

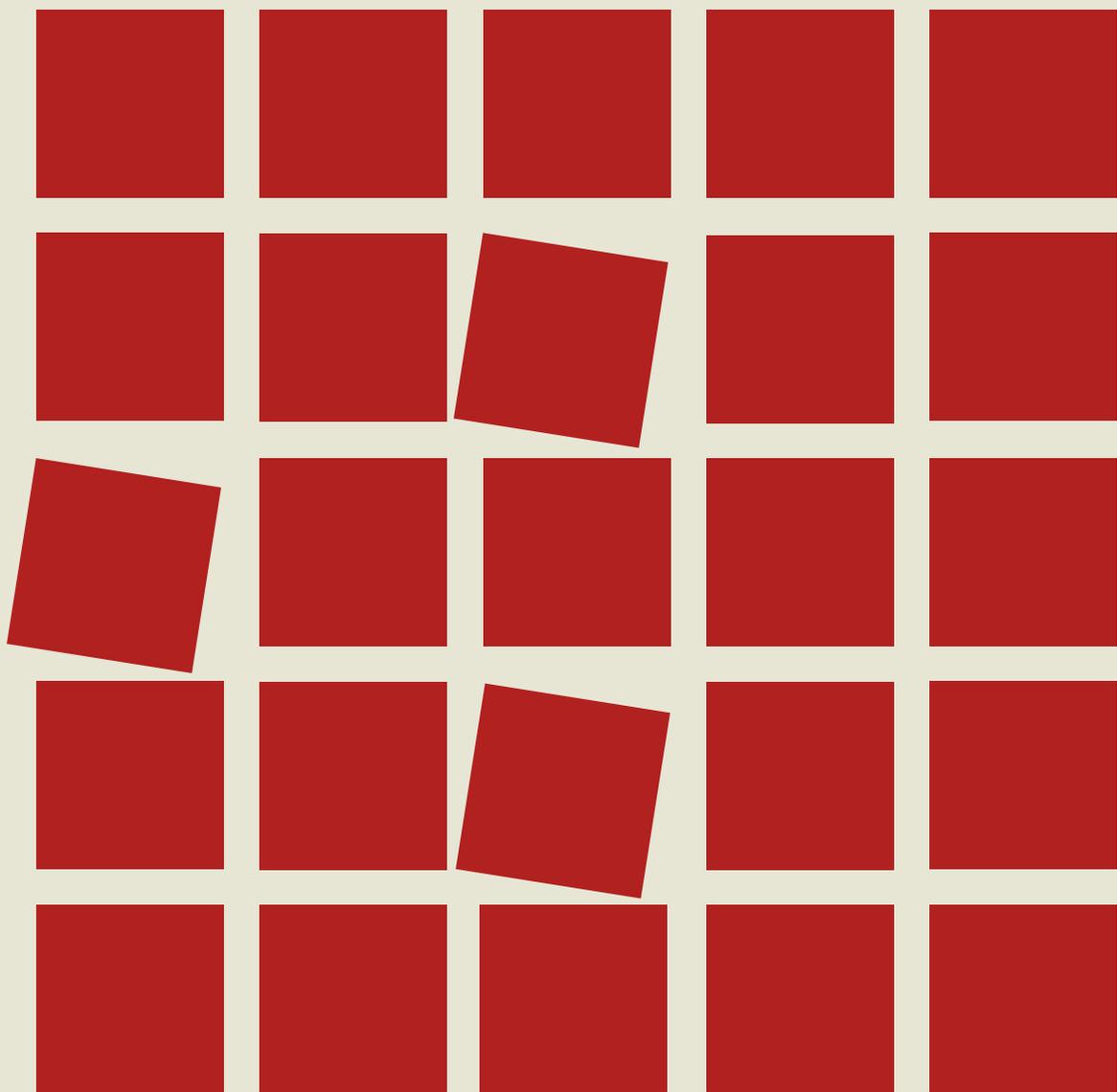
# Ricerche giuridiche

ISSN 2281-6100

Vol. 8 – Num. 1  
Giugno 2019



**Edizioni**  
Ca' Foscari



e-ISSN 2281-6100

# **Ricerche giuridiche**

Quaderni del Progetto Dottorale di Alta  
Formazione in Scienze Giuridiche e del  
Centro Studi Giuridici del Dipartimento  
di Economia dell'Università Ca' Foscari  
Venezia

