviene quindi tassello essenziale della filiera del *Made in Italy*. Quando, d’altra parte, il prodotto finito è ottenuto dall’impiego di materie prime di importazione, la sua tipicità può comunque legarsi ad uno specifico *know how* che combina tradizione e sviluppo tecnologico.

A tal proposito giova richiamare la definizione data dall’INEA (Istituto Nazionale di Economia Agraria) nel volume sul *Commercio con l’estero dei prodotti alimentari*, secondo cui il *Made in Italy* ricomprenderebbe «tutti quei prodotti in grado di richiamare il concetto di italianità, indipendentemente dal

Tale marchio può essere applicato allorquando il prodotto risulta realizzato:

- interamente in Italia;
- in parte in Italia e in parte in altri Stati.

Mentre nel primo caso non vi sono dubbi sull’applicabilità del “Made in Italy”, nel secondo caso si deve ricorrere al criterio dell’origine doganale “non preferenziale”.

A tale riguardo, si rammenta che il concetto d’origine in ambito doganale ha un’accezione particolare, laddove si distingue tra “origine preferenziale” e “origine non preferenziale”. Infatti, mentre, in via generale, l’origine di un prodotto indica il luogo in cui la materia prima è nata oppure è stata allevata/coltivata/pescata. In ambito doganale, invece, si fa riferimento all’origine del prodotto al fine del pagamento del dazio sulla base di accordi doganali preferenziali (Unione europea) o non preferenziali (Paesi Terzi).

Proprio per questo motivo si distingue tra:

1. origine doganale “preferenziale” (riguarda i prodotti, che soddisfano determinati requisiti, importati da alcuni Paesi e comporta la concessione di benefici daziari all’importazione: tale “trattamento preferenziale” si basa in genere su di un accordo stretto dall’UE con i vari Paesi esteri per lo scambio di determinati prodotti riconosciuti quali “originari” di uno degli Stati contraenti);
2. origine doganale “non preferenziale” (intesa quale luogo di produzione del bene o luogo dove il prodotto ha subito l’ultima sostanziale trasformazione: quindi, per acquisire l’origine non preferenziale italiana un bene deve subire una trasformazione sostanziale sul territorio italiano, a prescindere dalle eventuali percentuali di merce nazionale o estera impiegata nella produzione).

Pertanto, in accordo col Codice doganale comunitario aggiornato – *ex art. 36, Reg. (CE) 450/2008*, sull’origine doganale non preferenziale delle merci – un prodotto può essere considerato di origine italiana e riportare l’indicazione “Made in Italy” allorquando l’ultima trasformazione o lavorazione sostanziale sia avvenuta nel nostro Paese: in concreto, quindi, potrà essere impiegato il marchio “Made in Italy” anche se tutte le parti del prodotto sono state materialmente fabbricate all’estero e vengono solo assemblate in Italia, così come pure tale marchio potrà essere legittimamente apposto sui prodotti assemblati all’estero con parti provenienti dall’Italia a patto, però, che i semilavorati spediti all’estero non vengano sottoposti a trasformazioni tali da fargli acquisire l’origine non preferenziale di quel Paese.

³ C. COSTANTINI - A. LANCIOTTI, *Dalla cultura alla coltura alimentare, Ricerche dall’Umbria*, Università degli Studi di Perugia, 2015, p. 104.

fatto di essere o non essere prodotti di esportazione netta per il nostro Paese»⁴; si esclude così la riduzione del fenomeno ai soli prodotti tutelati tramite il riconoscimento di segni distintivi dal legislatore nazionale ed europeo⁵.

I volti dell'*Italian Sounding*

Il legame tra prodotti alimentari e il Bel Paese genera un importante valore economico che, in misura sempre crescente, determina la proliferazione di fenomeni di imitazione che sfruttano in maniera indebita cultura e tradizione non proprie. Così, all'offerta delle nostre imprese si aggiunge quella di altri operatori che sfruttano la reputazione goduta dal *Made in Italy*. Le strategie imitative finiscono così per alimentare un mercato superiore rispetto a quello dei prodotti autentici, sfruttando il divario tra offerta effettiva e domanda potenziale.

È di fondamentale importanza distinguere i casi di contraffazione vera e propria dalle tipologie di *Italian Sounding*, perché mentre i primi possono essere perseguiti, con una certa efficacia, attraverso appositi strumenti giuridici multilivello (nazionali, europei, internazionali), per le seconde non vi sono gli stessi margini di tutela⁶.

Il “finto” richiamo all'italianità per la promozione di prodotti che non godono invece di nessun reale legame con quest'ultima, prende il nome di *Italian Sounding* e costituisce oggi la più sviluppata e subdola forma di imitazione del *Made in Italy* in ogni comparto dell'industria e specialmente nel settore agroalimentare. Può ben essere definito il più importante antagonista, per peso economico e carenza di strumenti giuridici, della diffusione delle specialità agroalimentari nel mondo e del pieno sviluppo della industria alimentare italiana⁷.

La complessità del fenomeno risiede nel fatto che non si tratta di contraffazione in senso stretto, ma piuttosto di un riferimento arbitrario al valore dei

⁴ INEA, *Il commercio con l'estero di prodotti agroalimentari*, ESI, Napoli 2009, p. 188.

⁵ Con riferimento alle normative vigenti, potremmo dire che la funzione principale dell'espressione “Made in Italy” è di tutelare “il pubblico” in ordine alla provenienza del prodotto. L'espressione *Made in Italy* non è un marchio individuale o collettivo, e non fa parte delle indicazioni geografiche o delle denominazioni di origine protette, ma è una indicazione dell'origine del prodotto su cui è apposta (c.d. marchio d'origine), a prescindere dalle qualità e dalle caratteristiche del prodotto; in quanto non c'è un legame qualitativo con il territorio.

⁶ La contraffazione riguarda prevalentemente illeciti relativi alla violazione del marchio registrato, delle denominazioni di origine (DOP, IGP, ecc.), del logo, del design, del copyright, fino ad arrivare alla contraffazione del prodotto stesso.

⁷ Secondo gli ultimi dati forniti da Assocamerestero (Associazione delle Camere di Commercio Italiane all'Estero) riguardo l'indagine promossa e finanziata dal Ministero dello Sviluppo Economico, il giro d'affari di questo fenomeno è di circa 90 miliardi di euro, con una crescita del 70% negli ultimi 10 anni. Le imitazioni sono per il 42% piatti pronti e surgelati, conserve e condimenti. Seguono i latticini (25,1%), la pasta (16,1%), i prodotti a base di carne (13,2%) e i prodotti da forno (3,6%). L'indagine è reperibile su www.assocamereestero.it.

prodotti italiani, che viene utilizzato come commerciale strategia per l'immissione di nuovi prodotti sul mercato. Tali prodotti, pur facendo uso di falsi richiami all'"italianità" non sono copie fraudolente ma tentano di impossessarsi (essenzialmente in termini di immagine) del valore e della qualità dei prodotti della filiera agroalimentare italiana.

Tale pratica trae origine dalle grandi emigrazioni di italiani verso Stati europei ed extra - UE avvenute tra XIX e XX sec. Le difficoltà di trasporto di materie prime prodotte in Italia, che potevano essere trasferite solamente via mare e senza l'ausilio di mezzi di conservazione avanzati, spinsero gli emigrati a far utilizzo degli ingredienti presenti nei territori di residenza.

I prodotti finiti venivano poi venduti al dettaglio e marchiati con il nome del titolare italiano o con altri nomi commerciali italiani, accompagnati da immagini o slogan che rievocavano l'Italia⁸. Molti di questi prodotti venivano poi brevettati con i rispettivi marchi identificativi senza configurare alcuna ipotesi di illecito, in mancanza di una normativa sul *packaging*, sull'etichettatura e sugli ingredienti, così da creare un effetto ingannevole nei confronti del cliente circa la qualità e gli ingredienti di quel dato prodotto, di modo che se ne incentivasse l'acquisto. Quando le imprese agroalimentari italiane iniziarono a volersi affermare anche nel mercato europeo e nei mercati esteri, si scontrarono quindi con un offerta di prodotti alimentari "italiani" già esistente e in continuo sviluppo, che ben presto avrebbe interessato anche il nostro Paese.

Il fenomeno, invero, presenta molteplici sfumature. Un prodotto *Italian Sounding* è tale in virtù o dell'utilizzo di espressioni lessicali che rimandano all'italianità, o in forza di una particolare struttura fisica (*packaging*, design, forma, colori e la loro combinazione) che induca la clientela a ritenerlo un prodotto *Made in Italy*. Altra tassonomia⁹ distingue i casi a seconda che:

- Si utilizzino marchi che sembrino italiani in forza delle espressioni lessicali impiegate (l'aggettivo *Italian* o il sostantivo *Italy*, vocaboli italianeggianti e così via). È il caso del "Prisecco", della "Palenta" e della "Pasta Schuta".
- Si utilizzino marchi noti per prodotti differenti da quelli a cui gli stessi naturalmente si riferiscono, ad esempio il "Bellini pasta pasta", marchio utilizzato per indicare una nota catena di ristorazione, che rimanda al nome del celebre cocktail.
- Si utilizzino la bandiera tricolore italiana e/o nomi e figure di note località d'Italia. In tale categoria rientrano il "Pecorino Romano", formaggio prodotto nell'Illinois, il "Pompeian olive oil", olio d'oliva prodotto nel Maryland, gli "Spaghetti e pasta milanese", tagliatelle e capellini prodotti in Portogallo, il "Trieste italian toast espresso", caffè prodotto in California e accompagnato dalla bandiera tricolore e così via.

⁸ In molti casi, i discendenti di emigrati italiani hanno semplicemente usato (o tuttora usano) il loro cognome italiano come un marchio per i prodotti che, di fatto, non hanno più alcuna relazione con quelli originali.

⁹ C. COSTANTINI - A. LANCIOTTI, *op. cit.*, pp. 105-106.

- Si utilizzino traduzioni di nomi italiani, come accade per le denominazioni Grana Padano o Parmigiano Reggiano spesso tradotte in “Parmesan”, “Parmesao”, “Regianito”, ma anche il “Barollo” evocativo del “Barolo”, il “Cantia” per Chianti, il “Vinsoncella” per la Valpolicella, il “Monticino” che rimanda al Brunello di Montalcino, ecc.

Infine, non si può di certo trascurare quella forma di *Italian Sounding* realizzata attraverso l'uso di una ricetta italiana non registrata, ipotesi che si verifica nei casi della “Bolognese sauce” o dell’“Italian dressing”, a titolo esemplificativo¹⁰. D'altro canto i diversi fattori di richiamo all'Italia sono spesso combinati insieme all'interno di un marchio o di un'etichetta, come accade quando ad una traduzione di un noto nome italiano si accompagna la bandiera tricolore¹¹¹².

¹⁰ F. DE FILIPPIS, *Agroalimentare italiano nel commercio mondiale*, Gruppo 2013, edizioni Tellus, Roma 2012, p. 184: «[...] Dovrebbe essere chiaro che il riferimento è solo alla ricetta (vera o presunta che sia) per cui i consumatori non dovrebbero essere indotti a pensare che si tratti di prodotto veramente italiano. Anche perché, molto spesso, queste stesse ricette che rimandano al nostro Paese non corrispondono a elementi realmente italiani (come negli esempi sopra ricordati). In ogni caso, l'uso di una ricetta di origine italiana, anche “veramente italiana” non può essere vietato, ma talvolta può rappresentare uno strumento utile per la valorizzazione dei prodotti effettivamente italiani».

¹¹ Un altro fenomeno è degno di nota, almeno dal punto di vista sociologico: riguarda il fenomeno rappresentato dall'utilizzo di nomi che richiamano l'immagine non esattamente lusinghiera dell'Italia come patria di mafia, un'immagine che è in qualche modo attraente per i consumatori stranieri: il Sigari “Al Capone” dell'Honduras, il caffè bulgaro “Mafiozzo”, le merendine britanniche “Chilli Mafia”, il vino californiano “Il Padrino”, il limoncello “Don Corleone”, la salsa piccante “Cosa Nostra” da Missouri, la salsa belga “Maffiasaus”, la catena di ristoranti spagnola “La Mafia”.

¹² Un ulteriore spunto di riflessione è fornito da R. SASU, *Le nuove forme di Italian Sounding. Ciò che il cibo non dice. Le responsabilità dei produttori e i diritti dei consumatori*, reperibile su <https://www.osservatorioagromafie.it/wp-content/uploads/sites/40/2015/01/Le-nuove-forme-di-Italian-Sounding.pdf>, 2015, p. 1, «[...] Oggi occorre però non trascurare la diffusione di una forma più raffinata di *Italian Sounding*, legale, seppur, nei fatti, ingannevole. Se in passato era frequente la pratica di acquistare all'estero le materie prime per alimenti poi trasformati e lavorati in Italia e venduti come *Made in Italy*, in questi anni si è invece diffusa in misura crescente la tendenza a rilevare note aziende agroalimentari italiane. In questo caso il nome non soltanto suona italiano, ma viene unanimemente associato all'azienda che dal momento della sua nascita, per anni, ha messo sul mercato il prodotto. Il fenomeno si è notevolmente intensificato nel nuovo Millennio e mostra ulteriori segni di crescita negli ultimi tre anni. Quasi tutti i settori alimentari sono stati coinvolti, dalle bevande alcoliche ai dolci, dai salumi ai latticini. Gli acquirenti sono soprattutto aziende francesi, svizzere, spagnole e statunitensi. La Francia si è concentrata sul settore caseario, la Spagna sull'olio, i colossi multinazionali svizzeri e statunitensi hanno diversificato gli investimenti orientandosi su tipologie eterogenee di prodotti. L'assorbimento di una fetta tanto importante del comparto agroalimentare nazionale da parte di aziende estere comporta lo svuotare di sostanza il marchio del *Made in Italy*, poiché sono sempre di più le realtà industriali, grandi e piccole, ormai italiane solo di nome. In molti casi il cambio di gestione determina una perdita della qualità, come conseguenza della delocalizzazione produttiva e



L'effetto distorsivo della concorrenza tra operatori economici e ingannatorio sull'esperienza sensoriale del consumatore

Le conseguenze principali derivanti dalle varie tipologie di *Italian Sounding* investono da un lato il normale e leale gioco della concorrenza tra produttori che corre oggi su binari non più nazionali ma europei e mondiali e, dall'altro, quell'insieme di aspettative che il consumatore nutre nell'acquisto di prodotti, spacciati per essere di alta qualità e che si ritengono legati alla cultura e alla tradizione italiane.

