



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 19 - OTTOBRE 2021

APPROFONDIMENTI

Civile: Tecnica di liquidazione del danno iatrogeno

di Vincenza Sara Castaldo

Penale: Il materiale pornografico prodotto con il consenso del minore ultra quattordicenne. Nota a Cass., III sez., 22 aprile 2021-1 luglio 2021, n. 25334

di Fortunata Maria Tripodi

Amministrativo: Lo sfruttamento a fini commerciali dei dati personali e tutela multilivello del consumatore

di Mariacamilla Varricchio

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro e di Vincenzo Paolo Rizzardi



Sommario

SOMMARIO.....	2
APPROFONDIMENTI	5
CIVILE	6
Tecnica di liquidazione del danno iatrogeno.....	6
1. Sentenza 26117/2021 Cass. Civile Sez III.....	6
2. Responsabilità civile	6
3. Liquidazione del danno risarcibile – compensatio lucri cum damno –	8
4. Tecnica di liquidazione del danno iatrogeno secondo l'ultimo assetto giurisprudenziale	9
PENALE	13
Il materiale pornografico prodotto con il consenso del minore ultraquattordicenne.....	13
Nota a Cass., III sez., 22 aprile 2021-1 luglio 2021, n. 25334.....	13
1. Il quesito	13
1.1. Il fatto sotteso alla sentenza di rimessione alle Sezioni Unite	13
2. Le precedenti soluzioni giuridiche. La questione di diritto.....	15
3. La normativa	18
4. Conclusioni.....	20
AMMINISTRATIVO	22
Lo sfruttamento a fini commerciali dei dati personali e tutela multilivello del consumatore.....	22
1. La violazione della privacy come pratica commerciale scorretta: analisi delle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, nn. 2630 e 2631 del 29 marzo 2021.....	22
1.1. Introduzione	22
1.2. Il fatto	22
1.3. Segue. La soluzione del Consiglio di Stato	23
2. Le questioni di diritto.....	24
2.1. Pratiche commerciali scorrette nel panorama consumeristico: l'utente di Facebook è qualificabile come consumatore?	25
2.2. Prime conclusioni: la privacy come diritto fondamentale della persona	28
2.3. La commercializzazione dei diritti inviolabili: il dato personale come bene patrimonializzabile ...	29
2.4. Nuovi orizzonti.....	31
PILLOLE DI DIRITTO	33
Civile	34
<i>La pillola di diritto dell'8.10.2021</i>	34



Garanzie concesse dallo Stato o poste a carico dell’Erario in relazione a debiti di particolari categorie di soggetti.....	34
#garanziepersonali#fideiussione#escussioneaprimarichiesta#art.2l.177/1989#art.1936c.c.	34
Corte di Cassazione, sez III civile, Sentenza n. 22157 del 03/08/2021	34
Penale	36
La pillola di diritto del 12.10.2021.....	36
Corruzione per l’esercizio della funzione.....	36
#art.318c.p.....	36
Corte di Cassazione, sez. VI penale, Sentenza n. 33251 del 26/05/2021 (dep. 08/09/2021).	36
Amministrativo	38
La pillola di diritto del 28.10.2021.....	38
Sull’efficacia della rinuncia alla tutela giurisdizionale nell’ambito del procedimento disciplinare	38
#tutelagiurisdizionale #dirittodidifesa #disciplinare #ragionevolezza #noncontraddizione.....	38
T.A.R. Campania, sez. II, Sent. n. 2682 del 26.4.2021.....	38



Anno 2, n. 18, agosto/settembre 2021

Calamus Iuris La Rivista è la rivista dell'Associazione Culturale Calamus iuris, La penna del diritto: una rivista di divulgazione e informazione giuridica, con approfondimenti mirati di diritto, di giurisprudenza e di tecniche di scrittura.

Redazione

Luisa Sarro
Federica Scariato
Anna Vecchione
Michele Vitiello

Comitato scientifico

Luca Cestaro – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato
Flavio Pagano – *scrittore e giornalista*
Gaetano Carlizzi – *Magistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*
Giuseppe Della Pietra – *Professore Ordinario di procedura civile, Università degli studi di Napoli Parthenope*
Gianluca Di Vita – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*
Alfonso Esposito – *Avvocato penalista*
Massimo Marasca – *Magistrato ordinario “fuori ruolo” presso il MIT*
Adolfo Scalfati – *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*
Gianluca Gentile – *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*
Linda Catagna – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*
Giuliana Trotta – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonero*
Pio Cerase – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Cassino*
Carlo Gabutti – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Palmi*
Chiara Martello – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Cuneo*
Giannicola Paladino – *Magistrato ordinario, giudice del tribunale di Napoli Nord*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli
T. +39 – 3479966161
pennadeldiritto@gmail.com



Approfondimenti



CIVILE

Tecnica di liquidazione del danno iatrogeno

di Vincenza Sara Castaldo

1. Sentenza 26117/2021 Cass. Civile Sez III

Il tema della tecnica di liquidazione del danno iatrogeno ha da sempre avuto una attenzione mediatica sfociata in una recente pronuncia della Corte di Cassazione, III Sezione Civile.

La sentenza ha riguardato un uomo rimasto vittima di lesioni in un sinistro stradale in itinere, quindi sotto tutela Inail, senza che si fossero ravvisate responsabilità di terzi.

Il successivo decorso in ospedale, a causa delle errate cure, aveva determinato un aumento del quadro menomativo complessivo per cui la vittima aveva chiamato in causa l'Azienda Ospedaliera ove era stato ricoverato: si era passati, in buona sostanza, da un 12 % di danno biologico ascrivibile al fatto traumatico da incidente stradale tutelato dall'Inail, ad un 20 % (attuale situazione di danno biologico) con quindi un 8 % ascrivibile al danno iatrogeno da colpa professionale sanitaria.

La Azienda Sanitaria si costituì in giudizio, e invocò il principio della compensatio lucri cum damno e chiese che dal credito risarcitorio eventualmente riconosciuto all'attore fosse sottratto l'indennizzo da questi percepito dall'Inail.

In primo grado, nel 2016 il Tribunale di Udine accolse la domanda e così procedette per stabilire l'an debeat:

- 1) condivise le risultanze dell'accertamento tecnico preventivo secondo cui l'attore era portatore di una invalidità complessiva del 20% risultante dal cumulo dei postumi causati dal sinistro stradale;
- 2) monetizzò una percentuale del 20%, in base alle tabelle diffuse dal tribunale di Milano;
- 3) devalutò tale importo dalla data in cui l'infortunato iniziò a percepire una rendita da parte dell'Inail;
- 4) detrasse da tale ultimo importo il valore capitale non dell'intera rendita erogata alla vittima dall'Inail, ma solo dell'aliquota di essa destinata a indennizzare il danno biologico;
- 5) determinò il danno spettante all'attore in misura pari all'8% di tale ultimo importo.

La sentenza della Corte di appello di Trieste, secondo l'Azienda Sanitaria, sarebbe erronea per aver sottratto dall'importo spettante al danneggiato il solo indennizzo per il danno biologico da invalidità permanente e non anche le ulteriori poste indennitarie ulteriormente corrisposte.

2. Responsabilità civile



Nell'ambito della responsabilità del danno iatrogeno, non trascurabile importanza riveste il tema della responsabilità civile.

La responsabilità extracontrattuale nasce nel diritto romano con la *lex aquilia de damnum* che introdusse il principio della risarcibilità del danno iniuria datum.

La *lex aquilia de damno* agli inizi del III secolo a.C., aveva previsto che colui che ingiustamente uccideva uno schiavo altrui deve essere condannato a dare al proprietario l'equivalente del valore massimo raggiunto dalla cosa nell'ultimo anno. In caso di lesione minore, il valore doveva essere rapportato agli ultimi trenta giorni.

Presupposto fondamentale era la sussistenza del dolo e della colpa. In assenza di elemento soggettivo non c'era responsabilità. Ciò appena enunciato fa emergere che il risarcimento del danno ingiusto aveva sia una funzione compensativa del danno, che una tendenzialmente sanzionatoria.

Il codice italiano così come quello Napoleonico, sposa la concezione compensativa del danno, per cui il risarcimento ha la funzione di riportare il patrimonio del danneggiato allo status quo ante all'illecito ed ha come obiettivo di compensare le conseguenze negative da questo causate.

A norma dell'art 2043 del codice civile, il danno si compone di due predicati: l'effettività della tutela, nel senso che va compensato il detrimento patrimoniale subito in tutta la sua estensione, e l'integralità

del ristoro, nel senso che tale compensazione non deve superare il detrimento patrimoniale effettivamente subito.

La responsabilità civile sorge in presenza di un fatto doloso o colposo produttivo di un danno ingiusto. Più precisamente gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile consistono: nella condotta dolosa o colposa, nel nesso casuale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione di interessi meritevoli di tutela e nel danno che ne consegue.¹

Il fatto che causa il danno può essere rappresentato da una condotta umana o da un altro fattore di cui il soggetto è comunque chiamato a rispondere.

Tale fatto, ai fini della configurazione dell'illecito aquiliano, deve essere *sine iure*, cioè non deve essere giustificato dall'ordinamento giuridico e deve essere la causa di un evento dannoso ingiusto e generare un danno scaturente dalla lesione di interessi giuridicamente rilevanti del danneggiato, meritevoli di tutela aquiliana.

Il danno evento, ossia la lesione del bene giuridico è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini del risarcimento, occorrendo dimostrare che la lesione del bene giuridico si sia riflessa nella produzione di un danno conseguenza, e dunque abbia causato una modificazione peggiorativa nella sfera economica del danneggiato, conseguente alla lesione di un bene o di un interesse.

¹ SS.UU. 1 novembre 2011 n. 26972

3. Liquidazione del danno risarcibile – compensatio lucri cum damno –

Il principio della *compensatio lucri cum damno* non ha un effettiva base normativa, anche se parte della dottrina la rinvengono all'interno dell'art 1592, 2 comma, del codice civile, secondo cui il conduttore che non abbia diritto ad indennità per i miglioramenti può compensarne il valore con il deterioramento non dovuto a colpa grave.

Altra parte della dottrina invece, rinviene il fondamento all'interno dell'art. 1223 codice civile, del quale la *compensatio* sembra costituirne una semplificazione della tecnica liquidatoria. C'è qui da far riferimento al fatto che il risarcimento del danno a carico del debitore dichiarato responsabile, è delimitato alle perdite di utilità normali e ordinarie, non essendo infatti risarcibili le ulteriori perdite patrimoniali come ad esempio il rovescio finanziario e la vendita all'asta dei beni, che pur potendosi ricollegare all'inadempimento, al ritardo o al fatto dannoso, si sarebbero potute verificare indipendentemente dalla condotta lesiva.