Direttore  
Alberto Urbani

**Edizioni Ca' Foscari** - Digital Publishing  
Fondazione Università Ca' Foscari Venezia  
Dorsoduro 3246, 30123 Venezia  
URL <https://edizionicafoscari.unive.it/it/edizioni/riviste/ricerche-giuridiche/>

# Ricerche giuridiche

Rivista semestrale

**Direzione scientifica** Nicolò Abriani (Università di Firenze, Italia) Christian Armbrüster (Freie Universität Berlin, Deutschland) Luigi Benvenuti Carmelita Camardi Francesco Caprigione (Università Guglielmo Marconi, Roma, Italia) Marcello Clarich (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Lorenzo De Angelis Nina Dietz Legind (Syddansk Universitet, Danmark) María Ángeles Egusquiza Balmaseda (Universidad Pública de Navarra, España) Antoine Lyon-Caen (Université Paris Ouest, France) Arturo Maresca («La Sapienza» Università di Roma, Italia) Fabrizio Marrella Roger McCormick (London School of Economics, UK) Paolo Montalenti (Università degli Studi di Torino, Italia) Christoph G. Paulus (Humboldt Universität zu Berlin, Deutschland) Adalberto Perulli Johannes Michael Rainer (Universität Salzburg, Österreich) Masaki Sakuramoto (Tokyo University, Japan) Antonella Sciarrone Alibrandi (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Marco Sepe (Unitelma Sapienza Università di Roma, Italia) Alessandro Somma (Università di Ferrara, Italia) Tiziano Treu (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alberto Urbani Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Giuseppe Vettori (Università degli Studi di Firenze, Italia) Manfred Weiss (Universität Frankfurt, Deutschland)

**Direttore responsabile** Alberto Urbani

**Comitato editoriale e di redazione** Vania Brino Francesca Burigo Valentina Cagnin Cristina De Benetti Sara De Vido Claudia Irti Mariella Lamicela Bianca Longo Marco Mancini Giuliana Martina Andrea Minto (Universiteit Utrecht, Nederland) Marco Olivi Andrea Pin Ilenia Rapisarda Roberto Senigaglia Gianluca Sicchiero Ilaria Supino (Università Luiss «G. Carli» di Roma, Italia) Marco Ticozzi Alessandro Zanardo Giuliano Zanchi Gaetano Zillo Grandi Andrea Zorzi (Università degli Studi di Firenze, Italia)