Va altresì detto che per i beni agroalimentari formulare una definizione di qualità risulta a dir poco arduo, data la fumosità degli strumenti di cui dispone la persona per percepirla e distinguerla. Generalmente si assume un concetto di qualità non univoco, legato alla «capacità di un dato bene o servizio di soddisfare i bisogni espressi o latenti dei consumatori e/o dei clienti»¹³. Ora, al fine di valutare la capacità del singolo bene alimentare di soddisfare le esigenze della clientela sarà necessario, quantomeno per la maggior parte delle sue caratteristiche, un'esperienza di consumo diretta, ragione per cui tali prodotti vengono generalmente denominati *experience goods*. In questi termini la funzione svolta dall'etichetta è cruciale nel fornire quante più informazioni possibili al consumatore al fine di poter comparare i risultati derivanti dal consumo con quanto riportato nella stessa dall'impresa produttrice. In alcuni casi, tuttavia, non risulta sufficiente la prova dell'esperienza diretta per ottenere

della scelta di materie prime non locali. Piuttosto che la valorizzazione della diversità – che rappresenta uno dei valori del *Made in Italy* autentico – si favorisce l'omologazione. Questa particolare forma lecita di *Italian Sounding* finisce anche per infrangere il patto di fiducia con i consumatori, tradendone di fatto le aspettative. È un paradosso tutto italiano. Da un lato si mobilitano energie per diffondere anche nei cittadini meno attenti la consapevolezza del valore aggiunto offerto dal marchio nazionale e si utilizza il *Made in Italy* come volano di un settore, quello alimentare, sempre più centrale in tempi di crisi. Dall'altro lato una parte tanto consistente di quelle imprese che del *Made in Italy* stesso erano rappresentative porta ormai bandiera straniera. Va ricordato che alcuni dei marchi italiani assorbiti da aziende straniere hanno potuto beneficiare di un processo di efficace riorganizzazione, rilancio e rafforzamento finanziario. Alcune realtà che rischiavano la chiusura sono riuscite a sopravvivere e, con un gruppo multinazionale forte alle spalle, a reggere il confronto con il nuovo mercato globalizzato. In generale, però, almeno nel settore agroalimentare, l'acquisizione da parte di aziende straniere coincide con lo svuotamento della componente realmente italiana del marchio e, talvolta, con l'assorbimento della concorrenza italiana o con una concorrenza irresistibile nei confronti delle altre imprese italiane dello stesso settore merceologico. Esiste inoltre la possibilità che i gruppi stranieri proprietari di aziende agroalimentari un tempo italiane si spingano a chiudere gli stabilimenti italiani e a trasferire l'intera produzione all'estero, dove i costi sono più contenuti. In questo caso si devono considerare i risvolti occupazionali del passaggio di proprietà, per la perdita di posti di lavoro in un settore cardine qual è quello dei prodotti alimentari fortemente connotati come italiani. Senza considerare i danni ambientali derivanti dal venir meno degli investimenti per il mantenimento del territorio.

¹³ Cfr. F. DE FILIPPIS, *Agroalimentare italiano nel commercio mondiale*, cit., p. 190.



una completa conoscenza delle caratteristiche di un dato prodotto (si pensi ad esempio all'utilizzo di additivi, conservanti, ma anche alle proprietà salutistiche dello stesso), potendo la clientela fidarsi della sola notorietà dei marchi o delle indicazioni contenute in etichetta; questa è la ragione della qualificazione dei beni alimentari anche come “beni fiducia” o *credence goods*. È proprio tale fiducia ad essere frustrata nel momento in cui il prodotto o non è accompagnato da informazioni sufficienti (in taluni casi si registra una totale assenza di dati essenziali per l'acquisto) o tali informazioni risultano asimmetriche e falsate: nel primo caso il consumatore non verrà messo nelle condizioni di poter reperire il bene desiderato a causa della carenza o insufficienza di elementi identificatori (si pensi ad esempio alla mancata indicazione dello stabilimento di produzione/lavorazione, dell'origine geografica o del Paese d'origine delle materie prime trasformate). Nel secondo caso il cliente sarà spinto all'acquisto di un bene alimentare attribuendo allo stesso determinate caratteristiche che in realtà non possiede.

Il vantaggio che le imprese di produzione del “falso italiano” traggono dallo sviluppo di forme sempre più sofisticate e precise di *Italian Sounding*, non si ripercuote negativamente solo sulla clientela ma anche sui produttori in modi scorretti e pericolosi (come l'uso di ormoni della crescita, di alimenti di qualità. La riduzione del livello qualitativo dei prodotti italianeggianti, infatti, permette un risparmio di spesa considerevole, frustrando il gioco della leale concorrenza tra operatori e nel tempo determinando la scomparsa di coloro che, in nome della qualità, sostengono costi di produzione più alti. Si realizza così un «appiattimento verso il basso della qualità stessa e una riduzione del grado di varietà disponibile per i consumatori»¹⁴.

È chiaro infatti che l'imitatore del *Made in Italy* non sarà animato dall'ottenimento di una copia perfetta dell'“originale”, ma si accontenterà di un simile, confondibile ed economicamente vantaggioso. A fronte di ciò, se il produttore del vero *Made in Italy* è costretto ad applicare prezzi maggiorati ai propri prodotti per recuperare i costi sostenuti in ricerca, sviluppo e promozione, l'imitatore sfrutterà indebitamente i risultati raggiunti da altri non sopportando alcun onere¹⁵. Gli alimenti di qualità saranno perciò vinti dalle imitazioni vendute a prezzi ridotti, con conseguente aumento del rischio di investimento nel vero *Made in Italy*; nel contempo l'imitatore non sosterrà alcun costo legato all'impiego di materie prime di eccellenza o alla ricerca di metodi di produzione innovativi.

¹⁴ Cfr. F. DE FILIPPIS, *Agroalimentare italiano nel commercio mondiale*, cit., p. 191.

¹⁵ Cfr. EURISPES, *Agromafie*, 6° Rapporto sui crimini agroalimentari in Italia, reperibile su <https://eurispes.eu/ricercarapporto/agromafie-6-rapporto-sui-crimini-agroalimentari-in-italia-2019/>, p. 112.



La tutela della qualità come risposta all'*Italian Sounding*: lo scenario europeo

Le soluzioni escogitabili in risposta al dilagare di sempre più sofisticate forme di *Italian Sounding* possono far leva su un denominatore comune: «l'opportunità di fornire tutela specifica a prodotti che esprimono il legame corrente tra la loro origine geografica e le qualità peculiari che li caratterizzano»¹⁶. Tale punto di partenza è imposto o, per meglio dire consigliato, dalla dimensione globalizzata che caratterizza oggi i mercati e i fattori produttivi, con conseguente deterritorializzazione e dematerializzazione dell'intero settore economico. I prodotti tipici si fondono, d'altra parte, su un forte elemento territoriale, accentuato ed espresso dalle denominazioni che individuano l'origine degli stessi. Questo elemento, che potremmo definire "local", ha bisogno di forme di tutela che assumano vesti globali, non operanti solamente all'interno dei Paesi d'origine dei prodotti tipici, ma anche in tutti i mercati d'esportazione¹⁷.

Nella dimensione europea, le più importanti ed estese forme di tutela del nesso origine-caratteristiche di un dato prodotto prendono il nome di denominazione d'origine protetta, indicazione geografica protetta e specialità tradizionale garantita, regolate in ultimo dal Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

Premessa l'importanza che l'indicazione geografica ha acquisito nel mercato dei prodotti agroalimentari, ottenendo per questo regolamentazioni puntuali a livello nazionale, europeo e internazionale, è doveroso notare come il nome geografico possa contraddistinguere un dato alimento assumendo diversi significati: può essere utilizzato per informare il consumatore circa la provenienza del prodotto da un luogo, regione o Paese determinato, non implicando nessuna relazione tra le caratteristiche dello stesso e il territorio d'origine o, al contrario, può riferirsi all'area da cui è originato il prodotto come «causa esclusiva o determinante delle sue specificità»¹⁸. A tal proposito nell'ordinamento giuridico europeo si fa riferimento all'uso di un nome geografico rispettivamente come indicazione geografica semplice o indiretta e come indicazione geografica

¹⁶ M. FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche, uno studio di diritto comparato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, p. 11.

¹⁷ Sulla necessità di riconoscere tali forme di tutela globali alle specialità e tipicità italiane e dei vari Paesi, si veda C. GALLI, *Globalizzazione dell'economia e tutela delle denominazioni di origine dei prodotti agro-alimentari*, in *Rivista di Diritto Industriale*, II/2004, p. 60: «Una pubblicità apparsa di recente su numerosi periodici, ed in particolare su riviste di design, è forse emblematica dei problemi giuridici relativi alle denominazioni d'origine nella fase attuale della nostra economia. Questa pubblicità rappresenta un uomo muscoloso e sudato, la cui immagine è accompagnata dalla scritta "No global". Ma non si tratta della W.T.O.: è invece un soffiatore di vetro di Murano, e "No Global" è lo slogan scelto dal Consorzio Promovetro Murano per propagandare i vetri artistici di Murano, mettendo in risalto la tipicità di questo prodotto».

¹⁸ L. PETRELLI, *I regimi di qualità nel diritto alimentare dell'Unione Europea, prodotti DOP – IGP – STG biologici e delle regioni ultraperiferiche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 286.

ca protetta da specifici regolamenti, in quest'ultimo caso assumendo appunto le vesti della denominazione d'origine protetta (DOP), della indicazione geografica protetta (IGP) e della specialità tradizionale garantita (STG). Il regime delle DOP e IGP è stato introdotto a livello europeo dal regolamento (CEE) n. 2081/1992¹⁹ successivamente sostituito dal regolamento (CE) n. 510/2006²⁰ nell'ottica di una maggiore valorizzazione e promozione della qualità alimentare, da realizzare attraverso l'istituzione di un quadro europeo uniforme di tutela dei nomi identificativi dei prodotti, agricoli e alimentari, per i quali sussistesse una connessione diretta tra territorio d'origine e qualità, reputazione o altra caratteristica²¹; la regolamentazione dettata in materia di STG, dapprima contenuta nel regolamento comunitario n. 2082/9274, è stata poi trasfusa nel regolamento comunitario n. 509/2006²². L'art. 2 del Reg. n. 510/2006 definiva con l'espressione "denominazione d'origine" (Do) «il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- a) originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese;
- b) la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico, inclusi i fattori naturali e umani, e la cui produzione, trasformazione e elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata».

¹⁹ Regolamento reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C:ONSLEG:1992R2081:20040501:it:PDF>; si vedano i consideranda 6° e 7° del regolamento medesimo, incentrati sulla volontà del legislatore europeo di sopprimere l'eterogeneità dei riconoscimenti, nei singoli Stati membri, attraverso l'istituzione delle DOP e IGP così da garantire, da un lato, che i consumatori non fossero più posti di fronte a una babele di differenti etichettature e riferimenti a qualità specifiche difficilmente comprensibili, dall'altro, garantire i produttori leali da forme di concorrenza improprie che trovano vie di facile sviluppo in sistemi contraddittori, poco chiari ed eccessivamente permissivi nel concedere riconoscimenti di qualifiche specifiche di prodotti non meritevoli.

²⁰ Regolamento reperibile in www.ismea.it/flex/AppData/Redational/Normative/D.5259d31345d98a6c9661/C13_15_Reg_510_06.pdf.

²¹ Il legislatore comunitario del 2006 conosce il potenziale economico insito in un maggiore livello qualitativo dei prodotti agroalimentari e, di conseguenza, avverte l'esigenza di elaborare strumenti di valorizzazione e difesa dello stesso, come si può evincere dal III considerando del Reg. n. 510/2006: «un numero sempre crescente di consumatori annette maggiore importanza alla qualità anziché alla quantità nell'alimentazione. Questa ricerca di prodotti specifici genera una domanda di prodotti agricoli o alimentari aventi un'origine geografica identificabile», e dal VI considerando del Regolamento medesimo: «É opportuno prevedere un approccio comunitario per le denominazioni d'origine e le indicazioni geografiche [...] che contempli un regime di protezione» che consenta «di sviluppare indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine» garantendo «tramite un approccio più uniforme, condizioni di concorrenza uguali tra i produttori dei prodotti che beneficino di siffatte diciture, migliorando la credibilità dei prodotti agli occhi dei consumatori».

²² Regolamento reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R0509&from=IT>.

Con l'espressione "indicazione geografica" il legislatore comunitario intendeva «il nome di una regione, di un luogo determinato o, in casi eccezionali, di un paese che serve a designare un prodotto agricolo o alimentare:

- a) come originario di tale regione, di tale luogo determinato o di tale paese e
- b) del quale una determinata qualità, la reputazione o altre caratteristiche possono essere attribuite a tale origine geografica e
- c) la cui produzione e/o trasformazione e/o elaborazione avvengono nella zona geografica delimitata»²³.

D'altra parte, l'articolo 2 del Reg. n. 509/2006 definiva con il termine "specificità" «l'elemento o l'insieme di elementi che distinguono nettamente un prodotto agricolo o alimentare da altri prodotti o alimenti analoghi appartenenti alla stessa categoria»²⁴.

L'impianto normativo così eretto dalla disciplina regolamentare del 2006, tanto per le DOP/IGP quanto per le STG²⁵, è stato sostanzialmente consolidato dall'ultimo intervento del legislatore europeo del 2012 che, con il Regolamento n. 1151²⁶, riunisce le disposizioni dettate per i tre segni distintivi e mantiene la

²³ Al comma 2 dell'art. 2 si aggiunge che: «Sono altresì considerate come denominazioni d'origine o indicazioni geografiche le denominazioni tradizionali, geografiche o meno, che designano un prodotto agricolo o alimentare e che soddisfino i requisiti di cui al paragrafo 1». Il comma 3 del medesimo articolo conclude affermando che: «In deroga al paragrafo 1, lettera a), sono equiparate a denominazioni d'origine talune designazioni geografiche qualora le materie prime dei prodotti da esse designati provengano da una zona geografica più ampia della zona di trasformazione, o diversa da essa, purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) la zona di produzione delle materie prime sia delimitata;
- b) sussistano condizioni particolari per la produzione delle materie prime;
- c) esista un regime di controllo atto a garantire l'osservanza delle condizioni di cui alla lettera b)».

²⁴ A questo proposito osserva L. PETRELLI, *op. cit.*, p. 382: «L'elemento o l'insieme degli elementi di specificità, che deve connotare un prodotto al fine di distinguerlo da altri analoghi appartenenti alla stessa categoria, può riferirsi alle caratteristiche intrinseche del prodotto, come le caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche od organolettiche, o al metodo di produzione, oppure a condizioni specifiche che prevalgono nel corso della produzione [...]. La specificità non può essere ridotta ad una composizione qualitativa o quantitativa, o a un metodo di produzione, definiti dalla legislazione nazionale o comunitaria, da norme emanate da Organismi normativi o da norme volontarie, tranne il caso in cui la legislazione e le norme suddette sono state stabilite allo scopo di definire le specificità di un prodotto [...]. Inoltre non è consentita la registrazione di un prodotto come STG se la sua specificità risiede della provenienza o nell'origine geografica [...].»

²⁵ Ciò che si dirà per DOP e IGP con riferimento a: protezione accordata all'uso dei segni, istituzione di un registro contenente le diverse denominazioni già registrate, modalità di registrazione, procedura di opposizione alla richiesta di registrazione, varrà specularmente anche per le specialità tradizionali garantite in forza degli artt. 17 e ss. del Regolamento UE 1151/2012.