Il problema della *compensatio* è strettamente legato a quello del danno patrimoniale.

Presupposto chiave, è costituito dal giudizio ipotetico di differenza tra due situazioni, cioè tra la situazione patrimoniale attuale e quella che sarebbe stata senza le ripercussioni patrimoniali che il fatto dannoso ha prodotto

nel patrimonio del danneggiato.

Il risarcimento dunque ha una funzione riequilibratrice del risarcimento, perché la vittima dell'illecito si troverebbe in una situazione migliore rispetto a quella anteriore al fatto dannoso.

Sembrerebbe consono operare un vero e proprio raffronto tra il valore attuale del patrimonio del danneggiato ed il valore che esso presenterebbe se il fatto non si sarebbe verificato.²

Ai fini della determinazione del risarcimento del danno, occorre tenere presente tutte le conseguenze prodotte dall'inadempimento nel patrimonio del danneggiato e cioè le ripercussioni positive e negative.

Se nella sfera patrimoniale del danneggiato vi fosse stato un incremento, questo deve essere decurtato dall'ammontare del danno risarcibile, concretandosi, nel caso contrario, in una palese violazione del principio di cui la predetta norma è espressione.

C'è da dire che la compensazione concerne pur sempre la seconda fase del giudizio di responsabilità in cui si selezionano quali sono le conseguenze dannose ammesse al risarcimento e quali no, sull'identificazione del soggetto responsabile e sull'attribuibilità allo stesso, in base al rapporto di causalità e al nesso eziologico, di quel determinato fatto dannoso delle cui conseguenze patrimoniali negative si discute.

Conferendo alla *compensatio lucri cum damno* un valore equitativo, nell'ipotesi in cui il patrimonio del danneggiato presenti

² Cassazione, 18 luglio 1987 n. 6325



una plusvalenza rispetto alla situazione antecedente all'evento pregiudizievole causata dall'azione lesiva del soggetto responsabile, si giungerebbe a definire il vantaggio patrimoniale come "lucro indebito" oppure "indebito arricchimento". Sembrerebbe, questa ipotesi, avvicinarsi al principio vigente nel nostro ordinamento disciplinato dall'art 2041, e 2042 cc.

Una teoria che merita particolare attenzione è quella resa da una parte della giurisprudenza di legittimità: viene individuato il danno nella differenza tra la condizione del patrimonio della vittima prima e dopo il fatto illecito.

Questa teoria prende il nome di *teoria differenziale*: viene temperato la riduzione della posta risarcitoria con l'applicazione della *compensatio lucri cum danno*, in forza della quale dall'importo del risarcimento finale vanno detratti gli eventuali vantaggi che il fatto dannoso abbia procurato al danneggiato medesimo come conseguenza diretta ed immediata.

Se il risarcimento non avesse la funzione di ripristinare la situazione patrimoniale della vittima nello stato esistente prima del sinistro, quest'ultima sarebbe avvantaggiata con il risarcimento, che, in ultima istanza, finirebbe per assumere una funzione meramente sanzionatoria e non compensativa.

4. Tecnica di liquidazione del danno

iatrogeno secondo l'ultimo assetto giurisprudenziale

È in questo contesto giurisprudenziale e dottrinale che si sono inserite le attese sentenze della Suprema Corte che hanno enunciato alcuni fondamentali principi di diritto.

In ambito di risarcimento del danno patrimoniale patito dal familiare di persona deceduta per colpa altrui, non deve essere detratto il valore capitale della pensione di reversibilità accordata dall'Inps al familiare superstite in conseguenza della morte del congiunto, trattandosi di una forma di tutela previdenziale connessa ad un peculiare fondamento solidaristico e non geneticamente connotata dalla finalità di rimuovere le conseguenze prodottesi nel patrimonio del danneggiato per effetto dell'illecito del terzo.³

In tema, invece di assicurazione contro i danni, il pregiudizio derivante da fatto illecito deve essere liquidato sottraendo dall'ammontare del danno risarcibile l'importo dell'indennità che il danneggiato-assicurato abbia riscosso in conseguenza di quel fatto, essendo tale indennità erogata in funzione di risarcimento del pregiudizio subito dall'assicurato in conseguenza del verificarsi dell'evento dannoso e la stessa soddisfacendo, neutralizzandola in tutto o in parte, la medesima perdita al cui integrale ristoro mira la disciplina della responsabilità risarcitoria del terzo autore del fatto illecito.⁴

³ Cassazione n. 12564/2018

⁴ Cassazione n. 12565/2018

Segue a queste due pronunce una terza, che ha ad oggetto le somme liquidate dall'Inail in favore del danneggiato da sinistro stradale a titolo di rendita capitalizzata ex art. 28 della legge 24 dicembre 1969 n. 990: vanno detratte in base al principio indennitario, dall'importo del risarcimento dovuto allo stesso titolo, al danneggiato da parte del responsabile per evitare un "doppio risarcimento", sia in favore del danneggiato che a carico dell'assicuratore o del responsabile, atteso che, eseguita la prestazione in favore del danneggiato da parte dell'Inail ed esercitato dall'assicuratore il diritto di surroga con la comunicazione al terzo responsabile della volontà di surrogarsi nei diritti del danneggiato, quest'ultimo perde la titolarità del credito per la quota corrispondente all'indennizzo assicurativo corrispostogli ed in tale credito succede l'ente surrogatosi.⁵

Ultima delle quattro sentenze in ambito di teoria differenziale è quella riguardante l'ammontare del danno subito da un neonato in fattispecie di colpa medica e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale.

Dall'ammontare del danno subito deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia comunque ottenuto dall'Inps in conseguenza di quel fatto, essendo tale indennità rivolta a fronteggiare ed a compensare direttamente il medesimo pregiudizio patrimoniale causato dall'illecito, consistente nella necessità di

dover retribuire un collaboratore o assistente per le esigenze della vita quotidiana del minore reso disabile per negligenza al parto.⁶ Attualmente, in tempi recentissimi la Corte di Cassazione è ritornata sull'argomento della tecnica di liquidazione del danno iatrogeno con sentenza n. 21167 del marzo 2021, depositata nel settembre 2021.

Nella emblematica sentenza al vaglio della Suprema Corte, i problemi che la Corte di Appello era tenuta a risolvere erano due:

-come avrebbe dovuto essere liquidato il danno differenziale e cioè il credito risarcitorio vantato dalla vittima di un fatto illecito la quale per lo stesso titolo, abbia percepito un indennizzo dall'assicuratore sociale;

-se i criteri enunciati avrebbero dovuto essere modificati nel caso in cui il fatto illecito avesse soltanto aggravato un danno che, sia pure in misura minore, comunque si sarebbe verificato.

La prima questione viene risolta dalla Corte invocando la sentenza 12566/2018: i pagamenti effettuati dall'assicuratore sociale riducono il credito vantato dalla vittima del fatto illecito nei confronti del responsabile, quando l'indennizzo ha lo scopo di ristorare il medesimo pregiudizio del quale il danneggiato chiede di essere risarcito.

Il danneggiato per effetto del pagamento dell'indennizzo perde la titolarità attiva dell'obbligazione per la parte indennizzata.

In tal caso il credito risarcitorio residuo del

⁵ Cassazione n. 12566/2018

⁶ Cassazione n. 12567/2018

danneggiato nei confronti del terzo responsabile, e cioè il danno differenziale andrà determinato sottraendo l'indennizzo Inail dal credito risarcitorio solo quando l'uno e l'altro siano stati destinati a ripristinare danni identici.

Nel caso di specie, un uomo ha subito delle lesioni personali in seguito ad un sinistro stradale, senza responsabilità di terzi, riportando una invalidità del 12%, poi aggravatasi di un altro 8% a causa di cure sbagliate da parte della Asl, sino a raggiungere una invalidità complessiva del 20% come risultante dunque dei postumi causati dall'incidente e dall'errore dei sanitari. *In primis* la III Sezione ricorda che l'attore ha chiesto la condanna dell'Asl per il solo danno differenziale; e che la convenuta non ha mai invocato il concorso della vittima o del fatto naturale.

Dopodiché rileva che il danno alla salute è unitario. Non esiste, spiega, una "salute lavoristica" ed una "salute civilistica"; esistono soltanto criteri differenti per la monetizzazione del relativo pregiudizio, a seconda che debba essere indennizzato dall'assicuratore sociale o risarcito dal responsabile civile.

Ciò detto, dunque la vittima non potrebbe pretendere di "compartimentare" i pregiudizi subiti, per evitare che l'indennizzo già percepito sia imputato al solo danno - base. Dall'altro, il responsabile non potrebbe pretendere che l'indennizzo pagato dall'Inail sia portato in primo luogo e per l'intero a difalco del risarcimento dovuto per

l'aggravamento, e solo la parte residua sia imputata al danno-base.

I criteri delineati dalla Cassazione sono:

- a) stabilire la misura del danno-base e quella dell'aggravamento;
- b) determinare il complessivo indennizzo dovuto dall'Inail, sommando i ratei di rendita già percepiti e capitalizzando la rendita futura, al netto dell'incremento per danno patrimoniale;
- c) verificare se l'indennizzo totale sub (b) sia inferiore o superiore al danno base.

Nel primo caso, il responsabile dell'aggravamento sarà obbligato a risarcire quest'ultimo per intero; nel secondo caso il responsabile dell'aggravamento sarà tenuto a risarcire quel che resta sottraendo dall'aggravamento la differenza tra l'indennizzo Inail e il danno-base.

Si può affermare che per la Cassazione, in riferimento al risarcimento del danno iatrogeno "conta la sola eccedenza pecuniaria dell'indennizzo Inail rispetto al danno-base".

Il danno iatrogeno va determinato monetizzando l'una e l'altra invalidità, e sottraendo dal controvalore monetario della seconda il controvalore monetario dell'invalidità che comunque sarebbe residuata all'infortunio anche nel caso di diligenti cure.