²⁶ Per alcune note critiche con riferimento specifico alla STG si veda F. CAPELLI, *Il Regolamento (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre,*

distinzione tra denominazioni d'origine protette e indicazioni geografiche protette sulla base del più intenso rapporto tra l'origine e le caratteristiche-qualità del prodotto²⁷. Nella DOP, infatti, il collegamento con il territorio di origine è più rigido, nella misura in cui tendenzialmente tutta la filiera di produzione si sviluppa ivi e tanto i fattori umani, quanto i fattori naturali condizionanti il prodotto, sono da ricondurre all'area geografica evocata dal segno. Nella IGP al contrario, il nesso diretto tra qualità, reputazione, altre caratteristiche del prodotto e territorio è attenuato, potendo tale collegamento riferirsi innanzitutto ad una singola fase della filiera produttiva e d'altra parte prescindere totalmente dai fattori naturali, rilevando solamente il c.d. *savoir faire* che la comunità locale ha saputo preservare nel tempo e fidelizzare alla zona geografica di origine²⁸. La relazione con l'area geografica di provenienza di un dato prodotto può essere intensa, in relazione alle proprietà dello stesso e alla sua autenticità, al punto tale da condurre la Corte di giustizia²⁹ a qualificare come conforme al diritto dell'Unione europea la riserva alla zona geografica di produzione di

in *Rivista di diritto alimentare*, numero 1, gennaio-marzo 2014, p. 55: «[...] Per la precisione, se vogliamo riservare alle cose il loro vero nome, dobbiamo dire che la disciplina delle STG è stata un fiasco clamoroso. Questo è, infatti, il termine corretto se si vuole esprimere un giudizio sui risultati di una disciplina che in vent'anni di applicazione ha prodotto poco più di trenta registrazioni in tutta l'Unione europea, contro le oltre mille registrazioni prodotte dai Regolamenti (CEE) n. 2081/1992 e (CE) n. 510/2006, sulle DOP e sulle IGP».

²⁷ Si veda Regolamento n. 1151/2012, art. 5, comma 1: «Ai fini del presente regolamento, “denominazione di origine” è un nome che identifica un prodotto:

a) originario di un luogo, regione o, in casi eccezionali, di un paese determinati;
b) la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani; e c) le cui fasi di produzione si svolgono nella zona geografica delimitata», e art. 5, comma 2: «Ai fini del presente regolamento, “indicazione geografica” è un nome che identifica un prodotto:

a) originario di un determinato luogo, regione o paese;
b) alla cui origine geografica sono essenzialmente attribuibili una data qualità; la reputazione o altre caratteristiche; e

c) la cui produzione si svolge per almeno una delle sue fasi nella zona geografica delimitata».
²⁸ Sempre L. PETRELLI, *op. cit.*, p. 296: «[...] La reputazione del prodotto è collegata inscindibilmente ad essa a dimostrazione che le tecniche alla base della notorietà del prodotto, pur potendo essere astrattamente esportabili, non hanno ricevuto una applicazione generalizzata in altri territori tanto da provocare la volgarizzazione del nome del prodotto agricolo o alimentare collegato con la zona geografica di originaria produzione».

²⁹ A tal proposito giova richiamare la sentenza del 16 maggio 2000, causa C – 388/95, Regno del Belgio contro Regno di Spagna, in *Raccolta 2000*, I, pp. 3123 ss. (c.d. Rioja II) riguardante il caso di un famoso vino spagnolo di qualità collegata all'origine. La Corte ha affermato la legittimità della legislazione spagnola in materia, che dispone l'obbligo per i produttori di vino Rioja di imbottigliamento nella rispettiva zona d'origine, sulla base del fatto che la normativa fosse diretta a preservare la notevole reputazione di tale vino «potenziando il controllo delle sue caratteristiche particolari e della sua qualità [...]» in quanto «misura di tutela della “denominación de origen calificada” di cui beneficia la collettività dei produttori interessata e per i quali questa assume un'importanza decisiva».



una serie di operazioni di condizionamento (come l'imbottigliamento del vino, la grattugiatura del formaggio e l'affettatura del prosciutto), successive alla fabbricazione del prodotto e che, di per sé, costituirebbero misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative.

La protezione che il sopracitato regolamento accorda all'uso di una denominazione d'origine/indicazione geografica registrata è espressa all'art. 13, ove quest'ultime sono garantite e tutelate contro «qualsiasi impiego [...] per prodotti che non sono oggetto di registrazione, qualora questi ultimi siano comparabili ai prodotti registrati con tale nome o l'uso di tale nome consenta di sfruttare la notorietà del nome protetto [...], oltre che contro «qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione, anche se l'origine vera dei prodotti o servizi è indicata o se il nome protetto è una traduzione o è accompagnato da espressioni quali “stile”, “tipo”, “metodo”, “alla maniera”, “imitazione” o simili [...]»; «qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto usata sulla confezione o sull'imballaggio, nel materiale pubblicitario o sui documenti relativi al prodotto considerato nonché l'impiego, per il confezionamento, di recipienti che possano indurre in errore sulla sua origine», e infine contro «qualsiasi altra pratica che possa indurre in errore il consumatore sulla vera origine del prodotto». In aggiunta, se la domanda di registrazione di un nome geografico è presentata antecedentemente alla domanda di registrazione di un marchio commerciale, relativo ad un prodotto dello stesso tipo e il cui uso violerebbe le disposizioni di cui all'art. 13, I comma, quest'ultima automaticamente viene respinta; «i marchi registrati in violazione del I comma (art. 14) sono annullati».

I due segni distintivi non differiscono né in relazione alle dimensioni della protezione a questi accordata, né con riferimento alle modalità attraverso cui ottenere la registrazione di un nome come DOP/IGP. Al soggetto interessato infatti, che normalmente viene individuato in un gruppo di interesse e solo residualmente nella singola persona fisica, è richiesto di presentare domanda formale di registrazione corredata da un apposito disciplinare di produzione³⁰

³⁰ Il disciplinare di produzione contiene tutti i requisiti cui devono attenersi i vari produttori per poter fregiare i propri prodotti con la specifica DOP/IGP. Tali requisiti vengono individuati *ex art. 7* in:

- a) il nome da proteggere come denominazione di origine o indicazione geografica, quale utilizzata nel commercio o nel linguaggio comune, e solo nelle lingue attualmente o storicamente utilizzate per descrivere il prodotto specifico nella zona geografica delimitata;
- b) la descrizione del prodotto, comprese se del caso le materie prime, nonché le principali caratteristiche fisiche, chimiche, microbiologiche od organolettiche del prodotto;
- c) la definizione della zona geografica delimitata [...];
- d) gli elementi che dimostrano che il prodotto è originario della zona geografica delimitata [...];
- e) la descrizione del metodo di ottenimento del prodotto e, se del caso, dei metodi locali, leali e costanti nonché informazioni relative al confezionamento, quando il gruppo ri-

all'autorità dello Stato membro nel cui territorio sorge l'area geografica evocata nel nome, si da provvedere allo svolgimento di una prima fase istruttoria che possa attestare la sussistenza dei requisiti richiesti *ex lege*. Qualora l'istruttoria dia esito positivo, la domanda viene inoltrata alla Commissione. Quest'ultima procede alla registrazione della denominazione in oggetto nel Registro delle Denominazioni d'origine protette e delle Indicazioni geografiche protette, al termine di un esame formale della domanda e della pubblicazione in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea degli estremi della stessa. Entro un periodo di tempo di tre mesi infatti, le autorità di uno Stato membro, o una persona fisica, possono presentare una «notifica di opposizione»³¹ rispettivamente alla Commissione e allo Stato membro «in cui (la persona fisica) è stabilita»³², contenente una dichiarazione per la quale la domanda in corso di registrazione potrebbe non essere conforme alle disposizioni del regolamento. Se questo accade, la Commissione espleta *in primis* un tentativo di conciliazione, fallito il quale essa decide, sulla base delle informazioni possedute, se adottare o meno atti di esecuzione *ex art. 52* per la registrazione del nome. Ciò che infine risulta importante sottolineare è l'obbligo, posto in capo agli Stati, di designare «l'autorità o le autorità competenti per lo svolgimento dei controlli ufficiali intesi a verificare l'adempimento degli obblighi giuridici connessi ai regimi di qualità»³³ al fine di esperire un controllo sulla rispondenza delle DOP/IGP ai requisiti dei rispettivi disciplinari di produzione, oltre che permettere ai produttori che beneficiano delle denominazioni di accedere al sistema di controllo³⁴.

chiedente stabilisce in tal senso e fornisce sufficienti motivazioni specifiche per prodotto per cui il confezionamento deve aver luogo nella zona geografica delimitata per salvaguardare la qualità, garantire l'origine o assicurare il controllo, tenendo conto del diritto dell'Unione, in particolare della libera circolazione dei prodotti e della libera prestazione di servizi;

- f) gli elementi che stabiliscono:
- i) il legame fra la qualità o le caratteristiche del prodotto e l'ambiente geografico [...]; o
 - ii) se del caso, il legame fra una data qualità, la reputazione o un'altra caratteristica del prodotto e l'origine geografica [...];
- g) il nome e l'indirizzo delle autorità o, se disponibili, il nome e l'indirizzo degli organismi che verificano il rispetto delle disposizioni del disciplinare [...], e i relativi compiti specifici;
- h) qualsiasi regola specifica per l'etichettatura del prodotto in questione.

³¹ Art. 51, comma 1.

³² Art. 51, comma 2.

³³ Art. 36, co. 1.

³⁴ Si veda a tal proposito A. GERMANÒ, *Manuale di Diritto Agrario*, VI ed., Giappichelli, Torino 2006, pp. 274/275: «L'Italia con l'art. 53 della legge 24 aprile 1998 n. 128 ha individuato nel Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali l'autorità preposta al coordinamento delle attività di controllo e responsabile della vigilanza della stessa, e ha stabilito che il controllo sulle DOP e IGP è svolto da autorità pubbliche designate o da organismi privati autorizzati dal MiPAAF [...]».

La natura di DOP e IGP: una dimensione proprietaria?

Se si vuole analizzare la natura dei segni *sui generis*, definiti dalla legislazione europea come baluardo a difesa della qualità agroalimentare e non solo, non si può prescindere dalla fondamentale idea per cui «il nome geografico è una sorta di *common* che deve essere nella disponibilità di tutti coloro che operano nell'area cui il nome si riferisce»³⁵. Questo è il punto di partenza per comprendere i tratti della dimensione proprietaria celata dietro a DOP e IGP. Da un punto di vista storico, la ratio che ha spinto teorici e pratici ad includere le indicazioni geografiche all'interno del paradigma proprietario è la stessa che ha condotto la figura del marchio all'interno della *intellectual property*: è indubbio che entrambi esprimano originariamente un nome, personale o individuale, allusivo al concetto di provenienza e fattore di demarcazione di identità. In altre parole, secondo la concezione tradizionale «se il marchio è oggetto di proprietà, [...] allora non è irragionevole parlare anche nel caso delle indicazioni geografiche di segni distintivi oggetto di proprietà»³⁶.

Ma la dimensione individuale che caratterizza il marchio e che sembra essere assente nelle indicazioni geografiche, a meno di non voler trasformare il concetto di identità individuale in quello di collettività, ha posto e ripone oggi la domanda: le *geographical indications* possono essere considerate una delle forme di espressione della proprietà intellettuale? Nessuna risposta può essere data, non tenendo conto dell'univocità dei tre formanti legislativo³⁷, giurisprudenziale³⁸ e dottrinale³⁹, che convergono nel definire le indicazioni geografiche come una forma di proprietà intellettuale ovvero industriale. D'altra parte po-

³⁵ Cfr. M. FERRARI, *op. cit.*, p. 129.

³⁶ Cfr. M. FERRARI, *op. cit.*, p. 135.

³⁷ Per ciò che attiene alla legislazione europea, si riprenda il considerando 56 del Regolamento 1151/2012: «Le disposizioni relative ai sistemi che conferiscono diritti di proprietà intellettuale, in particolar modo i diritti conferiti dal regime di qualità riguardante le denominazioni di origine e le indicazioni geografiche o quelli conferiti dalla normativa sui marchi [...], e l'art. 43 che richiama le norme «che disciplinano la proprietà intellettuale, in particolare quelle relative alle denominazioni d'origine e indicazioni geografiche».

³⁸ Cfr. *High Court of Justice, Chancery Division, Bollinger vs Costa Brava wine co ltd*, dicembre 1960, in *RPC 16, Chapter 262*, che venne battezzata successivamente come il caso dello *Spanish Champagne*, vertente sul tentativo di alcuni imprenditori francesi di bloccare la vendita del Regno Unito di vino frizzante, prodotto in Spagna ed etichettato, per l'appunto, come *Spanish Champagne*. Nelle argomentazioni della Corte il termine Champagne viene definito oggetto di un *right to property* appartenente ai produttori della regione francese dello Champagne. Per questo i giudici giungono ad applicare il *tort of passing off*, sanzionando la distribuzione del vino così etichettato.

³⁹ *Ex multis* V. MANTROV, *EU Law on Indications of Geographical Origin, Theory and Practice*, Springer, Berlin 2014, p. 46: «It is a generally accepted view that IGOs are IP (and simultaneously industrial property) objects falling into the legal sphere of IP rights. It is also generally accepted that IGOs as IP objects belong to private rights both in legal literature and in legal regulation [...]».



trebbe essere fuorviante discutere di proprietà come una sorta di monolite e non prendere in considerazione, invece, la pluralità di statuti proprietari ancora oggetto di discussione tra i vari studiosi teorici della proprietà. Assodato infatti che le *geographical indications* rappresentino una forma proprietaria, risulta interessante chiedersi che tipo di paradigma proprietario esprimano, se univoco o plurimo. Le DOP e le IGP sottendono un modello proprietario caratterizzato principalmente dall'elemento pubblicitario, come si desume in massima misura dall'impossibilità di individuare per le stesse un titolare in senso formale. Anche se la loro registrazione, come si è visto, viene promossa da associazioni di produttori o enti pubblici, le denominazioni d'origine e indicazioni geografiche protette non sono di proprietà di alcun soggetto specifico. Da ciò deriva tutta una serie di limitazioni in riferimento ad alcune forme di circolazione delle stesse: innanzitutto l'impossibilità di alienazione. Tale carattere trova ragion d'essere non solo nell'inesistenza di un soggetto titolare formale, ma anche nel forte legame con il territorio⁴⁰ cui rimandano, che comporta una loro sostanziale incorporazione nello stesso; «la loro funzione è proprio quella di esprimere e reificare il territorio attraverso la valorizzazione dei prodotti che da quel territorio provengono. Disgiungere una DOP o IGP dal territorio di riferimento, consentendone la cessione e, quindi, la libera circolazione, tradirebbe l'essenza stessa di quei segni distintivi»⁴¹. Secondo la dottrina più autorevole, è questo secondo carattere a definire maggiormente la dimensione pubblicitaria insita nel paradigma delle Denominazioni d'origine e Indicazioni geografiche protette: il territorio di per sé non può circolare in quanto fattore statico per antonomasia, e se DOP e IGP esprimono il territorio, l'impossibilità di una loro circolazione emerge dall'interno della loro stessa struttura. Non si può di certo non notare che la dimensione pubblicitaria di tali segni conviva con elementi di tipo privatistico, che avvicinano DOP e IGP all'ampio *genus* del marchio. Si fa riferimento a tal proposito alla valutazione di legittimità di un provvedimento che riconosce una denominazione o indicazione protetta: la Cassazione italiana, ad esempio, ha infatti stabilito che, seppur tale giudizio si iscriva nella giurisdizione del giudice amministrativo, in forza della natura pubblicitaria dei segni trattati, nondimeno il giudice dovrà esprimere una valutazione sulla base di «parametri privatistici, quali l'originalità e la distintività, per pervenire all'illegittimità e quindi all'annullamento del [...] provvedimento»⁴².

⁴⁰ Come nota a ragione M. FERRARI, *op. cit.*, p. 156, lo stesso concetto di territorio ha subito una trasformazione: «Da un territorio come semplice luogo di provenienza di un prodotto, privo cioè di caratteri distintivi particolari, si è passati a un territorio contraddistinto da caratteri morfologici peculiari e misurabile secondo parametri costanti ed oggettivi; per giungere infine, negli ultimi anni, a un territorio inteso come idea evocativa, come elemento che rimanda a fattori ulteriori e più complessi, in cui si intrecciano storia, cultura, usi e valori».

⁴¹ Cfr. M. FERRARI, *op. cit.*, p. 143.

⁴² Cassazione, Sezioni Unite, 1994, n. 3352, in *Il Foro Italiano*, vol. 118, no. 9, settembre 1995.



Il secondo aspetto attiene alla gestione di DOP e IGP non deferita alla pubblica amministrazione, bensì a consorzi volontari di diritto privato che raggruppano gli stessi operatori che fregiano i propri prodotti con i segni registrati; l'affidamento della gestione al soggetto privato implica necessariamente che si è in presenza di un segno che, seppur caratterizzato da venature pubblicitarie, serve nondimeno interessi privati.

DOP e IGP rappresentano quindi un ibrido regolato da un *corpus* normativo di stampo pubblicitario⁴³, in cui sono stati inseriti elementi di derivazione privatistica, mutuati dalla disciplina dei marchi, e di cui si rintracciano numerose tracce nella legislazione europea: i riferimenti alla genericità, alla necessità di una previa registrazione, al divieto di trarre in inganno i consumatori e così via. In estrema sintesi, possiamo affermare che lo statuto proprietario alla base delle indicazioni geografiche non è altro che un “insieme di regole cooperative volte, da un lato, a gestire i rapporti tra produttori operanti in uno specifico territorio che intendano utilizzare il bene indicazione geografica, in modo che nessuno prevarichi sull'altro; d'altro lato, a promuovere ulteriormente tale bene”⁴⁴. In questo modo esse possono divenire strumento per la preservazione di tessuti economico-sociali messi a repentaglio dalla forza “distruttiva” della globalizzazione.

La disciplina dei marchi collettivi e le principali differenze rispetto a DOP e IGP

Il sistema delle denominazioni d'origine e indicazioni geografiche protette, tuttavia, non esaurisce il vasto panorama di strumenti utilizzabili per tutelare efficacemente la qualità alimentare e le specialità dei singoli Stati europei, primo fra tutti lo Stato italiano. È necessario, infatti, dar menzione anche del c.d. marchio collettivo, assoggettato ad una disciplina specifica rispetto all'ordinario marchio individuale, che investe tanto i soggetti cui è consentita la titolarità quanto i presupposti cui è legato il riconoscimento, nonché la disciplina applicativa e gli strumenti attuativi. Storicamente, pur configurando il marchio collettivo una privativa industriale, la Convenzione di Parigi sulla protezione della proprietà industriale⁴⁵ nella versione originaria del 1883, non ne trattava. Soltanto con la revisione della Convenzione medesima, avvenuta a Washington nel 1922, venne inserito il riferimento al marchio collettivo. Gradatamente tale segno distintivo ha trovato protezione nella legislazione dei singoli Stati aderenti alla Convenzione e, con specifico riferimento all'ordinamento giuridico

⁴³ M. FERRARI, *op. cit.*, p. 149: «[...] L'obbligo di includere eventuali terzi che ne facciano richiesta nel godimento del bene indicazione geografica costituisce un tratto intrinseco allo statuto proprietario che governa questi beni immateriali».

⁴⁴ Cfr. M. FERRARI, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁵ Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, modificata in ultimo a Stoccolma nel settembre 1979, reperibile in www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556.

italiano, ex art. 2570⁴⁶ del codice civile e art. 11⁴⁷ del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, c.d. Codice della proprietà industriale. In generale, il marchio collettivo è un marchio richiesto da soggetti, individuali o collettivi, che espleta la funzione di garantire la natura, la qualità o l'origine di determinati prodotti o servizi⁴⁸. L'effettivo titolare del bene immateriale marchio collettivo è un ente o consorzio di imprenditori che gode del diritto di concederne l'uso a produttori e commercianti, previa verifica della conformità dei singoli prodotti a determinate condizioni dettate da un apposito regolamento d'uso⁴⁹; si verifica, quindi, una dissociazione fra titolarità del segno e suo utilizzo. A differenza del marchio individuale, perciò, il marchio collettivo è incapace di identificare il prodotto come realizzato da un'impresa anziché da un'altra, perché concesso ad un numero plurimo di utilizzatori. Tutte le produzioni che si fregiano del marchio di qualità sono così garantite, in forza dei controlli espletati dall'ente o consorzio titolare, circa l'utilizzo di certe materie prime e tecniche specifiche di trasformazione statutariamente indicate e prescritte; così si assicura la loro conformità a determinati standard prefissati.

Frequente è la denominazione data ai marchi collettivi come “marchi di qualità”, proprio in funzione della garanzia qualitativa da questi rappresentata. Ma esiste un'altra categoria di “marchi collettivi di qualità”, il cui utilizzo è concesso da parte del soggetto titolare ai singoli imprenditori rispettosi di un disciplinare, sottoposto previamente all'approvazione della pubblica autorità. In altri termini, questo marchio di qualità altro non è che un «marchio certificativo della qualità, una certificazione di qualità, un segno che marca, appunto, prodotti certificati, marchi che più correttamente andrebbero chiamati marchi di garanzia o di certificazione»⁵⁰.

Il principale carattere del marchio commerciale, in quanto segno identificativo di prodotti provenienti da una determinata impresa, è il suo carattere

⁴⁶ Art. 2570 rubricato “Marchi collettivi”: «I soggetti che svolgono la funzione di garantire l'origine, la natura o la qualità di determinati prodotti o servizi possono ottenere la registrazione di marchi collettivi per concederne l'uso, secondo le norme dei rispettivi regolamenti, a produttori o commercianti».

⁴⁷ Art. 11, co. 1, rubricato “Marchio collettivo”: «I soggetti che svolgono la funzione di garantire l'origine, la natura o la qualità di determinati prodotti o servizi, possono ottenere la registrazione per appositi marchi come marchi collettivi ed hanno la facoltà di concedere l'uso dei marchi stessi a produttori o commercianti».

⁴⁸ L'indice della forza che oggi assume il marchio collettivo è riscontrabile nell'esistenza, nel nostro Stato, di 480 marchi collettivi registrati.

⁴⁹ Il rispetto del regolamento d'uso risulta essenziale anche nell'interesse dei consumatori a che non siano ingannati sull'effettiva corrispondenza dei beni alle caratteristiche indicate, principio rafforzato dalla disposizione di cui all'art. 14, comma 2, lett. c, Codice della proprietà industriale, per cui: «il marchio d'impresa decade per omissione da parte del titolare dei controlli previsti dalle disposizioni regolamentari sull'uso del marchio collettivo».

⁵⁰ A. GERMANO, *Manuale di diritto agrario*, VI ed., Giappichelli, Torino 2006, p. 270.



distintivo. L'art. 13, co. 1, del Codice della proprietà industriale dispone infatti che «non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa i segni privi di carattere distintivo [...] come i segni che in commercio possono servire a designare [...] la provenienza» del singolo bene/servizio. Deroga al principio in esame il marchio collettivo, che in forza del precedente art. 11, può consistere in segni che individuino la sola provenienza geografica del prodotto; d'altra parte, se il marchio collettivo contiene il solo riferimento al territorio da dove è originato il prodotto (il c.d. marchio collettivo geografico⁵¹), l'uso di tale denominazione non può essere negato a terzi che, nel rispetto dei canoni della correttezza professionale, potranno continuare a fregiare i propri prodotti con segni che richiamano la rispettiva terra d'origine⁵².

Si può immediatamente cogliere in questi termini una delle differenze esistenti tra marchio collettivo e DOP/IGP: la qualità garantita dal primo non necessariamente è qualità territoriale, bensì può esserlo solo se vi è un marchio collettivo geografico, costituito esclusivamente dal riferimento al territorio d'origine (lo è invece sempre se il dato prodotto è coperto da denominazione d'origine o indicazione geografica protetta, stando alla lettera dell'art. 5 del Regolamento 1151/2012). Altra importante differenza tra i due segni di riconoscimento attiene alla natura dell'iniziativa in forza della quale questi ultimi vengono ad esistenza: mentre i marchi collettivi nascono da un atto di autonomia privata, dato dalla domanda di registrazione del segno proveniente dall'ente o consorzio di imprenditori, nel caso delle indicazioni geografiche «la riserva di utilizzazione del segno a favore di certe imprese ad esclusione delle altre è istituita *ex lege*»⁵³. La fonte normativa che istituisce la tutela può essere, infatti, di

⁵¹ Cfr. M. IACUONE, *Il marchio collettivo geografico*, in *Il Diritto industriale*, 4/2014, p. 338: «[...] in particolare il tema del marchio collettivo che incorpora denominazioni geografiche è dibattuto anche in seno alla WTO, e sempre più spesso si nota come una credibile difesa di questi segni possa passare solo attraverso una connessione del marchio a quel complesso di fattori caratterizzanti il territorio definito "Traditional Knowledge" (tradizioni, competenze, materie prime, metodi di lavorazione, ecc.) che rappresenta un'enorme ricchezza per la nostra Nazione». V. sul punto, S. VEZZANI, *La tutela delle conoscenze tradizionali di interesse agricolo nel diritto internazionale*, in G. STRAMBI - A. GERMANÒ (a cura di), *La valorizzazione del patrimonio culturale immateriale di interesse agricolo*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 25 ss.

⁵² Sul riconoscimento di un diritto soggettivo di ciascun produttore a potersi fregiare dell'indicazione geografica contenuta nel marchio, sulla sola base del rispetto del regolamento d'uso, si è molto discusso. Una soluzione è data da M. RICOLFI *et al.*, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino 2009, p. 156: «[...] In sede interpretativa della disposizione trascritta, si potrà ritenere che l'assolvimento del precetto di cui al 4° comma dell'art 11 comporti che, in fase di registrazione del marchio collettivo geografico, l'Ufficio debba estendere la propria verifica anche alle regole, statutarie o di altra natura, che presiedano all'ammissione delle imprese in possesso dei requisiti richiesti dal regolamento e si assicuri che queste garantiscano l'accesso a tutti gli operatori del settore che siano disposti a rispettare il regolamento».

⁵³ M. RICOLFI *et al.*, *op. cit.*, p. 153.



origine internazionale, europea o interna, o infine risultare da una combinazione dei tre livelli normativi; ma in nessun caso la protezione verrà subordinata ad una previa registrazione presso un Ufficio marchi. Ricordiamo, inoltre, che se l'intero sistema delle denominazioni d'origine e indicazioni geografiche protette ruota attorno al concetto classico di "tradizione", il marchio collettivo si appunta sull'istantaneità creativa dell'intelletto umano, che fa acquisire al primo il carattere della novità; in altri termini, l'indicazione geografica non viene attribuita ad un nome nuovo, ma anzi ad un nome di cui già si dimostri l'uso, da tempo, nel commercio come indicazione del prodotto e, al contrario dei marchi, «social recognition must already exist in order to protect geographical indications. Geographical indications are not created; they are there, in nature, and the characteristics differentiating them should already be recognized before the idea and need for their protection arise»⁵⁴.

Si noti anche la differente natura del disciplinare di produzione che accompagna una DOP o IGP e quella del regolamento d'uso proprio di un marchio collettivo: le condizioni da quest'ultimo dettate hanno una fonte privatistica, essendo i «regolamenti concernenti l'utilizzazione, i controlli e le sanzioni» elaborati dal soggetto titolare del marchio, mentre il disciplinare di produzione delle denominazioni soggiace, quanto al contenuto, a precise disposizioni UE ed è approvato con apposito provvedimento normativo. Da un punto di vista temporale, mentre la durata della tutela riferita alle indicazioni geografiche è indefinita, non essendo previsto un "termine di scadenza", purché sussistano le condizioni di protezione, la registrazione di un marchio necessita di essere periodicamente rinnovata; questo è tanto più vero se rapportato al fatto che mentre i marchi possono essere soggetti a volgarizzazione, ciò non avviene per le indicazioni geografiche⁵⁵.

Il vero problema che tuttavia interessa il rapporto tra marchi collettivi e DOP-IGP attiene alla possibilità di coesistenza delle due protezioni e, quindi, ad una possibile conflittualità. Il legislatore dell'Unione ha risolto la possibile sovrapposizione dei due segni impedendo la registrazione di marchi collettivi

⁵⁴ Cfr A. GARRIDO DE LA GRANA, *Geographical Indications and Trademarks: Combined Efforts for a Stronger Product Identity. The Experience of Cuban Cigar Trademarks and Geographical Indications*, relazione tenuta nell'ambito dell'*International Symposium on Geographical Indications*, organizzato congiuntamente dalla WIPO (*World Intellectual Property Organization*) e dalla SAIC (*State Administration for Industry and Commerce of the People's Republic of China*), Beijing, 26-28 giugno 2007, reperibile in http://www.wipo.int/edocs/mdocs/geoint/en/wipo_geo_bei_07/wipo_geo_bei_07_www_81776.doc.

⁵⁵ Si confrontino la disposizione di cui all'art. 1, comma 2, Regolamento n. 1151/2012, per cui: «Le denominazioni di origine protette e le indicazioni geografiche protette non diventano generiche», con la disposizione di cui all'art. 26, comma 1, lett. a, per cui: «Il marchio decade per volgarizzazione ai sensi dell'articolo 13, comma 4», cioè «[...] se, per il fatto dell'attività o dell'inattività del suo titolare, sia divenuto nel commercio denominazione generica del prodotto o comunque servizio o abbia perduto la sua capacità distintiva».



geografici qualora ricalchino o vadano a svolgere la medesima funzione di una DOP-IGP⁵⁶; tutto ciò nell'ottica di prevenire la confusione del consumatore circa le caratteristiche di quel dato prodotto indicato come denominazione d'origine o indicazione geografica protetta.

Il contrasto all'*Italian Sounding* al di fuori della UE: una prospettiva di diritto internazionale e comparato

A livello internazionale la protezione delle indicazioni geografiche avviene attraverso l'adesione ad accordi multilaterali. In particolare, in ordine temporale, gli accordi multilaterali contenenti specifiche disposizioni in merito alla protezione delle indicazioni di origine e delle denominazioni d'origine sono stati: la Convenzione di Parigi, l'Accordo di Madrid, l'Accordo di Lisbona e gli accordi sulla Tutela dei diritti di proprietà intellettuale collegati agli scambi commerciali (TRIPs). Più in dettaglio, il raggiungimento dell'accordo TRIPs in sede WTO nel 1995 rappresenta lo spartiacque tra due fasi importanti nella definizione delle regole e nello sviluppo del dibattito inerente al tema delle indicazioni geografiche. Prima del 1995 gli accordi internazionali potevano essere distinti in due tipologie:

- accordi estesi a molti Paesi firmatari, caratterizzati da una definizione generale della provenienza e dell'origine e da una protezione debole (Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale);
- accordi limitati a pochi Paesi firmatari che forniscono definizioni più precise di indicazione geografica e un livello di protezione più forte (Accordo di Lisbona).