Infine, la Corte, cassando la sentenza con rinvio alla Corte di Appello di Trieste enuncia i seguenti principi di diritto:

1. l'indennizzo per danno biologico permanente pagato dall'Inail alla



- vittima di lesioni personali va detratto dal credito aquiliano per danno biologico permanente, vantato dalla vittima nei confronti del terzo responsabile, al netto della personalizzazione e del danno morale;
2. nel caso di indennizzo sotto forma di rendita, la detrazione deve avvenire sottraendo dal credito civilistico il cumulo dei ratei già riscossi e del valore capitale della rendita ancora da erogare, al netto dell'aliquota di rendita destinata al ristoro del danno patrimoniale;
 3. il danno c.d. iatrogeno (e cioè l'aggravamento, per imperizia del medico, di postumi che comunque sarebbero residuati, ma in minor misura) va liquidato monetizzando il grado complessivo di invalidità permanente accertato *in corpore*; monetizzando il grado verosimile di invalidità permanente che sarebbe comunque residuo all'infortunio anche in assenza dell'errore medico; detraendo il secondo importo dal primo;
 4. nel caso in cui la vittima di un danno iatrogeno abbia percepito un indennizzo dall'Inail, il credito residuo della vittima nei confronti del responsabile va determinato sottraendo dal risarcimento dovuto per danno iatrogeno solo l'eventuale eccedenza dell'indennizzo Inail rispetto al controvalore monetario del danno-base (cioè il danno che comunque si sarebbe verificato anche in assenza dell'illecito).



PENALE

Il materiale pornografico prodotto con il consenso del minore ultraquattordicenne

Nota a Cass., III sez., 22 aprile 2021-1 luglio 2021, n. 25334

di Fortunata Maria Tripodi

Le espressioni di derivazione anglosassone *sexting* e *revenge porn* ci riportano a casi di utilizzazione, violenza, non sempre e non solo consistenti in un atto sessuale strettamente fisico, ma anche nella diffusione più o meno consensuale di immagini e video intimi con finalità di vendetta, piuttosto che come pratiche di coppia in grado di dare origine a danni del tutto simili a quelli posti in essere da una violenza sessuale, da un abuso psicologico, da un abuso sessuale.

Il legislatore ha cercato, anche di recente, di disciplinare questi fenomeni con l'introduzione – tra l'altro – del cd. "Codice Rosso" consentendo all'Italia di essere tra i pochi Paesi al mondo ad avere una legislazione specifica relativa al *revenge porn*.

Il caso in questione si pone al limite di queste tematiche ed instaura il dubbio che il consenso del minore ultraquattordicenne coinvolto in una attività sessuale documentata nell'ambito di una relazione affettiva e diffusa consensualmente ad un

terzo, possa rappresentare una scriminante all'applicabilità dell'art. 600-ter, comma 1, n. 1 c.p.

1. Il quesito

A seguito di ricorso proposto dal ricorrente avverso la sentenza del 17.01.2020 della Corte d'Appello di Roma, si esprimeva la Terza Sez. Penale della Corte Suprema di Cassazione con Ordinanza 25334-21, rimettendo alle Sezioni Unite il seguente quesito:

<< Se il reato di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1, cod. pen. risulti escluso nell'ipotesi in cui il materiale pedo- pornografico sia prodotto, ad esclusivo uso privato delle persone coinvolte, con il consenso di persona minore, che abbia compiuto gli anni quattordici, in relazione ad atti sessuali compiuti nel contesto di una relazione affettiva con persona minore che abbia la capacità di prestare un valido consenso agli atti sessuali, ovvero con persona maggiorenne.>>

1.1. Il fatto sotteso alla sentenza di rimessione alle Sezioni Unite

La vicenda vede coinvolti un soggetto maggiorenne ed una minore ultra quattordicenne. Nel caso di specie, il soggetto - utilizzando la minore, con la quale aveva instaurato una relazione intima – produceva materiale pornografico realizzando immagini della stessa che la ritraevano nel compimento di atti sessuali ed altresì diffondeva o comunque divulgava il predetto materiale immettendolo in rete, rendendolo accessibile attraverso il *social network* Facebook.

La Corte d'Appello di Roma confermava nel gennaio 2020 la sentenza del Tribunale di Roma del 2016, con la quale all'esito del giudizio abbreviato, condizionato all'audizione della persona offesa, condannava il ricorrente alla pena di anni due e mesi otto di reclusione e ad euro 12.000 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali e all'interdizione perpetua dagli incarichi in scuole, istituzioni e strutture frequentate prevalentemente da minori, per il reato di cui agli artt. 81 c.p.v. e 600-ter, comma 1, n. 1 e comma 3 c.p.

I giudici di merito ritenevano sussistente la condotta di utilizzazione della minore integrata nella fattispecie incriminatrice, per realizzare immagini pedopornografiche considerando non rilevante che la minore avesse dichiarato davanti al Giudice dell'Udienza Preliminare di aver acconsentito sia alla realizzazione delle immagini, effettuata nell'ambito di pratiche sessuali condivise con l'imputato, sia alla loro parziale cessione al fine di mettere alla prova

il ragazzo con il quale successivamente la stessa minore avrebbe intrattenuto una relazione sentimentale.

I motivi del ricorso in Cassazione avverso la sentenza sono relativi sia ad un presunto vizio di erronea applicazione dell'art. 600-ter, comma 1, n. 1 c.p. e relativo vizio motivazionale, sia ad un presunto difetto di motivazione relativo al diniego di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ai sensi dell'art. 603 c.p.v.

L'art. 600-ter, comma 1, n. 1 c.p. intende per pornografia minorile ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore di anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali.

Oggetto giuridico dell'articolo è chiaramente la libertà e la integrità psico-fisica del minore, intesa come diritto ad una crescita fisica, psichica, spirituale, morale e sociale del minore secondo il suo naturale sviluppo.

Precipuamente, l'erronea applicazione della fattispecie che il ricorrente lamentava, consisterebbe nel fatto che la Corte d'Appello di Roma avrebbe fondato la sussistenza del reato contestato, sull'irrelevanza del consenso che la minore quindicenne aveva manifestato alla produzione di tale materiale pornografico, nel corso della relazione affettiva tra i due soggetti e nell'ambito di un'attività sessuale consensuale.



Tale interpretazione, così come manifestato da parte ricorrente, risulterebbe in contrasto con la sentenza delle Sezioni Unite n. 51815 del 31.05.2018 che individuava nella condotta di “utilizzo” del minore il discrimine per individuare l’area di rilevanza penale dell’attività di produzione di materiale pedo-pornografico e che definiva il delitto in questione come illecito di danno.

2. Le precedenti soluzioni giuridiche. La questione di diritto.

Orbene, ricostruendo l’evoluzione normativa della fattispecie incriminatrice, le Sezioni Unite affermavano il principio per il quale, affinché possa configurarsi la fattispecie di cui all’art. 600-ter, comma 1, c.p., non sarebbe richiesto l’accertamento del concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto in quanto, sulla base dello sviluppo tecnologico odierno, qualsiasi immagine o video sarebbe potenzialmente oggetto di diffusione.

Appariva già evidente al Supremo Collegio il rischio che una interpretazione così fornita avrebbe potuto favorire una applicazione eccessivamente espansiva della norma incriminatrice, rispetto a quelle condotte rientranti nella sfera “dell’autonomia privata sessuale” e pertanto da ciò ne scaturiva una attenta definizione di rappresentazione pornografica privata “ove risultino coinvolti minori che abbiano raggiunto la soglia del

consenso agli atti sessuali, sempre che tale materiale pedo-pornografico sia stato prodotto e posseduto con il consenso di tali minori e risulti destinato ad esclusivo loro uso privato”.

Alla luce di questa definizione, i giudici concludevano che a circoscrivere l’area penalmente rilevante è la condotta di utilizzazione del minore in quanto “presuppone la ricorrenza di un differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini ed il minore rappresentato.”⁷

A questo punto, a seguito della pronuncia della giurisprudenza di legittimità, è opportuno chiedersi se la produzione di materiale pornografico da parte di un minore ultraquattordicenne sia lecito o meno (cd. *sexting* primario). Invero i rinvii interni contenuti nella disposizione codicistica di contrasto alla pedo-pornografia, non rendono per nulla agevole la repressione penale della eventuale cessione o diffusione dei materiali pedo-pornografici a soggetti estranei alla loro produzione (cd. *sexting* secondario); tantomeno l’art. 612-ter c.p., nel tentativo di contrastare il fenomeno del cd. *revenge porn*, sembrerebbe non occuparsi nello specifico della tutela di una persona di età minore.

Sono sempre i giudici di via Cavour che in un’altra pronuncia⁸ avente ad oggetto il caso di materiale pornografico prodotto con il consenso del minore ultraquattordicenne e divulgato ad un terzo, stabilivano che non

⁷ Corte di Cassazione Sezioni Unite: Cass., SS. UU. pen., Sent. n. 51815 del 15/11/2018.

⁸ Corte di Cassazione: Cass., sez. III pen., Sent. n. 5522 del 22/11/2019.

avesse alcuna rilevanza la differenza tra materiale auto-prodotto ed etero-prodotto e di fatto si affermava che la sussistenza del reato presupposto di produzione di materiale pedo-pornografico non sarebbe necessaria ad integrare i reati di divulgazione, diffusione e cessione, quindi non avrebbe rilevanza il fatto che la produzione di tale materiale potesse risultare una realizzazione ad uso privato del tutto lecito, con ciò implicitamente suggerendo l'impossibilità per un minore ultraquattordicenne di validamente acconsentire alla cessione o diffusione del materiale a persone diverse dai protagonisti dell'attività riprodotta.

La questione di diritto che si evince dal ricorso presentato alla Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione verte sul confine di liceità della produzione di materiale pornografico che vede coinvolti minori in età valida per esprimere il consenso sessuale.

Se il legislatore nazionale, infatti, non ha ritenuto di integrare il nostro ordinamento con quanto già previsto dalla Convenzione di Lanzarote, lì dove stabilisce che l'incriminazione della produzione e del possesso di materiale pedo-pornografico non fosse applicabile se il predetto materiale coinvolge minori in età di consenso sessuale, "prodotto e posseduto con il consenso di tali minori ed unicamente ad uso privato delle persone coinvolte, purché l'atto non implichi alcun abuso", ciò non significa che ci sia da parte dello stesso legislatore la volontà di rimettere all'interpretazione giurisprudenziale la decisione in relazione

agli specifici casi, bensì che la fattispecie incriminatrice deve restare ancorata ad un'attenta esegesi della fattispecie del bene protetto che non può – secondo la Corte di Cassazione – essere limitata alla "autonomia sessuale dei minori".

Il bene protetto deve essere coerentemente ricostruito alla luce degli strumenti giuridici internazionali ed europei, come la Convenzione di Lanzarote, che individuano da un lato il superiore interesse del minore alla rafforzata tutela della propria intimità sessuale – anche quando lo stesso possa prestare un valido consenso – e dall'altro si prefiggono di limitare la diffusione dell'interesse sessuale verso i soggetti minori. L'offensività nei reati di pedo-pornografia, non v'è quindi solo identificata rispetto al pericolo per lo sviluppo della personalità del minore implicato nell'attività sessuale, ma anche considerando la necessità di una tutela rafforzata dell'intangibilità, della personalità del minore.

Nel caso ad oggetto, la relazione tra la minore ultraquattordicenne ed il ricorrente sembrerebbe essere caratterizzata da aspetti di affettività, ma i giudici di merito non chiarivano se la relazione intercorsa tra i due, nel periodo in cui si sono svolti i fatti, manifestasse l'esistenza "del differenziale di potere tra il soggetto che realizza le immagini ed il minore rappresentato" idoneo ad integrare la fattispecie contestata di produzione di materiale pornografico attesa l'interpretazione delle Sezioni Unite.

D'altra parte, qualora si desse per lecito la



produzione del materiale pornografico di tale relazione, sarebbe da esaminare se si potesse ritenere il reato di cui al 600-ter, comma 3, c.p. relativo alla diffusione delle foto e dei video per il tramite del *social network* Facebook con l'invio di un messaggio al ragazzo che la minore aveva iniziato a frequentare per vendicarsi del rifiuto di riprendere la relazione con il ricorrente.

La problematica ad oggetto richiedeva una attenta analisi dei diversi ambiti del consenso del minore da parte delle Sezioni Unite, che però le stesse non producevano nell'esaminare il tema della cd. pedo-pornografia domestica e del consenso del minore ultraquattordicenne all'attività sessuale (S.U. n. 51815 del 31.05.2018).

Posto che il minore ultraquattordicenne può prestare il consenso alle manifestazioni sessuali, non è stato approfondito il tema del consenso relativo alla riproduzione dei *files* da parte dei *partners* o da parte di terzi estranei alla coppia.

Su questo aspetto la sentenza impugnata svolge alcune interessanti argomentazioni, affermando, innanzitutto, che non è possibile ritenere che il consenso del minore ultraquattordicenne abbia un valore scriminante per l'adulto che ha prodotto tali materiali. In pratica, il minore di diciotto anni, per la Corte di Appello di Roma, non potrebbe consentire alla produzione di materiale pedo-pornografico riprodotto lo svolgimento della sua attività sessuale – pur se dallo stesso consentita – in quanto non in grado di discernere le possibili ripercussioni

future sulla sua sfera psichica.

Non approfondire le diverse aree del consenso del minore ultraquattordicenne, rende difficile – secondo le Sezioni Unite – la soluzione del quesito posto dal ricorrente, laddove questo riteneva che il consenso all'atto sessuale dovesse ricomprendere anche il consenso alla sua rappresentazione, in quanto questa sarebbe oramai una “forma di espressione della sessualità” e quindi “atto sessuale in sé”.

La Corte Suprema di Cassazione Terza Sez. Penale, nel rimettere il ricorso alle Sezioni Unite non ha condiviso questa affermazione, sostenendo che il consenso all'atto sessuale prestato dal minore ultraquattordicenne non includa affatto il consenso alla riproduzione di immagini digitali o di altro tipo dell'attività sessuale posta in essere dal minore stesso nell'ambito della sua autonomia sessuale.

Piuttosto, la Corte riteneva che il minore non potesse essere in grado di prestare un valido consenso alla documentazione della propria vita sessuale, né il legislatore ha provveduto a delimitare i confini della liceità di una tale documentazione dell'attività sessuale, ma anche in virtù delle fonti sovranazionali si dovrebbe escludere che tale materiale possa lecitamente superare la sfera dell'esclusivo uso privato dei protagonisti coinvolti e che perciò il minore ultraquattordicenne non possa prestare un valido consenso alla cessione, diffusione e divulgazione di tale materiale.

A prescindere dalla questione del ricorso, il Supremo Collegio affermava che non si

possa riconoscere in capo ad un minore, nemmeno ultraquattordicenne, la capacità di prestare il consenso alla diffusione del materiale pedo-pornografico, proprio in considerazione dei rilievi che lo stesso Collegio poneva in tema di bene protetto dalle disposizioni incriminatrici e della tutela del “superiore interesse del minore” ricavabile, tra l’altro, dalla Convenzione di Lanzarote.

Da quanto dedotto è chiaro come la questione di diritto di cui la Corte è stata investita, riveste particolare importanza, tanto più in una situazione di pedo-pornografia domestica nell’ambito di una relazione interpersonale, anche affettiva, nella quale non siano stati accertati elementi di differenziale di potere e neppure siano emerse condotte che abbiano indotto il minore alla riproduzione di immagini attinenti alla vita sessuale dello stesso.

Alla luce di quanto esposto e dedotto, i giudici di legittimità ritenevano perciò necessario rimettere la questione alle Sezioni Unite, considerando che la stessa possa avere una ricaduta interpretativa anche sugli artt. 600-ter, commi 3-4 c.p.; sull’art. 600-*quater* c.p. e sull’art. 612 c.p.

3. La normativa

L’art. 600-ter c.p. è stato introdotto nel nostro ordinamento con la L. 269/1998

recante norme contro la pedofilia, poi opportunamente corretta dalla riforma L. n. 38/2006, nonché da ultimo dalla legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote al fine di predisporre una tutela anticipata della libertà sessuale del minore, sanzionando condotte idonee a mettere a repentaglio il libero sviluppo della personalità dell’individuo come le esibizioni pornografiche o la produzione di materiale pornografico⁹.

La normativa previgente la ratifica della Convenzione di Lanzarote sanzionava lo “sfruttamento” dei minori al fine di realizzare le attività anzidette. L’utilizzo però del verbo “sfruttare” unito al riferimento “all’impiego” dei minori, avrebbe avuto il vantaggio di ampliare la punibilità, pertanto il legislatore del 2006 ha deciso di sanzionare proprio l’impiego, ossia l’utilizzo dei minori nelle realizzazioni di condotte oggetto della disciplina, inserendo anche l’induzione dei minori di anni diciotto che partecipano ad esibizioni pornografiche. La legge n. 172/2012 di ratifica della Convenzione di Lanzarote ha introdotto degli elementi di novità che si traducono nel rilievo attribuito alla realizzazione degli spettacoli pornografici, in aggiunta alle previgenti esibizioni ed al reclutamento di minori finalizzato ai medesimi spettacoli o esibizioni. Il legislatore del 2012 ha inoltre introdotto una formula di chiusura diretta a sanzionare qualunque condotta che si

⁹ DEL GIUDICE F., PETRUCCI R., PEZZANO R., *Codice Penale Esplicato*, Napoli, 2021, pp. 965-970.

traduca nel trarre altrimenti profitto da esibizioni o spettacoli, nonché di sanzionare penalmente i fruitori dei suddetti spettacoli ed esibizioni e nell'espressa tipizzazione del concetto di materiale pornografico.

Il correttivo del 2012 attua la Convenzione di Lanzarote che impegna gli stati firmatari ad adottare le misure legislative necessarie a considerare reato, tra l'altro, "reclutare un bambino affinché partecipi a spettacoli pornografici".

Ulteriore elemento di novità dovuto alla ratifica della Convenzione, consiste nella creazione di una inedita figura criminosa diretta a sanzionare penalmente i fruitori degli spettacoli ed esibizioni pornografiche già sanzionate dal comma 1 dell'art. 600-ter.

Del resto, la mancata incriminazione "dello spettatore" costituiva una lacuna messa in evidenza dalla dottrina e poco giustificabile in un sistema normativo che, proprio al fine di garantire una efficace repressione della prostituzione e della pornografia minorile, aveva optato di colpire non solo la sua "offerta", ma altresì la sua "domanda".

L'ordinamento si è poi arricchito di un significativo e rilevante provvedimento, le cui disposizioni trovano fondamento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul 2011) ratificata dall'Italia con la legge n. 77/2013.

La norma di riferimento è l'art. 612-ter c.p.

introdotto con la legge n. 69/2019 con il fine di criminalizzare il fenomeno conosciuto con il controverso neologismo di "revenge porn", nato nel mondo anglosassone per indicare la divulgazione non consensuale, dettata da finalità vendicative, immagini intime raffiguranti il partner¹⁰. L'articolo in questione tipizza un primo nucleo di condotte – "la consegna" – aventi tutte, come comune denominatore, il fatto di tradursi in ipotesi di trasferimento – anche attraverso la rete, ma non solo – delle immagini tra due persone. Quanto, invece, alla "pubblicazione", si ritiene possa ricorrere nei casi in cui immagini o video vengono inseriti su siti internet, di natura pornografica, social network e su qualunque altra piattaforma che operi in rete; mentre la "diffusione" si ritiene identificabile nella distribuzione senza intermediari ad un'ampia platea di destinatari (classici esempi sono le chat di messaggistica istantanea). Presupposto comune a queste condotte è che il soggetto attivo sia il medesimo che abbia realizzato il relativo materiale (cioè che abbia scattato le foto o girato i video) o lo abbia sottratto (più o meno fraudolentemente). Deve inoltre trattarsi di materiali destinati a rimanere privati; ne deriva, che le relative condotte debbano essere realizzate senza il consenso delle persone rappresentate, il quale, ove presente, lungi dallo scriminare la fattispecie, ne escluderebbe "in radice" la configurabilità.

¹⁰ DEL GIUDICE F., PETRUCCI R., PEZZANO R., *Codice Penale Esplicato*, Napoli, 2021, pp. 1049-1053.



Il fondamento di tale disposto riposa nella presa d'atto, da parte del legislatore, della circostanza che spesso è la stessa vittima dell'illecita cessione ad aver consegnato le immagini o i video che la riguardano all'autore del reato e che, spesso, la loro diffusione avviene da parte di soggetto diverso da chi le immagini o i video ha realizzato o sottratto. Dunque, si è inteso sanzionare, per un verso, la condotta di chi sia venuto in possesso dei suddetti materiali senza averli realizzati personalmente e, per altro verso, quella, altrettanto esecrabile, dei "condivisori" delle immagini illecitamente diffuse dall'autore del reato.

In tal caso è, tuttavia, richiesto che il reo agisca al fine specifico di recare nocumento alla persona rappresentata nelle immagini o nei video diffusi: si esige, in altri termini, che la condotta del soggetto attivo sia animata dal *dolo specifico*¹¹, fattore che restringe fortemente l'area della rilevanza penale di tal genere di comportamenti, confinando nell'area del penalmente irrilevante condotte non meno censurabili, quali quelle di chi, senza il consenso della vittima, ne diffonda immagini o video di contenuto sessualmente esplicito per farsene vanto o per ragioni ludiche.