La Convenzione di Parigi, approvata nel 1883 e ripetutamente modificata, è stata il primo trattato internazionale a conferire tutela, seppur generica, alle indicazioni “di provenienza”. Tale tutela è garantita secondo il principio del trattamento nazionale; ciò significa che la protezione viene applicata in ogni Paese aderente alla Convenzione adottando le norme che tutelano le proprietà industriali nazionali. In particolare la Convenzione elenca, tra gli argomenti oggetto di protezione di queste ultime, anche le “indicazioni di provenienza” (*indications of source*) e le “denominazioni di origine” (*appellations of origin*).

⁵⁶ Nel conflitto tra denominazioni protette e un marchio posteriore, quest'ultimo non potrà essere registrato, o ne sarà dichiarata la nullità, anche quando la domanda di registrazione del marchio sia depositata prima di quella della DOP-IGP (art. 14, comma 1, Reg. UE 1151/2012). Nel conflitto tra denominazioni protette e un marchio anteriore, i due segni potranno coesistere a patto che il marchio sia registrato in buona fede e non sia affetto da motivi di nullità o decadenza (art. 14, comma 2, Reg. UE 1151/2012). Nel conflitto tra una denominazione protetta ed un marchio anteriore e notorio, non si procederà alla registrazione della denominazione qualora sia tale da indurre il consumatore in errore circa la vera identità del prodotto (art. 6, comma 4, Reg. UE 1151/2012).

La tutela istituita dalla Convenzione di Parigi è da ritenersi complessivamente poco efficace, sia per la mancanza di definizioni comuni, sia perché la tutela viene limitata ai casi in cui la falsa indicazione di origine è utilizzata come nome commerciale indebito o per perseguire un intento fraudolento. In altri termini la Convenzione di Parigi, vieta esclusivamente l'utilizzo di false indicazioni di origine qualora queste siano usate con nomi fittizi o inesistenti. Relativamente alla genericità di un marchio contenente un'indicazione geografica, sancisce, *inter alia*, nell'articolo 6-bis, che fra segni identici, qualora vi sia un conflitto, prevalga il "principio di priorità", per cui la propensione, esternata nella Convenzione, è quella di dare maggior peso alla situazione *de facto* creatasi nel paese in cui i prodotti vengono esportati.

A seguito della scarsa efficacia della Convenzione di Parigi, nel 1891 i Paesi (in prevalenza europei) che avevano maggiori interessi a ottenere una migliore protezione internazionale delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di origine conclusero un nuovo trattato finalizzato a reprimere l'uso di indicazioni di provenienza false o ingannevoli, noto come Accordo di Madrid. Quest'ultimo stabilisce precise regole per la repressione di indicazioni di provenienza false o ingannevoli. In pratica l'Accordo di Madrid obbliga gli Stati membri a impedire non solo l'uso di "false" indicazioni di provenienza, ma anche l'uso di indicazioni di provenienza e di denominazioni di origine ritenute "ingannevoli", cioè letteralmente vere ma tuttavia fuorvianti per i consumatori. Questo può accadere, ad esempio, quando un nome geografico esiste in due Paesi differenti, ma viene usato come indicazione di origine solo in uno dei due⁵⁷.

⁵⁷ Un importante contributo per la comprensione della Convenzione dell'Unione di Parigi è fornito da M. HOPPERGER, *Geographical indications in the international arena: the current situation*, relazione discussa in occasione dell'*International Symposium on geographical Indications*, tenutosi a Pechino, 26 – 28 luglio 2007, consultabile in www.wipo.int/edocs/mdocs/geoind/en/wipo_geo_bei_07/wipo_geo_bei_07_www_81753.doc. Nello specifico, pp. 8 ss.: «A provision prohibiting the use of a false indication of source appeared as early as in the original text of the Paris Convention of 1883. However, that protection was rather limited, since the prohibition was only applicable where the false indication of source was used in conjunction with a fictitious or non-existing trade name. Article 10 of the Paris Convention in its current version sets forth that, in cases of "direct or indirect use of a false indication of the source of the goods or the identity of the producer, manufacturer or merchant", Article 9 of the Paris Convention should be applicable. Article 9 provides that goods bearing a false indication of source are subject to seizure upon importation into countries party to the Paris Convention, or within the country where the unlawful affixation of the indication of source occurred or within the country of importation. This seizure shall take place at the request of the public prosecutor, or any other competent authority, or any interested party. However, Article 9 (5) and (6) of the Paris Convention allows that countries party to the Paris Convention whose national laws do not permit seizure on importation or inside the country to replace those remedies by either a prohibition of importation or by any other nationally available remedy. Furthermore, Article 10ter (2) contains an undertaking of the States party to the Paris Convention to allow federations and associations representing producers and trade circles to bring actions in order to enforce the means of protection envisaged in Articles 9 and 10».



L'Accordo di Madrid, nonostante le modifiche che ad esso sono state apportate, non ha incrementato in modo significativo il livello di protezione già attribuito alle indicazioni di provenienza e alle denominazioni di origine dalla Convenzione di Parigi. Considerando inoltre il limitato numero di Paesi aderenti (a tutt'oggi solo 34), neppure con l'Accordo di Madrid si sono ottenuti risultati significativi.

Sottoscritto nel 1958, è il terzo accordo internazionale in tema di denominazioni di origine e il primo che realmente conferisce a questa categoria di prodotti un riconoscimento internazionale e un livello di tutela accettabile⁵⁸.

Tale protezione viene realizzata attraverso la creazione di un "registro internazionale" delle denominazioni da proteggere. A questo riguardo l'articolo 1.2 stabilisce che gli Stati firmatari dell'Accordo di Lisbona si impegnano a tutelare le denominazioni di origine che sono protette come tali nel Paese di origine e iscritte nel registro internazionale amministrato da una istituzione internazionale appositamente creata sotto l'egida dell'ONU: l'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI o WIPO).

Requisito fondamentale per ottenere la protezione a livello internazionale è che la denominazione di origine sia oggetto di protezione nel Paese di origine; solo a tale condizione può essere inserita nel registro internazionale e quindi pubblicata e notificata agli altri Stati firmatari dell'Accordo di Lisbona.

Un principio fondamentale dell'Accordo è quello di impedire che un qualsiasi Paese aderente possa decidere unilateralmente sulla genericità della denominazione. La decisione viene riservata al solo Paese aderente nel quale la denominazione ha origine, impedendo così che essa possa essere considerata generica finché è protetta nel Paese che l'ha introdotta. Sotto questo aspetto, l'Accordo di Lisbona offre una tutela internazionale forte alle denominazioni di origine, estendendola anche ai Paesi terzi.

L'Accordo di Lisbona, per la prima volta a livello internazionale, introduce definizioni comuni nell'ambito delle denominazioni di origine, migliorando in questo modo il sistema di tutela. L'articolo 2 dell'Accordo fornisce infatti una chiara definizione di denominazione di origine (o *Appellation of origin*), stabilendo che con tale espressione si intende «la denominazione geografica di un

⁵⁸ Si veda J. FLODGREN, *Geographical Indications and Trademarks: Synergies and Conflicts in the International Market*, reperibile in https://www.origin-gi.com/images/stories/PDFs/English/OriGIpublications/News/johan_flodgren_essay.pdf, p. 4: «It was the first multilateral legal instrument to address the issue of "deceptive indications of source", thus expanding the scope of protection already provided for by the Paris Convention. Deceptive indications are "literally true but nevertheless misleading", insofar that they refer correctly to a certain origin, but it is not the origin consumers think», ma anche O' CONNOR and company, European lawyers, *Geographical indications and TRIPS: 10 Years Later... A Roadmap for EU GI Holders to Get Protection in Other WTO Members*, reperibile in http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2007/june/tradoc_135088.pdf.



Paese, di una regione o di una località designante un prodotto o un bene che ne è originario e le cui qualità e caratteristiche sono dovute esclusivamente o essenzialmente all'ambiente geografico, comprendente fattori naturali o umani».

Con l'Accordo di Lisbona i Paesi firmatari si impegnano a proteggere sul proprio territorio le denominazioni degli altri Paesi aderenti nei quali le stesse sono riconosciute e protette, impedendone non solo l'uso ingannevole, ma anche ogni tipo di imitazione o usurpazione, anche se la vera origine del prodotto viene indicata o se la denominazione è usata in forma tradotta o accompagnata da espressioni quali: "del tipo", "tipo", "imitazioni", "come" (art. 3).

Nonostante la presenza di ben tre accordi in sede internazionale, da un lato a causa della scarsa chiarezza nella definizione delle denominazioni e, dall'altro, a causa dello scarso numero di Paesi firmatari, si è ravvisata la necessità di cercare un nuovo accordo sulle denominazioni di origine che coinvolgesse un maggior numero di Paesi. L'occasione è stata fornita nel 1994 dalla firma a Marrakesh dell'Accordo conclusivo dell'Uruguay Round del WTO, e del suo allegato Accordo TRIPs (*The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) sui diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, nel quale le indicazioni geografiche sono regolamentate da una sezione specifica.

Nonostante l'esiguo numero di articoli riguardanti questa materia, l'Accordo TRIPs potenzialmente rappresenta un valido strumento per migliorare la protezione internazionale delle indicazioni geografiche, grazie anche al consistente numero di Paesi, oltre 150, che aderiscono al WTO. In dettaglio, l'articolo 22.1 definisce le indicazioni geografiche, stabilendo che con tale termine si intende fare riferimento alle «indicazioni che identificano un prodotto come originario del territorio di un Paese membro, o di una regione o località in detto territorio, quando una determinata qualità, reputazione o altra caratteristica del prodotto siano attribuibili essenzialmente alla sua origine geografica». La protezione sancita dall'articolo 22 è generale, cioè estendibile a tutti i prodotti riconosciuti come indicazione geografica, ma si tratta di una protezione negativa, dal momento che i Paesi membri del WTO sono obbligati solamente a prevedere i mezzi legali atti a impedire un uso scorretto di una indicazione; lo scopo della protezione è limitato al divieto dell'uso di una certa indicazione da parte dei produttori non localizzati nella regione designata da quella stessa indicazione. Questo avviene attraverso:

- l'articolo 22.2, che sancisce l'obbligo degli Stati membri di prevedere i mezzi legali atti a consentire alle parti interessate di assicurare la protezione delle indicazioni geografiche contro ogni uso che possa ingannare il pubblico o costituire un atto di concorrenza sleale;
- l'articolo 22.3, che stabilisce che ogni Paese membro debba rifiutare o dichiarare nullo un trademark che contenga o consista in una indicazione geografica, se l'uso di tale indicazione geografica nel trademark è tale da ingannare il pubblico relativamente alla vera origine del prodotto;
- l'articolo 22.4, che stabilisce che la protezione di cui sopra (artt. 22.1, 22.2 e 22.3) si applichi anche alle indicazioni che, per quanto letteralmente vere



in ordine al territorio d'origine, indicano falsamente al pubblico che il prodotto è originario di un altro territorio.

La tutela offerta dall'articolo 22 risulta però generica e poco incisiva, dal momento che, nel caso in cui il legittimo titolare di una determinata indicazione geografica voglia opporsi a un suo utilizzo indebito, dovrà dimostrare che l'uso che ne fa la controparte è tale da indurre il pubblico in errore; occorre cioè dimostrarne il "carattere fuorviante". L'inganno di cui trattasi prende le fattezze di vero e proprio errore da parte del pubblico sulla provenienza geografica o comunque sulla qualità del prodotto e, di conseguenza, non sembra essere riferibile al cd. agganciamento parassitario, che invero rappresenta una piaga sempre più estesa per le produzioni di qualità⁵⁹.

L'articolo 23, per contro, stabilisce una protezione aggiuntiva riservata alle indicazioni geografiche per i vini e le bevande alcoliche, che vale (art. 23.1) anche quando «l'indicazione geografica è tradotta o è accompagnata da espressioni quali "genere", "tipo", "stile", "imitazione" o simili». Anche in questo caso si tratta di una "protezione negativa", ma si parla di "tutela forte", in quanto viene applicata indipendentemente dal rischio di confusione o di concorrenza sleale e si esclude a priori la legittimità di una indicazione non corrispondente al luogo di realizzazione del prodotto, a prescindere dal fatto che i consumatori siano o meno in grado di distinguere un prodotto realmente originario della zona indicata da un altro che fa un uso arbitrario della stessa indicazione.

Tutto ciò ha dato luogo a un sistema di protezione a due livelli: il primo, generico, sancito dall'articolo 22 e applicabile alle indicazioni geografiche di tutti i prodotti; e il secondo, aggiuntivo, stabilito dall'articolo 23 e relativo alle indicazioni di vini e bevande alcoliche. Questo comporta, ad esempio, che in ottemperanza all'articolo 23 non è possibile usare indicazioni quali "vino frizzante stile Champagne, prodotto in Cile" o "Swiss Tequila", mentre sarà possibile "Formaggio Roquefort, prodotto in Norvegia", o "Tappeti Bukhara, made in Usa" (art. 22). Infatti, gli ultimi casi menzionati potrebbero essere considerati da un giudice come non ingannevoli per il pubblico, dal momento che viene indicata la vera origine del prodotto. È cioè sufficiente un'indicazione, seppur marginale, della vera origine del prodotto per consentirne la commercializzazione, indebolendo così la tutela offerta all'indicazione geografica.

La protezione generica dell'articolo 22 può essere quindi invocata solamente se il pubblico viene ingannato dall'uso illegittimo dell'indicazione geografica o se tale uso costituisce un atto di concorrenza sleale. Di fatto, però, semplicemente aggiungendo indicazioni quali "made in..." si giustificano espressioni del tipo "Parma ham, made in Canada", o "Murano Glass, produced in Turkey", non essendovi inganno per il pubblico dal momento che la vera origine è indicata. Tale situazione incentiva il rischio che le indicazioni geografiche si

⁵⁹ Cfr C. GALLI, *op. cit.*, pp. 62 ss.



trasformino in nomi generici, e che possano perciò nel tempo essere usati liberamente da chiunque, divenendo il nome di un'intera categoria di prodotti.

La disparità di trattamento tra le diverse tipologie di prodotto emerge inoltre anche nei casi di indicazioni geografiche “omonime” (art. 23.3) dove invece è prevista la creazione di un registro multilaterale (art. 23.4). Si ricorda, infatti, che per tutti gli altri prodotti, incluse le bevande alcoliche diverse dal vino, l'articolo 22.4 si limita a vietare l'utilizzo di un'indicazione geografica che, pur riferendosi al reale luogo di origine del prodotto, è tale da indurre il pubblico in errore, essendo formulata in modo tale da far ritenere che il prodotto provenga dal luogo omonimo. Allo stesso tempo l'Accordo TRIPS non spiega il significato di “sistema multilaterale di notifica e registrazione”, e questa lacuna ha dato luogo alla nascita di due opposte fazioni nell'ambito del WTO, ognuna con una propria proposta: quella dell'Unione europea e quella degli Stati Uniti, entrambe sostenute da Paesi con interessi analoghi⁶⁰.

⁶⁰ Per le varie posizioni espresse dai vari blocchi di Stati, cfr. M. GEUZE, *The Provisions on Geographical Indications in the TRIPS Agreement*, in *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, 1/2009, p. 58: «The joint proposal: “This proposal is sponsored by Argentina, Australia, Canada, Chile, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Japan, Mexico, New Zealand, Nicaragua, Paraguay, Chinese Taipei and the United States. These members propose a purely voluntary system. Members wishing to participate would notify a list of GIs, which would then be recorded on a database administered by the WTO Secretariat. Participating members would commit to ensure that their procedures include the provision to consult the database when making decisions regarding registration and protection of trademarks and GIs for wines and spirits in accordance with their domestic law. Non-participating members would be encouraged, but would not be obliged, to consult the database”.