4. Conclusioni

Sarà quindi interessante comprendere come

le Sezioni Unite vorranno rispondere al quesito a loro rimesso da parte della Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione.

Di fatto le Sezioni Unite potranno percorrere due strade. In prima battuta c'è da chiedersi se vorranno ricondurre il caso al precedente orientamento della sentenza n. 51815 del 31.05.2018, quindi negare l'applicabilità di cui all'art. 600-ter, comma 1, n. 1 c.p. ed allo stesso modo escludere l'ipotesi di "utilizzo" del minore nell'attività di produzione di materiale pedo-pornografico, diffuso in maniera esclusiva tra le persone privatamente coinvolte, con il relativo consenso della persona minore ultraquattordicenne.

In seconda battuta, le Sezioni Unite potrebbero ritenere che la questione vada oltre il già espresso "confine dell'utilizzazione" configurando il reato di cui all'art.600-ter, comma 1, n. 1 c.p. nel momento in cui dovessero ritenere che il bene protetto debba essere il "supremo interesse del minore" il cui consenso debba essere declinato in più ramificazioni tali per cui la "utilizzo" non è ravvisabile tanto nell'espressione sessuale, quanto nelle molteplici possibilità di diffusione incontrollata del materiale pedo-pornografico prodotto nonché di imprevedibili conseguenze future sulla sfera psichica e personale del minore.

Vieppiù, sarà rilevante l'esame che le Sezioni Unite vorranno proporre in ordine alla

¹¹ MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G.L., *Manuale di Diritto Penale – Parte Generale, X Edizione*, Milano, 2021, p. 376.



tematica - precedentemente non delineata e non affrontata - della diffusione del materiale pedo-pornografico prodotto con il consenso del minore ultraquattordicenne in relazione al periodo odierno, in cui una divulgazione incontrollata del materiale, seppur prodotto ai fini privati, possa cagionare il rischio di gravi ripercussioni sulla sfera personale, psicologica e sessuale del minore prestante il consenso sia all'atto sessuale, quanto alla video-ripresa dello stesso nell'ambito di una relazione affettiva.

Orbene, oggigiorno i mezzi tecnologici di comunicazione che il minore ultraquattordicenne ha a sua disposizione renderebbero ben più complesso rispetto al passato, il consenso che lo stesso esprime in

relazione alla propria vita sessuale.

In questo senso, sembrerebbe labile la linea di separazione tra il comportamento lecito ed il comportamento illecito del minore; sottile il confine tra la presenza o meno di una "utilizzo" dello stesso, piuttosto che di un abuso così come stabilito dalla Convenzione di Lanzarote. Questo in uno scenario in cui i mezzi di diffusione del materiale pedo-pornografico si moltiplicano, appaiono incontrollati e facilmente eludibili persino da un minore che non abbia neppure ancora raggiunto l'età del consenso sessuale.

AMMINISTRATIVO

Lo sfruttamento a fini commerciali dei dati personali e tutela multilivello del consumatore

di Mariacamilla Varricchio

1. La violazione della privacy come pratica commerciale scorretta: analisi delle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, nn. 2630 e 2631 del 29 marzo 2021

1.1. Introduzione

Con le pronunce in commento, il Consiglio di Stato ha segnato un'importante tappa nel panorama della tutela dei dati personali delle persone fisiche, in continua evoluzione.

Si tratta, invero, di una tematica la cui attualità è di tutta evidenza: basti pensare alle potenzialità diffusive di *Internet*, incrementate esponenzialmente, nella società moderna, dall'utilizzo spasmodico dei *social network*.

Le caratteristiche di siffatti servizi, dunque, rendono tangibile il rischio di un indebito sfruttamento dei dati personali dei relativi fruitori, che si avvicinano in maniera sempre meno consapevole al mondo virtuale.

La debolezza della posizione dell'utente spiega, pertanto, l'attribuzione allo stesso della qualifica di consumatore e tanto vale a far scattare il meccanismo di tutele

consumeristiche, come chiarito dal Giudice Amministrativo.

1.2. Il fatto

La vicenda che ha originato le sentenze gemelle¹ vede protagonista uno tra i più diffusi *social network* - *Facebook* – la cui politica aziendale è stata sanzionata dall'AGCM, in quanto considerata contraria agli artt. 20, 21, 22, 24 e 25 del d.lgs. n. 205/2006, recante il Codice del Consumo.

L'istruttoria sviluppata e conclusa dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ha rilevato che le società Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd hanno posto in essere due distinte pratiche commerciali scorrette, l'una giudicata ingannevole, l'altra aggressiva, cui è conseguita l'inflizione di gravi sanzioni pecuniarie nonché la condanna all'ottemperanza di rilevanti oneri di pubblicazione e di condotta per il futuro. Più nel dettaglio, il provvedimento amministrativo ha stigmatizzato la condotta del professionista consistente nell'omessa adeguata informazione dell'utente circa l'effettiva destinazione commerciale dei dati personali raccolti al momento dell'attivazione dell'*account* sulla piattaforma: la presenza, nella homepage di Facebook, di un *claim* sull'assoluta gratuità del servizio è stata considerata idonea a fuorviare l'utente che, ignorando di cedere dati poi utilizzati

¹ Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631.

dalle società a fini lucrativi, viene indotto ad effettuare una scelta commerciale che altrimenti non avrebbe preso.

Inoltre, è stata considerata aggressiva la pratica strumentale alla raccolta di dati personali mediante un sistema di preselezione del consenso alla cessione e all'utilizzo degli stessi, del tutto automatizzato, che non consente all'utente di ponderare consapevolmente le proprie scelte e costringendolo a subire consistenti limitazioni nella fruizione del servizio in caso di deselezionazione.

Il provvedimento veniva impugnato dinanzi al TAR Lazio, con due ricorsi sostanzialmente identici, mediante cui le società di gestione del *social network* contestavano la sussumibilità della condotta entro l'ambito di applicazione del Codice del Consumo, in particolare censurando la qualificazione della stessa in termini di pratica commerciale scorretta.

Il giudice di primo grado accoglieva parzialmente i ricorsi, escludendo la sola l'aggressività della pratica, con sentenze² poi portate all'attenzione del Consiglio di Stato: il giudice d'appello provvedeva alla riunione dei ricorsi, in ossequio all'art 96 c.p.a.,³ e a garanzia di esigenze di economicità, speditezza e coerenza di giudicati, pronunciando le sentenze in commento.

² T.A.R. Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020 nn. 260 e 261.

³ Si osserva, sul punto, che nel processo amministrativo, in grado di appello, sussiste l'obbligo per il giudice di disporre la riunione degli appelli laddove proposti avverso la medesima sentenza. Nel caso di specie, peraltro, la necessità di una riunione

1.3. Segue. La soluzione del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato, respingendo entrambi i ricorsi proposti dalle società *Facebook Inc.* e *Facebook Ireland Ltd*, conferma la sentenza di primo grado: il T.A.R. Lazio aveva ritenuto legittimo il provvedimento dell'AGCM nella parte in cui condannava le predette società per pratica commerciale ingannevole, mentre ne aveva statuita l'illegittimità quanto alla imputazione della responsabilità per pratica commerciale aggressiva.

Il carattere ingannevole della condotta va rinvenuto nella genericità e nell'incompletezza delle informazioni fornite dal Professionista all'utente in fase di registrazione a FB: la schermata di iscrizione al *social network*, infatti, difetta di un apposito avvertimento circa la funzionalità ad uso commerciale dei dati ceduti, resa possibile dall'operazione di profilazione. In altri termini, le sentenze rilevano l'incongruenza tra la garanzia di gratuità del servizio e la remuneratività dello stesso, che si cela dietro l'automatizzazione del trattamento dei dati personali, raccolti al momento della registrazione e, poi, successivamente sfruttati a scopi pubblicitari o promozionali.

Di significativo interesse è il passaggio della pronuncia che evidenzia la necessità di garantire, a livello normativo, maggiori tutele per il consumatore e tale obiettivo è

degli appelli è resa evidente anche dalla *“integrale connessione soggettiva ed oggettiva tra gli stessi, recando quali parti processuali le stesse già costituite nel giudizio di primo grado ed avendo ad oggetto la delibazione di motivi di appello dal contenuto pressoché sovrapponibile.”* (Cons. Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2630).

raggiunto grazie alla sinergia di diverse discipline tra loro complementari.

La Sezione VI, infatti, non condivide la tesi delle appellanti secondo cui, nel caso di specie, non sussisterebbe la competenza dell'AGCM in quanto trattasi di materia afferente esclusivamente alla protezione dei dati personali: il Collegio, invero, sottolinea che la specialità della normativa sulla privacy non può essere assoluta dal momento che ogni comportamento umano coinvolge i dati personali.

Ne consegue che se il trattamento di questi incide su situazioni disciplinate da diverse fonti giuridiche l'ordinamento non può ammettere frustrazioni alla tutela di tutti i valori coinvolti e, pertanto, le relative regolamentazioni sono suscettibili di applicazione contestuale.

Il rapporto di complementarità, dunque, che sussiste tra il d.lgs. n. 205/2006 e il Reg. UE 2016/679 si sostanzia nella prescrizione di obblighi informativi funzionali, contestualmente, alla protezione del dato e all'autodeterminazione commerciale del consumatore.

2. Le questioni di diritto

Le sentenze in commento suscitano interesse in quanto pongono, nel vasto panorama della protezione dei dati personali, due questioni significative dalla portata apparentemente innovativa: la sinergia tra diverse forme di

tutela del consumatore e la patrimonializzazione del dato personale.

Da un punto di vista più generale, infatti, il Consiglio di Stato prende posizione sull'efficacia della normativa in tema di *privacy*,⁴ riconoscendone il carattere speciale ma escludendo che ciò comporti l'inefficacia delle altre fonti eventualmente coinvolte. In particolare, si esalta l'indiscutibile ruolo che il trattamento dei dati personali gioca sulla libertà d'impresa e il relativo limite costituito dalla protezione del consumatore.

Tanto spiega il riconoscimento di un rapporto, non di esclusione reciproca bensì di complementarità tra il Codice del Consumo e il Regolamento *privacy*, che impone ai professionisti una più attenta ponderazione dell'interesse economico con l'inviolabilità del diritto alla riservatezza.

Il tema, che merita approfondimento, sollecita una riflessione sul concetto di pratica commerciale scorretta, sulla nozione di consumatore e sulla delimitazione dei confini di operatività delle norme a tutela di quest'ultimo di fronte ad un indebito sfruttamento dei suoi dati personali.

Per quanto riguarda, invece, l'altra questione di interesse messa in luce dalle pronunce in commento, giova soffermarsi sul fenomeno della patrimonializzazione del dato personale, vale a dire sulla possibilità di trarre profitto dal trattamento dello stesso e domandarsi entro quali limiti sia concepibile.

⁴ Il riferimento è al Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla

libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati); nonché al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice Privacy.

2.1. Pratiche commerciali scorrette nel panorama consumeristico: l'utente di Facebook è qualificabile come consumatore?

La vicenda oggetto delle pronunce orbita tutta intorno alla figura del consumatore, alla cui tutela è preordinato l'intero corpo normativo di cui al d.lgs. n. 205/2006.

L'art. 3 lo definisce genericamente come *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*.

Senonché la nozione di consumatore non è rapportabile ad un unico referente normativo: tanto si può desumere già da un'indagine dello stesso Codice del Consumo, nell'ambito del quale si rinviene una pluralità di disposizioni che la richiamano in funzione della disciplina che di volta in volta rileva.⁵

Per quanto di interesse in questa sede, infatti, si evidenzia come quello delle pratiche commerciali scorrette – la cui definizione è contenuta nel Titolo III della Parte II del d.lgs. n. 205/2006 - costituisca proprio uno dei settori in cui si rende necessario un rafforzamento delle tutele del contraente c.d. debole.

Il Codice vieta, agli artt. 20 ss., le pratiche contrarie alla diligenza professionale che, in quanto idonee a fuorviare con l'inganno, la minaccia o la coartazione i comportamenti economici degli utenti, incidono negativamente sulle scelte dei consumatori.

Ecco, dunque, che in relazione al caso della registrazione a Facebook e alla conseguente fruizione del servizio si rende necessario domandarsi se l'utente possa essere considerato come consumatore in quanto la risposta positiva al quesito comporta, automaticamente, l'applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette. In altri termini, la configurabilità della condotta del professionista quale pratica vietata è condizionata al riscontro della condizione di consumatore in capo alla controparte contrattuale.

Il tema è stato specificamente affrontato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁶ che, in merito alla qualifica di consumatore del soggetto titolare di un account Facebook, ha chiarito che l'unico criterio di identificazione è dato dall'estraneità del contratto all'attività di impresa.

E se tanto è vero, dunque, ne consegue l'astratta applicabilità delle norme consumeristiche all'utente del *social network* che abbia subito dal relativo gestore una pratica scorretta perché aggressiva o ingannevole.

Nel caso di specie, infatti, non è dubitabile che l'utente agisca in qualità di consumatore e che la sua condizione necessiti di un'implementazione di tutele nei confronti del professionista.

Facebook deve essere considerato tale in quanto la prestazione dei servizi offerti dalla nota piattaforma è realizzata in forma

⁵ CARINGELLA F., *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2020, p. 1241.

⁶ Corte di Giustizia CGUE, CAUSA C-498/16, sentenza 25 gennaio 2018.



imprenditoriale e a scopo di lucro, benché all'utente non sia richiesto un materiale esborso di denaro all'atto della registrazione. Ne consegue l'esposizione di quest'ultimo al rischio di subire condotte scorrette da parte del gestore del social network, tali da coinvolgere una pluralità di interessi del fruitore: dall'autodeterminazione commerciale, che deve essere libera e consapevole, allo sfruttamento legittimo dei propri dati personali.

Da un lato, invero, l'utente non viene edotto della futura commerciabilità dei suoi dati e ciò gli impedisce di ponderare adeguatamente la scelta dell'iscrizione, dall'altro, per le modalità di gestione di Facebook, è costretto a prestare un consenso meramente generico e astrattamente universalmente autorizzatorio.

Le pronunce in commento, infatti, rilevano l'ingannevolezza della pratica – escludendone l'aggressività – nel carattere inequivocabile dell'iniziale promessa di gratuità del servizio, cui non corrisponde l'effettivo impiego dei dati da parte di Facebook o addirittura di terzi.

In disparte la questione relativa alla patrimonializzazione del dato – che andrà approfondita separatamente – giova ora soffermarsi sulle conseguenze, in termini di disciplina, del riconoscimento della qualifica di consumatore all'utente, non in generale, ma nel particolare aspetto del trattamento dei suoi dati personali.

Il profilo di interesse si disvela nella potenziale contestuale operatività di diverse

discipline che viene configurata dall'ordinamento come conflitto apparente di norme: quando, cioè, una stessa materia è regolata da più fonti si applica quella dotata di specialità, secondo quanto disposto dall'art. 15 c.p. e desumibile dall'art. 3 Cost. Il criterio di specialità, dunque, impone di individuare la normativa speciale nel confronto tra la tutela della privacy e quella del consumatore.

Dall'analisi dei suddetti impianti normativi si rileva che la sezione dedicata alle pratiche commerciali scorrette, specificamente contemplata nel Codice del Consumo, non viene riproposta nel Regolamento Privacy e tanto basterebbe a considerare il primo speciale rispetto al secondo.

Senonché il Collegio rifiuta una simile conclusione nella misura in cui considera speciale la tutela della privacy ma al contempo ne valorizza la portata ormai omnicomprensiva: osserva, invero, che ogni scienza giuridica o comportamento umano è pervaso da simili informazioni, pertanto, qualificare come speciale in senso assoluto la disciplina che ne tutela il trattamento escluderebbe l'applicazione di qualsiasi altra fonte giuridica.

Sulla scorta di una simile premessa, dunque, il Consiglio di Stato chiarisce che il rapporto tra le normative citate va inteso in termini di complementarità.

Nel dettaglio, si tratta di un incontro di discipline, non reciprocamente escludenti, ma suscettibili di essere applicate contemporaneamente per i profili di



diversità che le connotano.

In questo specifico caso, la necessità di proteggere i dati personali degli interessati, emergente dall'intero *corpus* del Reg. UE 2016/679, si intreccia con le specifiche forme di tutela fornite dal sistema interno al consumatore; sistema che, peraltro, ha subito un forte condizionamento dalle spinte comunitarie che hanno imposto, a livello generale, la predisposizione di appositi e adeguati meccanismi di protezione delle persone fisiche che non agiscono per scopi professionali.⁷

Il coinvolgimento del consumatore nonché la qualificazione come pratica scorretta di un dato comportamento del professionista implica, poi, l'intervento dell'Autorità preposta alla tutela della concorrenza: competenza esclusiva, come espressamente sancito dal co. 1-bis, art. 27, d.lgs. n. 205/2006.

La norma, peraltro, fa salve eventuali competenze specifiche dell'Autorità di settore che, nel caso di specie, andrebbe individuata nel Garante per la protezione dei dati personali, rispetto al quale, tuttavia, non è dato riscontrare poteri specifici in ambito

consumeristico: tanto varrebbe a qualificare, piuttosto, come generale il Codice della Privacy che ne individua i compiti.

Giova, a questo punto, osservare che la soluzione della complementarità tra discipline non è nuova alla giurisprudenza amministrativa che, infatti, già con riguardo al rapporto tra il TUB⁸ e le norme in materia di concorrenza aveva concluso per l'applicazione parallela.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato,⁹ infatti, ha preso esplicita posizione sulla questione, chiarendo che il ricorso al criterio di specialità non presuppone necessariamente un contrasto tra due o più discipline astrattamente applicabili ma richiede una difformità tra le stesse tale da renderle non sovrapponibili: si impone, in tal caso, l'applicazione della *lex specialis* in quanto quella generale costituisce solo un livello minimo di tutela, volutamente innalzato dal legislatore con la fonte giuridica più specifica.¹⁰

È, dunque, condivisibile l'orientamento della giurisprudenza amministrativa favorevole alla sinergica operatività anche delle discipline in tema di privacy e di tutela del

⁷ Si vedano a riguardo gli artt. art. 12 del TFUE e 38 della Carta dei diritti fondamentali che sanciscono il principio dell'elevato grado di protezione nell'ambito delle politiche dell'Unione. Si pensi, poi, alla Direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza, alla Direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, e, in particolare, alla Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che ha modificato le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 2002/65/CE e il Regolamento CE 2004/2006.

⁸ D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 11 maggio 2012, n. 14.

¹⁰ L'Adunanza Plenaria ha osservato, sul punto, che il TUB, mirando al corretto e trasparente funzionamento del mercato creditizio, non contiene specifiche norme rivolte alla tutela del consumatore, oggetto invece della disciplina contenuta nel Codice del Consumo. Pertanto, la competenza ad emanare sanzioni nei confronti di una società autrice di condotte scorrette, seppur operante nel mercato finanziario, è da riconoscersi in capo all'AGCM e non già alla Banca d'Italia.

consumatore, stante l'indiscussa centralità del ruolo dell'AGMC quanto alla garanzia del buon funzionamento del mercato.

Ciò che può destare una qualche perplessità, invero, è il riconoscimento del carattere di specialità, benché non assoluta, alla normativa sulla protezione dei dati personali. Difatti, come evidenziato in precedenza, quest'ultima difetta di uno specifico riferimento alle pratiche commerciali scorrette, e non contempla poteri specifici del Garante nel caso in cui la violazione del dato risulti dannosa per una particolare categoria di interessati, quali i consumatori. D'altronde è certamente innegabile la pervasività, nell'intero sistema, delle tutele consumeristiche specie se si considera la mobilità della nozione di consumatore e il suo carattere cangiante: questo ha reso possibile l'attrazione nell'ambito consumeristico anche di settori in passato esclusi.

Si pensi, esemplificativamente, all'emersione di un c.d. terzo contratto tra professionisti che concepisce la debolezza contrattuale nello squilibrio economico, più che informativo e persegue l'obiettivo di evitare un abuso di dipendenza economica da parte dell'impresa che sia in grado di determinare - nei rapporti con un'altra impresa - uno squilibrio eccessivo di diritti e obblighi.¹¹

Senonché è altrettanto indiscutibile che la materia della privacy abbia assunto, negli anni un ruolo sempre più centrale nel

panorama dei diritti fondamentali, al punto da stravolgere l'intero ordine delle gerarchie delle fonti.

Dunque, si intende dimostrare con ciò che la tesi pressoché dominante che qualifica come speciale tutto l'impianto normativo sulla privacy, tanto nazionale quanto europeo, sia da rivedere.

Basti considerare che, a differenza dell'autodeterminazione commerciale, il diritto alla riservatezza costituisce indiscutibilmente un diritto inviolabile della persona, pacificamente riconducibile al catalogo aperto dei diritti della personalità di cui all'art. 2 Cost.