The EC proposal: “This proposal calls for a system whereby members electing to participate would notify GIs into the system. Upon publication, other members would have an 18-month period during which to lodge a reservation against (i.e., to challenge) the notified GI on certain grounds, such as non-compliance with the Article 22.1 definition or genericness. In the absence of challenges or if the challenges were withdrawn, the GI would be registered. Differences regarding challenges would be resolved through direct negotiations between the notifying and challenging members. Once registered, the GI would produce an irrebuttable (i.e., no longer challengeable) presumption of eligibility for protection in the members who have not challenged the GI or have withdrawn the challenges. This presumption also applies to non-participating members that have not lodged reservations within the 18 months. The registered GI can be challenged at any time in participating members on other grounds such as prior trademarks or grandfathered uses”.

The Hong Kong, China proposal: “The Hong Kong government has proposed a voluntary system whereby a registered GI would create a rebuttable presumption or ‘prima facie evidence’ in participating members with regard to the ownership of the GI, compliance with the Article 22.1 definition and protection in the country of origin. While Hong Kong, China is not a producer of wines and spirits, it has made the proposal for systemic reasons. Its concern is that failure in this negotiating group might endanger the whole Doha Development Agenda”.



Il primo gruppo di Paesi attribuirebbe al sistema, da estendere in un secondo momento anche agli altri prodotti, effetti giuridici vincolanti e comporterebbe l'obbligo per gli Stati membri del WTO di notificare al Consiglio TRIPs le indicazioni geografiche protette sul proprio territorio affinché esse possano essere pubblicate e rese note a livello internazionale. Tale registrazione obbligherebbe gli Stati membri alla protezione dell'indicazione geografica, la quale non potrebbe più essere impropriamente usata, né trasformarsi in termine generico. In caso di opposizione alla registrazione, dovranno essere intrapresi negoziati tra le parti in disaccordo.

Nell'ottica del secondo raggruppamento, il sistema – volontario – si fonderebbe di fatto sulla creazione di un semplice database contenente le indicazioni geografiche comunicate al Segretariato del WTO e protette all'interno dei singoli Paesi membri, i quali avrebbero l'unico obbligo di consultare l'elenco nel momento in cui si trovassero a prendere decisioni relative al riconoscimento e alla protezione di un'indicazione geografica sul proprio territorio.

Questa disputa legata alla tutela da accordare alle indicazioni geografiche – escluse le bevande alcoliche e spiritose – non è ancora conclusa in sede WTO, anzi rappresenta uno degli elementi di maggiore disaccordo tra i due gruppi di Paesi, a cui guardano con interesse anche altri Stati membri del WTO classificati come Paesi in via di sviluppo, che vedono nella tutela delle loro indicazioni geografiche un'opportunità da sfruttare.

L'accordo TRIPs, infine, diversamente dalle convenzioni internazionali precedenti, ha il merito di offrire una definizione comune di indicazione geografica per 150 Stati aderenti al WTO, e di prevedere il ricorso a un sistema di protezione e di risoluzione delle controversie unitario e integrato, ovvero uniformemente applicabile a ogni questione di competenza dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e per tutti i membri della medesima. Malgrado questo, però, la disposizione contenuta nell'articolo 1.1 dell'Accordo TRIPs, che lascia ai Paesi membri la facoltà di determinare le modalità appropriate di attuazione delle disposizioni dell'accordo nel quadro delle rispettive legislazioni, ha dato luogo a non poche differenze nei metodi di implementazione a livello nazionale, che certamente non agevolano la protezione delle indicazioni geografiche a livello internazionale.

Abstract

Italian sounding names cannot be considered as a phenomenon of counterfeiting in strict sense, but rather as an arbitrary reference to the value and quality of Italian products, which is used as a commercial strategy when placing new products on the market. This phenomenon has a relevant impact. First of all, small and medium-sized enterprises suffer a reduction of their internationalisation opportunities. Furthermore, imitations of inferior quality may easily disappoint the consumers' expectations and dissuade them from buying the authentic product, especially when the cost is higher, then lowering the prices also of raw materials concerning the authentic products.

Possible solutions to the problem concern the identification of effective forms of protection for products whose characteristics derive from their geographical origin. Answer at the private law level are offered by



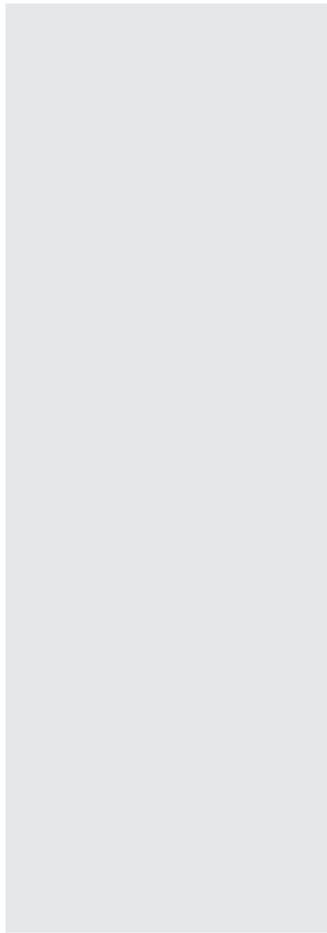
the rules concerning the geographical origin of the goods. That means that the EU rules (e.g. EU Regulation 1151/2012 and EU Regulation 1308/2013) concerning the P.D.O., P.G.I. and T.S.G. ensure, together with the regulation of collective brand names, a high level of protection for typical products. At the international level, GIs are legally provided for by the WTO Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS).







BIBLIOTECA





I beni comuni: la ripresa di un tema di riforma*

Antonello Iuliani

Queste brevi pagine intendono offrire un quadro di sintesi dell'evoluzione del dibattito sul tema dei beni comuni; lo spunto è offerto dalla recente proposta, promossa dal Comitato popolare difesa beni pubblici e comuni "Stefano Rodotà"¹, di ripresentare, tramite una legge di iniziativa popolare, il disegno di legge della Commissione Rodotà, istituita nel 2007 con l'obiettivo di riformare la disciplina codicistica dei beni, disegno di legge che, com'è noto, non è mai diventato diritto vigente.

A tal fine è possibile adottare un duplice punto di vista ricostruttivo²: una prima riflessione, meramente cronologica, attraverso cui ripercorrere le tre principali tappe della discussione in materia nell'arco degli ultimi dieci anni; un secondo punto di vista, mediante il quale, riflettere, più approfonditamente, sulla metamorfosi linguistica che ha subito la nozione di «bene comune» la quale, ad un certo punto del dibattito, ha lasciato il posto a quella più ampia di «comune». Tale circostanza è significativa giacché testimonia l'ampliamento degli obiettivi della discussione: da quello iniziale, di sottrarre alcuni beni giuridici alla dicotomia pubblico-privato per riproporne, per dirla alla Yan Thomas³, una sorta di "risacralizzazione", si passa, infatti, all'obiettivo più generale e ambizioso della messa in discussione della straripante egemonia neoliberista⁴.

Il punto di partenza della riflessione sui beni comuni è, tuttavia, strettamente giuridico e parte dalla riformulazione, ad opera della Commissione Rodotà, della sistemazione codicistica dei beni pubblici, sul presupposto dell'inadeguatezza, da più parti sottolineata, della coppia demanio/patrimonio ad inquadrare

* Si riproduce il testo della relazione svolta in occasione della tavola rotonda tenuta a Roma il 15 febbraio 2019, presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, dal titolo *I beni comuni: la ripresa di un tema di riforma*.

¹ <https://benipubbliciecomuni.it/>.

² Un approccio, quello adottato nel testo, già sperimentato in dottrina da L. NIVARRA, *Quattro usi di "beni comuni" per una buona discussione*, in *Europa dir. priv.*, 2016, pp. 43 s.

³ Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata 2015.

⁴ Una convergenza tra queste due linee di tendenza si trova nei due libri che hanno dato avvio in Italia alla discussione sul tema: U. MATTEI, *I beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari 2011; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona 2012. Una recente riflessione sull'evoluzione tratteggiata nel testo e sulle possibili linee di sviluppo della categoria in questione si trova in U. MATTEI - A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca Edizioni, Sansepolcro 2018.

la materia⁵. Non si tratta però di un'operazione meramente tecnica, in quanto preceduta dalla consapevolezza tutta politica – sono gli anni delle dimissioni del patrimonio immobiliare quelli in cui il disegno di legge vede la luce – dell'incapacità dello stato di tutelare adeguatamente tutti quei beni destinati a soddisfare interessi diffusi, salvaguardandone l'integrità in favore delle generazioni future.

Anche sul piano più strettamente tecnico non si tratta di un'opzione neutrale giacché la distinzione tra i beni procede secondo un approccio sostanzialista che deprime la titolarità formale – ridotta, nel caso della titolarità pubblica, ad una gestione funzionalizzata – per concentrarsi sullo statuto sostanziale del bene. È una metodologia che ha degli illustri precedenti nella riflessione civilistica e amministrativistica⁶ e che, facendo professione di realismo, rifiuta uno stato unitario della proprietà, distinguendo, piuttosto, il regime giuridico in ragione delle utilità che il bene produce e degli interessi che esso è destinato a soddisfare.

Su questa scia, il disegno di legge (art. 1, co. 3, lett. c) definisce comuni quei beni che, a prescindere dalla titolarità formale (pubblica o privata), esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona umana. Si tratta di due clausole di immediata provenienza costituzionale, la cui formulazione risulta debitrice di “quel laboratorio giuridico delle costituzioni latino-americane”, particolarmente sensibile nell'istituire una stretta connessione tra i beni e i diritti fondamentali. La scelta di affidare la definizione di ciò che è bene comune, oltre che ad un elenco con funzione meramente esemplificativa e non tassativa, ad una clausola generale risulta coerente con il pensiero di Stefano Rodotà e con la via giudiziale alle trasformazioni sociali da egli sempre perseguita. Si pensi soltanto, e solo per limitarsi alla proprietà⁷, all'utilizzo della clausola della funzione sociale la cui concretizzazione, lungi dall'essere rivolta al solo legislatore, vede come destinatario principale il giudice, al quale è demandato un delicato bilanciamento tra gli interessi contrapposti dei due proprietari, al fine di dare prevalenza, nel caso di un loro conflitto, all'esercizio del diritto maggiormente in grado di realizzare l'interesse sociale. Una tale impostazione, nel caso dei beni comuni, identifica nel giudice non solo il soggetto cui in ultima analisi è rimessa la qualificazione

⁵ U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta*, il Mulino, Bologna 2007.

⁶ E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina delle produzioni*, in Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario tenuto a Firenze nei gironi 22-23 ottobre 1935, Firenze 1936, pp. 158 s. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano 1964 e in particolare il saggio, contenuto nell'opera, *La proprietà e le proprietà (con particolare riguardo alla proprietà terriera)*; S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano 1969.

⁷ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1252 s., ora raccolto, assieme ad altri saggi, in *Id.*, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna 2013.



dei beni come comuni e quindi il relativo regime giuridico ma anche il terminale del controllo sui beni stessi.

Quanto al regime di tali beni, se l'idea secondo la quale essi, indipendentemente dalla circostanza che siano nella titolarità privata o pubblica, debbano essere assoggettati ad una disciplina che ne vincola la funzione alla fruizione collettiva è stata sperimentata in alcuni famosi precedenti⁸, alcuni anche recenti (ad es. codice dei beni ambientali, culturali, paesistici) – sicché da questo punto di vista sembrerebbe una soluzione politicamente innocua – la scelta di generalizzare tale modello e di inserirlo all'interno del codice civile, ancora ispirato ad uno statuto unitario della proprietà, si rivela, per contro, assai significativa.

Dal punto di vista rimediale⁹, la soluzione di estendere l'accesso alla tutela giurisdizionale a tutti i cittadini si rivela particolarmente opportuna, giacché scongiura i rischi che una tutela affidata al solo titolare del bene comporta, ovvero quelli di una sostanziale vanificazione dell'obbligo conservativo che la legge gli addossa. Per un verso, l'espressa tipizzazione di un'azione inibitoria individuale consente di superare le resistenze ancora diffuse in dottrina ad una sua configurazione atipica, data l'incertezza che ancora persiste sul suo fondamento; per altro verso, la qualificazione come comune di alcune tipologie di beni, permette di estendere la legittimazione attiva a tutti i cittadini. L'abbandono della dialettica escludente tra interesse individuale e interesse pubblico, in favore dell'interesse comune consente, infatti, di bypassare le strettoie del riferimento al gruppo – e a suoi corollari: rappresentatività, prossimità territoriale (con riferimento ad esempio all'ambiente) – che la nozione di interesse collettivo richiama, restituendo così dignità ad una categoria, quella degli interessi diffusi, sempre abbastanza negletta nella riflessione giuridica.

Accanto all'elaborazione della categoria dei beni comuni viene ripensata anche la dicotomia, propria della proprietà pubblica, tra beni demaniali e beni appartenenti al patrimonio dello Stato, una dicotomia superata attraverso l'elaborazione, anche qui, tipicamente funzionale, tra beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni a rilevanza sociale e beni fruttiferi. Particolarmente rilevante è la seconda categoria, quella dei beni sociali (art. 1, co. 3, lett. d), n. 2), giacché, non soltanto è prescritto, analogamente a quanto è oggi disposto per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile in ragione della loro destinazione a un pubblico servizio, che l'eventuale alienazione ne deve assicurare il mantenimento della destinazione, ma che – a scongiurare un ulteriore affievolimento dei servizi sociali erogati – «la cessazione del vincolo di destinazione è subordinata

⁸ Lo nota L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, cit., p. 47.

⁹ Su tale aspetto è innegabile l'influenza della riflessione di U. MATTEI, sin dal suo *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria, Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Giuffrè, Milano 1987. Nella relazione al disegno di legge si legge infatti che «La tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione».

alla condizione che gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati».

La nozione di bene comune elaborata dalla commissione Rodotà, sebbene non sia sfociata in diritto positivo, è in qualche modo diventata diritto vigente, approdando perfino in Cassazione: Cass., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665¹⁰ in un *obiter dictum* – la soluzione è infatti consistita nell’affermare la natura demaniale delle valli da pesca della laguna veneta – compie una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina dei beni e ritiene che possono essere qualificati come comuni tutti quei beni immobili che, indipendentemente dalla loro titolarità, risultino per le loro caratteristiche destinati alla realizzazione degli obiettivi dello Stato sociale.

La seconda tappa – che è sintetizzabile nel passaggio dalla “fruizione” alla “gestione” – ha come obiettivo «il contenimento della universalizzazione del mercato»¹¹ e coincide con il referendum sui servizi pubblici locali¹², che com’è noto, verteva sull’abolizione dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2009 (c.d. decreto Ronchi), e sull’art. 154, co. 1, del d.lgs. 152/2006 (Codice dell’ambiente): la prima norma, nella parte in cui generalizzava l’affidamento ai privati dei servizi pubblici locali (non solo dell’acqua) limitando fortemente l’affidamento *in house*, ossia a società a capitale interamente pubblico; la seconda, nella parte in cui prevedeva che la tariffa del servizio idrico integrato incorporasse un’adeguata remunerazione del capitale investito.