2.2. Prime conclusioni: la privacy come diritto fondamentale della persona

La sempre crescente potenza dell'impatto, sulle vite di ciascuno, dell'utilizzo dei dati personali, in uno con lo sviluppo della società moderna, spiega l'assenza di uno specifico referente della privacy in Costituzione: si tratta, infatti, di un valore la cui attualità è in perenne evoluzione, specie alla luce dell'implementazione dell'uso di internet in ogni settore della vita quotidiana. La conseguente irrefrenabile circolazione dei dati personali, allora, ne rende tendenzialmente incontrollabile la destinazione da parte del titolare.

La garanzia del corretto trattamento delle informazioni personali degli utenti costituisce la ratio del GDPR – *General data*

¹¹ CARINGELLA F., *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2020, p. 1278.

protection regulation – che, per ciò che interessa in questa sede, si occupa di regolamentarne anche il possibile sfruttamento a livello transfrontaliero: il coinvolgimento di una pluralità di titolari, infatti, impone un’ampia ed effettiva collaborazione che oltrepassa anche i confini comunitari.¹²

Una simile attenzione verso la materia della privacy è giustificata proprio dal carattere inviolabile del diritto di ciascuno a prestare consapevole consenso circa l’uso dei propri dati personali.

Analoga inviolabilità, tuttavia, non si riscontra in merito alla libertà di impresa e, in generale, all’autonomia privata, quantomeno a livello nazionale: queste, infatti, pur essendo dotate di una copertura costituzionale, si inseriscono nell’ambito del Titolo dedicato ai Rapporti economici e non già ai diritti fondamentali.

L’analisi fin qui condotta consente, allora, di approdare ad una prima conclusione in ordine alle questioni poste dalle pronunce del Consiglio di Stato: si tratta di un nuovo modo di interpretare i rapporti tra la normativa privacy e il Codice del Consumo. Tale lettura non oblitera, ma al contrario esalta il carattere inviolabile del diritto alla protezione dei dati personali e, al contempo, tiene in debita considerazione la crescente importanza di un trattamento lecito degli stessi: pertanto, il GDPR – e le relative discipline interne di attuazione – dovrebbe essere concepito come punto di riferimento generale in materia.

Senza dubitare della genuinità della tesi della complementarità, in conclusione, si tratta solo di aprirsi ad un’inversione di rotta e riconoscere l’attitudine della normativa in tema di privacy ad un’applicazione generalizzata, destinata a convivere con le fonti giuridiche rilevanti nel singolo caso di specie.

2.3. La commercializzazione dei diritti inviolabili: il dato personale come bene patrimonializzabile

Aderendo alla ricostruzione del giudice di primo grado, il Consiglio di Stato accenna al fenomeno della patrimonializzazione del dato personale, cui corrisponde, in sostanza, l’utilizzo dello stesso a fini remunerativi.

Boccia la tesi, sostenuta dalle ricorrenti, secondo cui l’insieme delle informazioni di una persona costituirebbe un bene fuori commercio; tesi dalla quale Facebook deduce proprio la non configurabilità della condotta posta in essere come pratica commerciale scorretta.

Il Collegio, invero, rimarca l’inevitabilità che un simile scenario caratterizzi le moderne economie digitali: i dati personali, dunque, sono suscettibili di costituire *res* commercializzabili ma la relativa patrimonializzazione, nel caso di specie, avviene del tutto inconsapevolmente per l’utente.

È evidente, allora, che la vera tematica su cui giova riflettere non si rinviene nella

¹² Si vedano gli artt. 45 ss. Reg. UE 2016/679.



connotazione commerciale o meno del dato, quanto nella possibilità libera e cosciente di fornire il consenso al relativo sfruttamento.

Infatti, risulta insufficiente - ai fini di una piena ed effettiva protezione – la facoltà dell'utente di revocare posteriormente il consenso inizialmente prestato e tanto perché il rifiuto successivo non impedisce la raccolta del dato all'atto della registrazione e l'immissione in commercio dello stesso.

Il ruolo del consenso è intimamente legato al carattere inviolabile del diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali: difatti, il minimo comune denominatore di tutti i diritti della personalità è costituito proprio dall'imprescindibilità di un preliminare atto autorizzatorio rispetto a qualunque forma di sfruttamento degli stessi. A ciò si aggiunga, quale automatico corollario, la possibilità di revocare in qualunque momento il consenso prestato.

In questa materia, infatti, non è concepibile un'esecuzione forzata avente ad oggetto il rilascio del permesso in seguito negato.¹³

La smobilizzazione dell'economia moderna, peraltro, non ha solo determinato il concepimento di nuove forme di diritti fondamentali, ma ha soprattutto imposto inediti meccanismi di tutela: a tal riguardo si pensi al riconosciuto diritto alla c.d.

deindicizzazione, che si accompagna all'interesse dell'individuo all'oblio.¹⁴

Quanto ai dati personali, dunque, si osserva che lo sfruttamento economico degli stessi non sia impedito dal carattere inviolabile del diritto cui ineriscono, ma impone solo consapevolezza.

D'altronde non può stupire che il dato personale, immateriale e sfuggente, sia suscettibile di essere reificato: il panorama dei beni giuridici, quali cose che possono formare oggetto di diritti, è attualmente profondamente mutato rispetto al passato.

Peraltro, come osservato da autorevole dottrina,¹⁵ i diritti della personalità costituiscono l'emblema dei diritti che hanno ad oggetto beni esclusivamente in senso giuridico: più che il dato, infatti, sarebbe il diritto sullo stesso ad essere destinato a circolare. E una simile conclusione è stata tradizionalmente esclusa in ragione proprio della non appropriabilità dei beni oggetto dei diritti fondamentali.

Bisogna chiedersi, allora, se tale impostazione sia ancora sostenibile e cioè se i diritti su cose in senso solo giuridico siano idonei a formare oggetto di contratti e fungere da mezzi di scambio di utilità patrimoniali.

La vicenda di Facebook, infatti, si inserisce nel filone evolutivo del concetto di bene

¹³ CARINGELLA F., *Manuale ragionato di diritto civile*, Roma, 2020, p. 1636.

¹⁴ Si tratta di una particolare versione del diritto all'oblio, calata nel contesto della diffusione via internet e dei motori di ricerca: dopo un certo lasso di tempo, ciascun individuo - i cui dati risultano

conservati su una pagina web - ha diritto di pretendere la rimozione dei link che consentono di trovare la notizia di cui sia protagonista.

¹⁵ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 198.



giuridico in quanto dimostra l'inattualità della tesi restia a considerare disponibili e, quindi, commercializzabili i diritti della personalità.

È d'uopo osservare, poi, che tra questi l'ordinamento già riconosce la possibilità di uno sfruttamento economico: è il caso del diritto all'immagine di persona famosa nel mondo dello spettacolo, e non solo, che costituisce, pacificamente, un bene anche in senso giuridico- economico.

Con il contratto atipico di *endorsement* un soggetto noto, infatti, si impegna all'utilizzo di un prodotto di una data azienda, autorizzandola allo sfruttamento della propria immagine a scopi pubblicitari.

Se quanto premesso è vero, allora, ne consegue che l'ostacolo ad ammettere che Facebook possa lucrare sull'uso dei dati personali degli utenti non è il carattere di tali beni, bensì le ingannevoli modalità con cui il *social* ottiene il consenso dall'interessato.

2.4. Nuovi orizzonti

Alla luce dell'evoluzione del mercato e dell'economia, in generale, è allora condivisibile la soluzione offerta dal Consiglio di Stato con le pronunce in commento, quanto alla patrimonializzazione dei dati personali.

Questa conclusione è suscettibile di aprire la strada a nuove forme di impiego dei beni oggetto dei diritti della personalità, attraverso il ricorso ad inedite figure di contratti atipici. Si tratta, tuttavia, di una libertà ampia ma non assoluta, stante il limite della meritevolezza

degli interessi imposto dall'art. 1322, co. 2 c.c., che mette in luce come la sinergia tra le discipline coinvolte in materia di dati personali resti comunque, in fondo, sbilanciata verso il pubblico.

La predisposizione di uno statuto pubblicistico per il trattamento dei dati personali funge, dunque, da baluardo verso qualunque potenziale indebita e lesiva contrattualizzazione dello stesso.



Associazione Culturale

Calamus iuris

La penna del diritto

SEGUICI SU



CALAMUS IURIS

CORSO MAGISTRATURA

SONO APERTE LE ISCRIZIONI PER IL 2021/2022

**LE LEZIONI SI TENGONO
OGNI LUNEDÌ ALLE ORE 16.30**

Invia mail a pennadeldiritto@gmail.com



Pillole di Diritto

*a cura di Luca Cestaro
e di Vincenzo Paolo Rizzardi*

(è solo una selezione: per le altre vai sul nostro sito www.calamusiuris.org o sulla nostra pagina facebook)



Civile

La pillola di diritto dell'8.10.2021

Garanzie concesse dallo Stato o poste a carico dell'Erario in relazione a debiti di particolari categorie di soggetti.

a cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#garanziepersonali#fideiussione#escussioneaprimarichiesta#art.21.177/1989#art.1936c.c.

Corte di Cassazione, sez III civile, Sentenza n. 22157 del 03/08/2021

La sentenza in commento offre degli ottimi spunti di riflessione circa l'ammissibilità di un'escussione a prima richiesta, in assenza di un'espressa ed univoca disposizione di legge, nell'ipotesi in cui il garante sia rappresentato da un ente pubblico.

La fattispecie in esame riguarda le garanzie concesse dallo Stato alle imprese editrici di quotidiani o periodici e segnatamente quella contemplata all'articolo 2, primo comma, secondo periodo, della legge n.177/1989: "Per le imprese di cui all'articolo 9, comma 6, ed all'articolo 11, comma 2, della legge 25 febbraio 1987, n. 67, le garanzie relative ai mutui agevolati per l'estinzione dei debiti emergenti dal bilancio al 31 dicembre 1986, regolarmente approvato e depositato,

disciplinate dall'articolo 33 della legge 5 agosto 1981, n. 416, sono estese all'intero ammontare del finanziamento concesso. **Tali garanzie devono intendersi di natura primaria e interamente sostitutive di quelle richiedibili dagli istituti di credito indicati dalla legge alle imprese sopra richiamate"**

Contrariamente da quanto sostenuto dal ricorrente, la Corte di Cassazione chiarisce che tale forma di garanzia non possa qualificarsi, in assenza di elementi univoci, a prima richiesta. La Suprema Corte specifica che diversamente dai rapporti tra privati, in cui la garanzia a prima richiesta può essere desunta dal contenuto concreto dei patti intercorsi, nei rapporti istituiti in via diretta ed immediata dalla legge, essa deve potersi dedurre con chiara immediatezza dalla normativa, attesa l'indiscutibile onerosità per il garante di tale qualificazione.

Pertanto, in difetto di tale possibilità, i rapporti dovranno essere regolati dai principi generali e dalle regole inerenti la figura negoziale tipica di riferimento (fideiussione). Infatti, "la qualificazione di primarietà della garanzia non implica in modo automatico la parificazione del garante al debitore, poiché l'uno assume un'obbligazione che resta pur sempre accessoria rispetto a quella dell'altro; [...] la solidarietà non esclude, come appunto accade nell'archetipo dei contratti di garanzia e cioè nella fideiussione, un onere di



tempestiva attivazione del creditore, ai sensi dell'art. 1957 c.c.

Dunque, la Corte di Cassazione chiarisce che “risponde[...] ad un corretto e generale criterio interpretativo che, in difetto di specifiche diverse esplicite disposizioni di legge, la garanzia concessa dallo Stato o comunque a carico del pubblico Erario (complessivamente ed indistintamente inteso) non possa qualificarsi come garanzia a prima richiesta e richieda invece, per la sua operatività, quanto meno la tempestiva attivazione del creditore garantito nei confronti del debitore principale (o, a tutto concedere, l'evidenza della non proficuità di tale attivazione per univoci sintomi di una sua insolvenza): tempestività che, sempre in difetto di analitiche diverse disposizioni di legge, bene può modularsi sul termine semestrale disegnato in via generale dall'art. 1957 c.c. e che corrisponde ad un del tutto tollerabile onere di diligenza del creditore nei confronti del garante, il quale resta pur sempre titolare di un'obbligazione accessoria

rispetto a quella del debitore principale.”

Ciò ha condotto la Terza Sezione ad esprimere il seguente principio di diritto “**Nel caso di garanzie concesse dallo Stato o poste comunque a carico del pubblico Erario da specifiche disposizioni di legge in relazione a debiti di particolari categorie di soggetti, esse, in difetto di elementi testuali in tal senso nella disciplina istitutiva della specifica provvidenza, non possono intendersi quale garanzia escutibile a prima richiesta ed in via autonoma; pertanto, trovano applicazione, in difetto di specifiche diverse espresse disposizioni, i principi generali in tema di garanzia quale prestazione accessoria, quali desunti dalla disciplina della fideiussione, sicché va ammessa l'attivazione della garanzia pubblica almeno previa una vana tempestiva diligente attivazione, ad opera del creditore, degli ordinari strumenti di tutela del credito a sua disposizione.**”

Penale

La pillola di diritto del 12.10.2021

Corruzione per l'esercizio della funzione.

a cura dell'avvocato Paolo Vincenzo Rizzardi.

#art.318c.p.

Corte di Cassazione, sez. VI penale, Sentenza n. 33251 del 26/05/2021 (dep. 08/09/2021).

Il delitto di corruzione è stato profondamente modificato dalla legge n. 190/2012.

Essa ha determinato l'abbandono della logica mercantile, in favore del modello clientelare. Infatti, originariamente, la differenza tra corruzione impropria e propria si poggiava sulla natura dell'atto oggetto dell'accordo, se conforme o contrario ai doveri d'ufficio.

Attualmente, invece, l'articolo 318 c.p. punisce il sistematico asservimento del pubblico ufficiale agli interessi personali del privato.

La pronuncia in commento è volta a decidere sull'impugnazione del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Genova in ordine alla decisione assunta dalla stessa Corte, la quale aveva ritenuto non responsabile, ai sensi dell'articolo 318 c.p., il pubblico ufficiale che aveva accettato una somma di denaro per "compulsare" una pratica amministrativa.

La Corte di appello, pur qualificando come illecita la dazione di denaro "ha escluso la configurabilità dell'ipotizzata corruzione, poiché non risulterebbe dimostrata la necessaria relazione di stabile asservimento del pubblico funzionario agli interessi personali del privato, la quale presuppone un impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata."

Pertanto, attese le considerazioni svolte dalla Corte di Appello, occorre comprendere se, ai sensi dell'articolo 318 c.p., sia punito, oltre il sistematico asservimento del pubblico ufficiale agli interessi personali del privato, anche la realizzazione del singolo atto conforme ai doveri d'ufficio.

La Corte di Cassazione precisa che la legge n. 190/2012 si è fatta carico delle tensioni interpretative manifestate durante la vigenza della precedente formulazione dell'articolo 318 c.p., in quanto quest'ultima ricollegava la sanzione esclusivamente al compimento di uno specifico atto dell'ufficio. La novella normativa ha inteso, invece, estendere la tutela penale alle ipotesi di corruzione sistematica, quelle cioè, non legate ad una specifica prestazione da parte del pubblico agente, ma, piuttosto, alla messa a disposizione della propria funzione per gli interessi di terzi (il c.d. "pubblico ufficiale a libro paga"), avendo il legislatore preso atto

che già solo tale distorsione potenziale del concreto esercizio della funzione è sufficiente a ledere il prestigio ed il buon andamento della pubblica amministrazione. Ciò ha condotto la Corte di Cassazione a chiarire che “[...] **la novella normativa non ha inteso escludere dal perimetro della norma le ipotesi, già sanzionate in precedenza, in cui il patto corruttivo fosse diretto ad un specifico atto del pubblico agente o ne costituisse la remunerazione successiva: infatti, la formula testuale utilizzata ("per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri") è volutamente ampia, nell'esplicito intento di ricomprendervi la vendita sia del singolo atto che, più in generale, della funzione, come pure tanto la corruzione antecedente quanto quella susseguente (nel precedente testo, invece, tenute distinte e diversamente sanzionate, ma oggi condivisibilmente ritenute espressive di un identico disvalore, poiché entrambe idonee a minare la fiducia dei cittadini nella pubblica amministrazione).** Interpretare, allora, la disposizione dell'attuale art. 318 - come invece fa la Corte d'appello - nel senso che, “per la configurabilità del reato, l'elemento decisivo sia costituito dalla protrazione nel tempo del rapporto corruttivo e non, invece, dal mercimonio della funzione, ancorché legato al compimento di un unico e specifico atto, significa rovesciare *l'intentio legis*, peraltro senza il benché minimo conforto della lettera della norma, nella quale non si rinviene alcun riferimento al carattere reiterato del rapporto

tra pubblico agente corrotto e privato corruttore.”



Amministrativo

La pillola di diritto del 28.10.2021

Sull'efficacia della rinuncia alla tutela giurisdizionale nell'ambito del procedimento disciplinare

a cura del cons. Luca Cestaro

#tutelagiurisdizionale *#dirittodidifesa*

#disciplinare *#ragionevolezza*

#noncontraddizione

T.A.R. Campania, sez. II, Sent. n. 2682 del 26.4.2021

1. Nell'ambito di un primo procedimento disciplinare, un docente universitario, onde evitare che il procedimento si concludesse con una più severa sanzione, rinuncia a impugnare la sanzione eventualmente comminata e, tuttavia, ribadisce di ritenere di non essere meritevole di alcuna sanzione.

In sede di impugnativa della sanzione medesima (censura), il Collegio rileva – per quanto qui interessa – che tale rinuncia, effettuata nell'ambito del procedimento amministrativo, non può valere a impedire il ricorso alla tutela giurisdizionale.

«In ossequio al principio fondamentale di difesa sancito dagli artt. 24 e 113 Cost., infatti, “non è configurabile una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, effettuata prima della lesione di quest'ultimo, ossia nel momento in cui, non essendo ancora attuale la lesione

stessa, lo strumento di tutela non è ancora azionabile, né si può ipotizzare alcuna acquiescenza nei riguardi di un provvedimento amministrativo non ancora emanato” (Cons. Stato Sez. IV, 6 aprile 2016, n. 1337); ciò comporta che non è ammissibile “la preventiva rinuncia alla tutela giurisdizionale nei confronti di provvedimenti amministrativi illegittimi. Il destinatario di un provvedimento illegittimo ha semmai la facoltà di rinunciare, *ab initio* e in radice (e cioè omettendo di proporre la domanda annullatoria entro il termine decadenziale) o in corso di causa (ossia mediante rinuncia al ricorso e/o declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse), all'azione, ma sempre dopo aver preso visione del provvedimento” (T.A.R. Marche Ancona, sez. I, 12 maggio 2020, n. 305)».

L'acquiescenza al provvedimento deve, quindi, essere postuma rispetto alla piena conoscenza del provvedimento e, inoltre, spontanea nel senso che deve conseguire al comportamento “liberamente tenuto dal destinatario dell'atto, che dimostri la chiara ed univoca volontà di accettarne gli effetti anche se pregiudizievoli”.

L'acquiescenza non può quindi validamente esprimersi nel corso del procedimento disciplinare in quanto, in tale fase, mancano entrambi i requisiti: la conoscenza dell'atto è impossibile per non essere questo stato ancora adottato; la spontaneità è esclusa poiché l'incolpato versa in una situazione di soggezione, mirando a evitare un provvedimento che possa arrecare



conseguenze pregiudizievoli alla propria carriera.

Il ricorso avverso la sanzione della censura viene, quindi, giudicato ammissibile (e, poi, accolto per ragioni procedurali).

2. La complessa vicenda procedimentale (qui riportata per quanto di interesse) ha consentito al T.A.R. di valutare la possibilità che il venir meno alla descritta rinuncia costituisca una violazione dei doveri deontologici gravanti sui dipendenti pubblici.

Difatti, l'Ateneo, avendo constatato il venir meno alla rinuncia effettuata nel corso del precedente procedimento disciplinare, ne ha intrapreso uno nuovo che è culminato in una più grave sanzione (sospensione) comminata proprio in relazione all'inadempimento al precedente impegno unilaterale a non proporre ricorso.

Il Collegio mostra di ritenere tale sanzione irragionevole e sproporzionata.

L'irragionevolezza, in particolare, scaturisce dalla violazione del «principio di non contraddizione cui si ispira l'intero ordinamento giuridico, poiché il medesimo comportamento, che costituisce espressione di un principio fondamentale quale quello di difesa delle proprie posizioni giuridiche ex art. 24 e 113 Cost.», è stato sanzionato quale illecita violazione di doveri deontologici. Inoltre, il diritto di difesa del dipendente non riguarda i doveri istituzionali dell'ufficio ricoperto né si riverbera sull'immagine esterna del docente. Infine, conclude il Collegio la sanzione «non è neanche

proporzionata alla gravità del fatto, trattandosi di un episodio isolato, contestualizzato nel procedimento disciplinare, privo di rilevanza esterna rispetto a tale fase di alterazione fisiologica del rapporto di lavoro».