La proposizione del tema dei beni comuni, nel passaggio referendario, sposta la sua traiettoria giacché viene per la prima volta messo in agenda un tema molto diverso da quello della fruizione collettiva – che è anche passiva – di un bene: quello, cioè, di una gestione collettiva di una risorsa comune. Il tema è noto alla scienza economica come tragedia dei beni comuni, secondo la nota teorizzazione di Garrett Hardin¹³ alla cui contestazione si è dedicata con notevole successo Elinor Ostrom¹⁴. Non si tratta, infatti, più di concepire limitazioni al diritto di proprietà che ne assicurino passivamente la fruizione a tutti, ma di concepire forme democratiche di governo del bene. Ad essere contestato è non solo l’ambito da mantenere immune dall’appropriazione privata, ma lo stesso paradigma proprietario, anche nella c.d. proprietà pubblica, il quale si dà pur

¹⁰ Critico rispetto alla sentenza, e più in generale, rispetto alla categoria dei beni comuni è C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 178 s.

¹¹ M. BARCELLONA, *Tra impero e popolo, lo stato morente e la sinistra perduta*, Castelvechii, Roma 2017, p. 171; ma v. anche ID., *La metafora dei “beni comuni”: l’Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in *Dem. dir.*, 2016, pp. 7 s.

¹² Cfr., sul punto, L. NIVARRA, *Democrazia liquefatta: il caso del referendum «sull’acqua»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 609 s.

¹³ G.J. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, pp. 1243 s.

¹⁴ E. OSTROM, *Governing the commons, The evolution of Institutions for Collective Action*, University Press, Cambridge 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Marsilio Editori, Venezia 2006.



sempre come monopolio delle decisioni su di una risorsa, e dunque come separazione tra i detentori della titolarità del bene e i destinatari del suo valore d'uso. In questo senso significa operare una resistenza rispetto ad una reinvestitura, pubblica, destinata ad essere inadeguata rispetto alla logica dominante del mercato cui essa è irriducibilmente iscritta¹⁵.

Veniamo così alla terza fase – che è possibile sintetizzare, nel passaggio dal comune “ontologico” al comune “creativo” o “istituito” per riprendere una chiave di lettura utilizzata di recente da due autori francesi¹⁶ – in cui diventa centrale non “l'essere comune” di un bene ma “il divenire comune” di un bene. Un divenire comune che si è compiuto attraverso processi – le occupazioni – che, a seconda dei punti di vista, costituiscono un'infrazione alle regole giuridiche o una prassi istitutiva di un ordine alternativo. Di questo passaggio vi è traccia evidente nell'allargamento del dibattito sul tema dei beni comuni il quale passa dall'essere, grazie all'incrocio con processi reali più ampi – le occupazioni, per l'appunto – oggetto della riflessione dei soli giuristi a parola d'ordine di un movimento politico.

Questi due percorsi, quello istituzionale e quello movimentista, accomunati nell'esperienza costituente del Teatro Valle, hanno riproposto con grande vigore il tema della democrazia come partecipazione e come costruzione di regole di gestione di una risorsa antitetiche rispetto a quelle proprietarie. Un problema, quello democratico, che interroga il modo di gestione di una risorsa in senso diametralmente opposto rispetto alla scienza economica, la quale se ne interroga in termini di esclusiva efficienza. Di qui il naturale approdo dell'economia verso la proprietà, data la scarsità di costi transattivi che l'utilizzo autocratico del bene comporta rispetto alla sua alienazione, al punto che si può dire – nella misura in cui il proprietario è tutelato anche nel non-uso, e perfino in un non-uso socialmente dannoso del bene¹⁷ – che il proprietario sia tutelato esclusivamente in quanto titolare di un valore di scambio. La logica dei beni comuni procede, invece, in senso opposto, giacché istituisce un regime di utilizzo della risorsa democratica, che, in funzione degli alti costi transattivi che esso determina, è antitetica rispetto alle logiche di circolazione proprie del mercato determinando, dunque, una prevalenza del valore d'uso sul valore di mercato¹⁸.

La democrazia rimessa in gioco dai beni comuni si è proposta sotto due forme: anzitutto come democrazia “dall'alto”, sperimentata attraverso l'interlocuzione con gli enti locali, (*l'Acqua Bene Comune* dell'amministrazione comunale di Napoli è un esempio noto a tutti). Sotto questo profilo, un'interessante

¹⁵ COSÌ BARCELONA, *tra impero e popolo* cit., pp. 171 s.

¹⁶ P. DARDOT - C. LAVAL, *Del comune o della rivoluzione nel XXI secolo*, DeriveApprodi, Roma 2015.

¹⁷ Si v. sul punto le riflessioni di A. QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, a proposito delle potenzialità applicative dell'art. 844 c.c.

¹⁸ NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni»* cit., 2016, p. 51; 56-57.



declinazione istituzionale si ritrova in *Labsus*, un progetto messo a punto da Gregorio Arena¹⁹ che si ripropone l'obiettivo più circoscritto, ma non meno importante, di dare concreta applicazione al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., laddove afferma che lo Stato, le regioni e gli enti locali, favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. In questa ricostruzione la nozione di "bene comune" serve ad isolare quei beni e servizi che si rivelino funzionali ad attivare un modello amministrativo diverso da quello tradizionale, basato sul conflitto tra cittadino e amministrazione, e improntato piuttosto ad una forma di amministrazione collaborativa. Si tratta di una lettura che ha chiaramente dei profili di originalità nell'interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale ma che ha un certo grado di continuità anche con le classiche acquisizioni sul diritto amministrativo paritario²⁰ e sulla possibilità di isolare, in simile quadro, momenti di co-amministrazione, secondo la nota definizione di "demarchia" coniata da Feliciano Benvenuti già cinquant'anni fa²¹. Da questo punto di vista, potrebbe apparire significativa una sentenza del Consiglio di Stato, la n. 5501 del 2009, in cui si attribuisce la legittimazione ad impugnare le determinazioni del Consiglio comunale da assumere all'interno dell'autorità d'ambito per la fissazione delle nuove tariffe del servizio idrico, se non fosse per la torsione in senso consumeristico che la nozione di cittadinanza subisce, qualificando il cittadino come consumatore-utente e in quanto tale destinatario della normativa di protezione consumeristica.

La seconda forma di democrazia, si è sviluppata, per così dire, "dal basso", ed è la democrazia "conflittuale" delle occupazioni la quale, assai meno innocua dal punto di vista ordinamentale, istituzionalizza il conflitto tra la dimensione antidemocratica e antisociale del diritto di proprietà e un utilizzo socialmente positivo del bene da parte dell'occupante; un conflitto che assai difficilmente – giova chiarirlo subito – può essere assorbito entro il quadro ordinamentale²². Tale prospettiva, infatti, entra irriducibilmente in conflitto con la proprietà, sia essa pubblica o privata, giacché non solo sottrae in maniera evidente alla proprietà beni non "ontologicamente" comuni ma introduce nel

¹⁹ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, pp. 29 s.; ID., *Cittadini attivi: un altro modo di pensare all'Italia*, Laterza, Roma-Bari 2006.

²⁰ Lo segnala, F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, p. 41.

²¹ Una sintesi della lunga riflessione dell'A. si legge in F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Cedam, Padova 1996.

²² Le esperienze sono molteplici, tra le tante: il Teatro Valle, il Cinema Palazzo e il Cinema America di Roma; il Colorificio di Pisa; il Macao di Milano; l'ex Asilo Filangieri di Napoli; l'esperienza della tenuta di Mondeggi, a proposito della quale si v. C. ANGIOLINI, *Collettività e governo dei beni comuni. Il caso di Mondeggi*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, pp. 143 s.



sistema una forma antagonista di governo del bene: se la proprietà, infatti, può coesistere con obblighi di fruizione che limitino il potere di godimento del proprietario anche intensamente, non può, viceversa, tollerare forme democratiche di gestione del bene.

La difficoltà di ricondurre queste esperienze all'interno di un quadro ordinamentale non deve tuttavia dissuadere dalla possibilità di giustificare, perlomeno temporaneamente, forme di occupazioni, servendosi di un uso controegemonico o alternativo del diritto²³. Il codice civile, del resto, non disconosce il conflitto tra possessore e proprietario, conflitto che, in un'ottica di efficiente allocazione delle risorse²⁴, è risolto a vantaggio del possessore che sfrutta la risorsa, e che, anzi, deve sfruttare la risorsa per beneficiare della tutela. Se è vero questo, dunque, il conflitto tra il possessore e il proprietario può essere declinato anche in chiave antiproduttivistica, a vantaggio dell'utilizzatore, per così dire "virtuoso" e a discapito del proprietario inattivo che, nel non utilizzo, compie un atto antisociale. Certo, anche a voler immaginare il carattere abusivo di un esercizio del diritto che si riduca al non-uso del bene, e che quindi precluda al proprietario l'azione di rivendicazione, permane una conflittualità di fondo non solo con il diritto privato, ma più in generale con l'ordine proprietario costituzionale, giacché l'implementazione di senso del sistema non potrà mai condurre a superare quello che è l'ostacolo principale ad una torsione "benecomunista" della proprietà, ossia l'insindacabilità della scelta del proprietario nella destinazione del bene.

L'esperienza delle occupazioni riflette, sul piano pratico, l'allargamento della discussione verso l'obiettivo più ambizioso di una contestazione della straripante egemonia neoliberale e dei suoi processi di valorizzazione il cui modello di funzionamento, come è stato ampiamente chiarito, è plasmato sulla rendita. L'attitudine estrattiva e non più cooperativa che il capitalismo manifesta ha interessato anzitutto i beni immobili e si è articolata su due piani: per un verso, infatti, l'abitazione è servita ad implementare il circuito dell'indebitamento attraverso quel circolo perverso instaurato tra erogazione dei mutui e emissione di titoli obbligazionari da offrire sul mercato che è poi all'origine della "crisi" del 2008; per altro verso, la seconda strategia messa in campo è consistita in quell'«accumulazione tramite spossessamento»²⁵ di cui parla David Harvey, ossia nell'instaurazione di processi di valorizzazione di determinate zone degradate al fine di produrre un aumento del valore di mercato dei beni con la conseguente sostituzione della popolazione esistente con una più agiata e la creazione di

²³ Ne prospettano l'utilizzo A. QUARTA - M. SPANÒ, *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano 2016.

²⁴ Sul punto si v. le riflessioni di J. GORDLEY - U. MATTEI, *Protecting possession*, in *American Journal of Comparative Law*, 1996, pp. 293 s.

²⁵ D. HARVEY, *La guerra perpetua*, Il Saggiatore, Milano 2006; Id., *L'enigma del capitale*, Feltrinelli, Milano 2011; Id., *Città ribelli*, Il Saggiatore, Milano 2015.

nuovi ghetti. Alcune delle esperienze maturate nella prassi risultano esemplari di questo processo giacché in molti casi il gruppo di occupanti si è trovata a fronteggiare una proprietà interessata esclusivamente all'incremento di valore del bene che un cambio di destinazione avrebbe consentito.

Ovviamente l'attitudine estrattiva del capitalismo si apprezza soprattutto con riferimento alla nuova composizione "cognitiva" del lavoro ed, infatti, nella riflessione teorico/filosofica – proprio a testimonianza della metamorfosi linguistica di cui si è detto all'inizio – il "comune" è inteso, ad esempio da Hardt e da Negri²⁶, come produzione biopolitica, quale lavoro intellettuale non più incorporato nelle macchine ma esistente nell'intera dimensione vitale dei corpi, per l'appunto ciò che si organizza spontaneamente che precede e, però al contempo, eccede il processo estrattivo del capitalismo. È "comune", detto altrimenti, «tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale, che è necessario per l'interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l'informazione, gli affetti e così via»²⁷. Un comune che avrebbe la capacità di sottrarsi allo sfruttamento, facendo leva sull'autonomia/eccedenza della produzione rispetto al controllo (che è, com'è noto, categoria evolutiva rispetto a quella di disciplinamento). La liberazione non avviene attraverso la dimensione del soggetto, e quindi nella dialettica tra classi, fino al suo superamento nella trascendenza statale²⁸, giacché la prima – la classe – oramai è scomparsa, tant'è vero che si rinuncia anche al concetto di popolo, sostituito da «la moltitudine, come un'articolazione su un piano di immanenza che non è sussunto da un'egemonia»²⁹, una moltitudine costituita dai corpi-produttivi e dalla «moltitudine dei poveri all'orizzonte dell'altermodernità»³⁰; il secondo – lo Stato – è soppiantato da un potere globale, un'*Impero* decentrato e deterritorializzato³¹. Il contro-*Impero*, ha perciò una dimensione globale che assume la forma della diserzione, del distanziamento³², dell'*esodo*, categoria centrale nella riflessione di Negri, «indicativa delle potenzialità produttive che eccedono il rapporto di capitale e che si dispiegano attraversando l'apertura del rapporto di capitale per oltrepassarne la soglia»³³.

Maggiormente declinata sul piano dell'istituzione del comune, in una prospettiva – vale la pena rimarcarlo – che non rinuncia alla portata regolativa/

²⁶ In quella che è oramai una quadrilogia: M. HARDT - A. NEGRI, *Impero/Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano 2000; Id., *Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*, Rizzoli, Milano 2004; Id., *Comune. Oltre il pubblico e il privato*, Rizzoli, Milano 2010; Id., *Assemblea*, Ponte Alle Grazie, Milano 2018.

²⁷ A. NEGRI, *Comune*, cit., pp. 7-8.

²⁸ Lo sottolinea M. BARCELONA, *Tra impero e popolo*, cit., pp. 190 s.

²⁹ A. NEGRI, *Comune*, cit., p. 175.

³⁰ A. NEGRI, *Comune*, cit., p. 175.

³¹ A. NEGRI, *Comune*, cit., pp. 226 s.

³² M. BARCELONA, *Tra impero e popolo*, cit., p. 193.

³³ A. NEGRI, *Comune*, cit., p. 157.



istitutiva del fenomeno, è la proposta avanzata, invece, da Dardot e Laval, la quale non a caso prende piede dalla critica alla teoria di Hardt e di Negri fondata – viene detto – su una fideistica capacità autoproduttiva del comune, derivata da una tesi troppo semplicistica e di fatto errata secondo la quale vi è un'autonomia intrinseca e irreversibile nel lavoro intellettuale. A tale spontaneismo Dardot e Laval sostituiscono una prospettiva che pone al centro del comune “l’istituzione” (da non confondersi con l’istituto) come azione, prassi sovversiva, che rivolti l’uso contro la proprietà e sia fondativa di nuove regole³⁴; se sul piano politico l’obiettivo è una destrutturazione del rapporto verticistico in cui la democrazia liberale ha imposto il tema della cittadinanza, a vantaggio di una federazioni di comunità politiche³⁵; sul piano orizzontale, dei rapporti interpretati, l’obiettivo è il superamento della proprietà come potere decisorio autocratico (non è sufficiente garantire la fruizione, secondo una dialettica proprietà utilizzo, se non si sottraggono all’autocrazia individuale la formazione delle regole) in favore della codeterminazione delle regole, destinate a regolare una risorsa o, e qui l’art. 43 Cost. potrebbe fare da sponda, l’impresa³⁶.

³⁴ P. DARDOT - C. LAVAL, *Comune*, cit., pp. 373 s.

³⁵ P. DARDOT - C. LAVAL, *Comune*, cit., pp. 430 s.

³⁶ P. DARDOT - C. LAVAL, *Comune*, cit., pp. 385 s.





Notizie sugli autori

Giorgio Berlingieri

Avvocato, Presidente dell'Associazione Italiana di Diritto marittimo

Antonella Brandonio

Avvocato

Claudio Cocuzza

Avvocato

Antonello Iuliani

Dottore di ricerca

Beatrice La Porta

Dottore di ricerca

Luca Loschiavo

Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno nell'Università di Teramo

Flavia Maria Luisa Modica

Magistrato Ordinario in Tirocinio presso il Tribunale di Venezia

Annalisa Pomes

Dottore di ricerca



Norme di Autodisciplina del Comitato dei revisori

1. I contributi inviati alla rivista per la pubblicazione sono soggetti necessariamente ad approvazione dei revisori.
2. La revisione è affidata, in conformità alle linee di politica editoriale della Rivista, a due membri del Comitato dei revisori all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore.
3. È assicurato l'anonimato dei valutatori.
4. In caso di pareri contrastanti, la Direzione assume la responsabilità della decisione.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio, assumendosi la responsabilità della verifica.

CRITERI REDAZIONALI

Si chiede agli autori di osservare i seguenti criteri redazionali.

I testi devono essere corredati da

- nome e cognome dell'autore
- qualifica (2 righe di presentazione, max 150 caratteri spazi inclusi)
- istituto universitario o ente di appartenenza
- recapiti (indirizzo completo, anche di posta elettronica, e numero di telefono)
- breve abstract in inglese (6/10 righe)

1. Sia il testo sia le note devono essere trasmessi via e-mail in formato Word all'indirizzo: redazione@scuolasuperioreavvocatura.it.
2. Si raccomanda che gli **articoli** siano contenuti in **25.000 battute note comprese**.
È preferibile che il testo sia suddiviso in parti o paragrafi non numerati
Per le **recensioni** il testo va contenuto in **7.500 battute note comprese** e, solo in casi eccezionali per l'importanza del libro recensito, in circa 10.000 battute note comprese.
3. Le **note a piè di pagina** devono essere possibilmente contenute in poche righe.

INDICAZIONI TIPOGRAFICHE

FORMATO PAGINA

Si prega di impostare la pagina con i seguenti margini:

- margine inferiore 2,5
- margine superiore 2,5
- margine destro 2,5
- margine sinistro 2,5

I rientri sono da impostare a 1 cm.

CARATTERI ED INTERLINEA

Il testo dell'articolo e delle note eventuali va impostato con interlinea 1 e in carattere Garamond sia in tondo che in corsivo.

TITOLI

I titoli degli articoli devono essere stampati in carattere Garamond, grandezza 13.

I titoli dei paragrafi, o delle parti del testo, in carattere Garamond, corsivo, grassetto, grandezza 11.

PARAGRAFI

Le parti o i paragrafi in cui è suddiviso il testo non vanno numerati.

NOTE A PIÈ DI PAGINA

Le note a piè di pagina vanno numerate progressivamente nel testo.

L'interlinea deve avere valore 1 e non devono essere impostati rientri.



CRITERI REDAZIONALI

I **nomi di enti, istituti, organizzazioni**, e simili, siano essi italiani o stranieri, vanno scritti in tondo senza virgolette e con l'iniziale maiuscola. Esempio: Camera di Commercio, Commissione Tributaria Centrale, Comunità Europea, Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte dei Conti, Ministero delle Finanze, Tribunale, Unione Europea, Università di Milano, Associazione Italiana Giovani Avvocati, Scuole forensi, Paesi, Facoltà di giurisprudenza.

Nei **nomi composti** da più parole e la maiuscola va usata di norma solo per la prima parola. Esempio: Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Corte di giustizia dell'U.E., ecc.

Negli acronimi l'uso delle maiuscole determinata dalla normalità della scrittura. Esempio: AIGA, UCPI, CNF, Coa.

Tale criterio vale anche per la punteggiatura. Esempio: CEDU, D.M., C.E.D. Cass.

Le **espressioni in lingua straniera** fatte proprie dall'autore nel contesto del discorso vanno scritte in corsivo: es. *iter, status, tout court, fair play*.

Non vanno scritte in corsivo le parole straniere entrate stabilmente nel lessico italiano (es., standard, leader, computer, common law).

Le parole latine vanno sempre in corsivo, salvo che si tratti di una citazione riportata tra virgolette (in tal caso andrà in tondo tra virgolette).

Per rispettare la **correttezza ortografica** nell'uso di ciascuna lingua, si segnala quanto segue:

- l'uso degli accenti, anche per quanto riguarda l'italiano («perché», non «perchè»; «poiché», non «poichè»; «cioè», non «cioé»; «è», non «é»);
- la è maiuscola non va scritta con apostrofo, ma: È (su Word: Inserisci - Simbolo);
- va rispettato l'uso degli spazi: per esempio, non inserire lo spazio prima dei segni di interpunzione, inserire lo spazio prima della parola che segue i segni. (... Assenza: allora...);
- per lo slash usare solo / e non \;

Si raccomanda infine di uniformare l'uso delle virgolette:

- virgolette basse o caporali («...»): per citazioni di testi e discorsi diretti.
- virgolette alte ("..."): per sottolineare parole alle quali si intende attribuire un particolare significato.

Termini quali avvocatura, consiglio dell'ordine ecc. vanno in minuscolo.

Le date devono essere scritte per esteso (Esempio: 9 febbraio 1995).

Citazioni: le citazioni in italiano o in lingua straniera vanno scritte **fra virgolette basse** («...») negli stessi caratteri del testo in cui sono inserite (tondo, se il testo è in tondo, corsivo, se il testo è in corsivo).

I **riferimenti** possono essere fatti fra parentesi nel testo (es., M. FUMAROLI, 2002, p. 402), se vi è bibliografia pubblicata in fondo all'articolo, oppure inserendo le note a piè di pagina.

Quando c'è un'omissione all'interno di una citazione, va segnalata non con i soli puntini, ma con puntini tra parentesi quadra [...]

Si prega di evitare le sottolineature e il neretto.

I **titoli** delle opere letterarie, cinematografiche, teatrali citati nel testo vanno indicati in corsivo (es. *Codice dei Diritti umani e fondamentali, Trattato dell'argomentazione, La lingua, la legge, la professione forense, Il verdetto*).

Per le citazioni di volumi: in maiuscolo la iniziale del nome e, per esteso, il cognome dell'autore, titolo in corsivo, casa editrice, luogo di pubblicazione, anno di pubblicazione, volume o parte, pagina o pagine citate (p. / pp. - non pag. o pagg.): es. R. DANOVÌ, *Commentario del Codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano 2001, p. 82.

La stessa regola vale per:

- i volumi collettivi, per i quali va aggiunta la segnalazione: (a cura di). Per esempio: A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Giuffrè, Milano 2003;
- i titoli di opere autonome pubblicate in raccolte generali o in volumi di *opera omnia*. Per esempio: S. CHIARLONI, *Giudice e parti nella fase introduttiva del processo civile di cognizione*, in N. PICARDI - B. SASSANI - F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, E.S.I., Napoli 2001, p. 127.

Per le citazioni di articoli contenuti in riviste o pubblicazioni periodiche: iniziale del nome e, per esteso in maiuscolo, cognome dell'autore, titolo in corsivo, titolo della rivista o del periodico abbreviato in corsivo, volume, anno, numero del fascicolo e delle pagine: es., M. ROSSI, *Ordinamento professionale e accesso alla professione*, in *Rass. forense*, I/1995, p. 139.



La stessa regola vale per le citazioni di articoli o saggi contenuti in volumi collettivi: es., A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI - A. MARIANI MARINI - F. CAVALLA, *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, PLUS, Pisa 2004.

Per la **ripresa di citazioni**, va usato il corsivo per le espressioni: *ibid.* e *op. cit.*, che non sono precedute dal titolo dell'opera; il tondo, per l'espressione: *cit.*, che è preceduta dal titolo dell'opera.

Per le citazioni di **opere su internet** l'indirizzo va scritto in tondo. Ad es. www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf.

Le citazioni dei **testi normativi** vanno abbreviate e scritte in tondo o in corsivo minuscoli secondo il carattere del testo (es.: l., d.lgs., d.P.R., reg.).

Recensioni: in testa vanno indicati gli elementi bibliografici completi del testo che si recensisce, sia esso libro o articolo, cioè il nome per esteso dell'autore o degli autori, il titolo completo (compreso il sottotitolo, se esiste), il luogo e la data di pubblicazione e il numero delle pagine: es., HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 1965, pp. 329.

I titoli in lingua che usano un alfabeto non latino o in lingua non alfabetica vanno citati nella traslitterazione scientifica in lettere latine, seguita dalla traduzione nella lingua in cui è scritto il saggio.

Le tabelle e i grafici vanno numerati progressivamente, con l'indicazione del titolo in corsivo: (es., Tabella 1. *Scuole forensi italiane*; Figura 1. *Scuole forensi italiane*). L'indicazione della fonte da cui i dati sono tratti va posta in calce alla tabella o al grafico.

Le abbreviazioni delle riviste e pubblicazioni periodiche e di dizionari ed enciclopedie vanno eseguite secondo la prassi editoriale comune.

Es.: OSTI, voce "Contratto", in *Noviss. Dig. It.* IV, Torino 1959, 462.

Cass. 29 settembre 1977, in *Riv. Pen.*, 1977, p. 952.

Sigle

cap. e capp. = capitolo e capitoli

cfr. = confronta: rimanda genericamente a un testo, senza indicare un punto preciso

cit. = citato

ed. = edizione

et al. = e altri

fig. e figg. = figura e figure

ibid. = nello stesso testo che è stato citato nella nota precedente, ed esattamente nella stessa pagina; seguito dal numero di pagina se queste ultime sono diverse

infra = vedi più avanti

n. e nn. = nota e note

[*N.d.A.*] = nota dell'autore

[*N.d.C.*] = nota del curatore

[*N.d.R.*] = nota del redattore

[*N.d.T.*] = nota del traduttore

p. e pp. (e non: pag. o pagg.) per indicare la singola pagina o le pagine

par. e parr. = paragrafo e paragrafi

passim = in diversi punti (quando il concetto a cui si fa riferimento è espresso in una fonte non in una pagina precisa ma qua e là)

s. e ss. = seguente e seguenti

s.d. = senza data (nel caso in una fonte non sia riportata la data di edizione)

s.l. = senza luogo (nel caso in una fonte non sia riportato il luogo di edizione)

sez. = sezione

[*sic*] = proprio così. Si usa quando si riporta una citazione che contiene una parola strana o sbagliata, facendo così capire che non si tratta di errore proprio ma dell'autore della citazione.

tab. = tabella

tav. = tavola

tr. o trad. = traduzione

vol. e voll. = volume e volumi



Abbreviazioni

FONTI E VOCI ATTINENTI

Corte eur. dir. uomo = Corte europea dei diritti dell'uomo
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare
Atti parl. Cam. = Atti parlamentari della Camera dei deputati
Atti parl. Sen. = Atti parlamentari del Senato
circ. = circolare
d. interm. = decreto interministeriale
d.C.p.S. = decreto del Capo provvisorio dello Stato
disp. prel. = disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile)
disp.reg. = disposizioni regolamentari
d.l. = decreto-legge
d.lgs. = decreto legislativo
d.m. = decreto ministeriale
d.P.R. = decreto del Presidente della Repubblica
d.p. giunta reg. = decreto del presidente della giunta regionale
l. = legge
l. cost. = legge costituzionale
l. rg. = legge regionale
l. prov. = legge provinciale
r.d.l. = regio decreto-legge
r.d.lgs. = regio decreto legislativo
r.d. = regio decreto
reg. = regolamento
r.m. = risoluzione ministeriale
t.u. = testo unico

ORGANI GIUDICANTI

App. = corte di appello
App. mil. = corte militare di appello
Ass. = corte di assise
Ass. app. = corte di assise di appello
BGH = Bundesgerichtshof
BverfG = Bunderverfassungsgericht
Cass. = Corte di cassazione
Cass., sez. un. = Corte di cassazione, sezioni unite
Cass. civ. = Corte di cassazione civile
Cass. pen. = Corte di cassazione penale
C. conti = Corte dei conti
C. cost. = Corte costituzionale
C. giust. CEEA = Corte di giustizia della Comunità europea del carbone e dell'acciaio
C. giust. CE = Corte di giustizia delle Comunità europee
C.I.J. = Court internationale de justice
Coll. Arb. = Collegio Arbitrale
Comm. centr. imp. = commissione centrale delle imposte
Comm. tribut. 1° = commissione tributaria di 1° grado
Comm. tribut. 2° = commissione tributaria di 2° grado
Com. tribut. centr. = Commissione tributaria centrale
Cons. reg. sic. = Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana
Cons. St. = Consiglio di Stato
Cons. St., ad. gen. = Consiglio di Stato, adunanza generale
Cons. St. ad. plen. = Consiglio di Stato, adunanza plenaria
G.U.P = Giudice dell'udienza preliminare
Giud. Pace = Giudice di pace
G.I. = Giudice istruttore
G.I.P. = Giudice per le indagini preliminari



Giud. Tut. = Giudice tutelare
Lodo arb. = Lodo Arbitrale
Proc. Rep. = Procura della Repubblica
Proc. Gen. App. = Procura generale presso la Corte d'appello
P.M. = Pubblico ministero
Pret. = pretura
TAR = tribunale amministrativo regionale
Trib. = tribunale
Trib. acque = tribunale regionale delle acque pubbliche
Trib. Ce = tribunale di I grado delle Comunità europee
Trib. mil. = tribunale militare territoriale
Trib. sup. acque = Tribunale superiore delle acque pubbliche
Trib. sup. mil. = Tribunale supremo militare

DIZIONARI ED ENCICLOPEDIA

Digesto Pen. = Digesto IV ed. Disciplinare penalistiche
Digesto Civ. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Civile
Digesto Comm. = Digesto IV ed. Disciplinare privalistiche - Sezione Commerciale
Digesto Pubbl. = Digesto IV ed. Disciplinare pubblicistiche
Enc. Dir. = Enciclopedia del Diritto
Enc. forense = Enciclopedia forense
Enc. giur. = Enciclopedia giuridica, Treccani
Enc. giur. Lav. = Enciclopedia giuridica del lavoro
N.D.I. = Nuovo digesto italiano
Nss. D.I. = Novissimo digesto italiano

COSTITUZIONE, CODICI e ATTI INTERNAZIONALI

Accordo = Accordo
c.c. 1865 = Codice civile del 1865
c. cons. = Codice del consumo
c. nav. = Codice della navigazione
c. p.i. = Codice della proprietà industriale
c.str. = Codice della strada
c. comm. = Codice di commercio
c.p.c. = Codice di procedura civile
c.p.p. 1930 = Codice di procedura penale del 1930
c.p.p. = Codice di procedura penale
c.p.m.g. = Codice penale militare di guerra
c.p.m.p. = Codice penale militare di pace
c.p. = Codice penale
Conv. = Convenzione
Cedu = Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cost. = Costituzione della Repubblica
Dir. = Direttiva
Disp. Att. = Disposizione di attuazione
L. inv. = Legge invenzioni
L. fall. = Legge fallimentari
Trattato = Trattato





Finito di stampare nel mese di giugno 2019
da Tipografia Bongi s.n.c. - San Miniato (Pisa)
per conto di Pisa University Press