**Comitato scientifico** Fabio Addis (Università di Brescia, Italia) Mads Andenas (Universitetet i Oslo, Norge) Antonella Antonucci (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Florence Benoit-Rohmer (EiUC, Venezia, Italia) Elisabetta Bergamini (Università di Udine, Italia) Massimo Bianca (Università di Trieste, Italia) Elena Bindi (Università di Siena, Italia) Antonio Blandini (Università di Napoli «Federico II», Italia) Laura Calafà (Università di Verona, Italia) Enrico Camilleri (Università di Palermo, Italia) Maria Teresa Carinci (Università di Milano, Italia) Carlo Cester (Università di Padova, Italia) Nis Jul Clausen (Syddansk Universitet, Danmark) Paolefio Corrias (Università di Cagliari, Italia) Ciro G. Corvese (Università di Siena, Italia) Alessandro D'Adda (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Raffaele De Luca Tamajo (Università di Napoli «Federico II», Italia) Francesco De Santis (Università di Salerno, Italia) Riccardo Del Punta (Università di Firenze, Italia) Leonardo Di Brina (Università «Guglielmo Marconi», Italia) Giovanni Di Rosa (Università di Catania, Italia) Giuseppe Faucegna (Università di Salerno, Italia) Leonardo Ferrara (Università di Firenze, Italia) Giuseppe Ferri jr. (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Gianvito Giannelli (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova, Italia) Delia La Rocca (Università di Catania, Italia) Valerio Lemma (Università «Guglielmo Marconi», Roma, Italia) Raffaele Lener (Università di Roma Tor Vergata, Italia) Michele Loboano (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Pierpaolo Marano (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, Italia) Alessandro Melchionda (Università di Trento, Italia) Cinzia Motti (Università di Foggia, Italia) Marco Olivetti (Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia) Ugo Patroni Griffi (Università di Bari «Aldo Moro», Italia) Paolo Patrono (Università di Verona, Italia) Andrea Pertici (Università di Pisa, Italia) Henry Peter (Université de Genève, Suisse) Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia, Italia) Andrea Pisaneschi (Università di Siena, Italia) Nicola Pisani (Università di Teramo, Italia) Dianora Poletti (Università di Pisa, Italia) Oreste Pollicino (Università Commerciale L. Bocconi, Milano, Italia) Nicola Rondinone (LIUC Università Cattaneo, Castellanza) Ila Sabbatelli (Università Telematica Internazionale Uninettuno, Italia) Riccardo Salomone (Università di Trento, Italia) Franco Scarpelli (Università di Milano-Bicocca, Italia) Martin Schauer (Universität Wien, Austria) Francesco Seatzu (Università di Cagliari, Italia) Laura Tebano (Università di Napoli «Federico II», Italia) Paolo Tosi (Università di Trento, Italia) Vincenzo Troiano (Università di Perugia, Italia) Fernando Valdés Dal-Ré (Universidad Complutense de Madrid, España) Francesco Vella (Università di Bologna, Italia) Michele Vellano (Università della Valle D'Aosta, Italia) Lorenzo Zoppoli (Università di Napoli «Federico II», Italia) Stefano Zunarelli (Università di Bologna, Italia) **Ove non specificato, i nominativi indicati si intendono facenti riferimento, a vario titolo, all'Università Ca' Foscari Venezia, Italia**

**Direzione e redazione** Dipartimento di Economia, Università Ca' Foscari Venezia - San Giobbe - Cannaregio 873, Fondamenta San Giobbe, 30121 Venezia - [ricerchegiuridiche@unive.it](mailto:ricerchegiuridiche@unive.it)

**Valutazione dei contributi** I contributi inviati alla rivista *Ricerche giuridiche* sono oggetto di esame da parte del Comitato scientifico per la valutazione secondo le seguenti regole:

- 1 La valutazione è prevista per tutti i contributi (articoli, saggi, lavori di workshop dottorali, commenti a sentenza, ecc.).
- 2 Il contributo ricevuto è trasmesso in forma anonima, a cura della Direzione scientifica, ad uno o più componenti del Comitato scientifico per la valutazione, affinché i medesimi formulino il proprio giudizio compilando in via telematica l'apposito questionario. Trascorso il termine di trenta giorni dalla ricezione senza che il valutatore designato abbia formulato il giudizio, il contributo si intende da questi approvato.
- 3 La valutazione è calibrata sul genere letterario del contributo, e quindi sulla diversa funzione del saggio, della rassegna di giurisprudenza, del commento a sentenza.
- 4 In presenza di pareri dissenzienti, la Direzione può assumersi la responsabilità scientifica di procedere comunque alla pubblicazione, ma con indicazione del parere contrario dei valutatori interpellati. Ove invece dalle valutazioni emerge un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la Direzione scientifica promuove la pubblicazione del contributo solo a seguito del suo adeguamento alle indicazioni ricevute dai valutatori, assumendosi la responsabilità della verifica.
- 5 In ciascun fascicolo della rivista sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del Comitato scientifico per la valutazione che hanno effettuato dei contributi pubblicati.
- 6 La Direzione scientifica della Rivista si riserva la facoltà di valutare autonomamente i contributi di alti esponenti delle istituzioni e i supplementi che raccolgono gli atti di convegni.

## Sommario

### ARTICOLI

**Il conflitto vita contro vita nel diritto penale**  
Mario Sanchez Dafaue 7

**Extraterritorial States' Obligations to Prevent Business-related Human Rights Violations and Requirements of Human Rights Due Diligence for Transnational Corporations**  
Looking for Some Rules of Regional Customary Law  
Marcella Ferri 39

**L'evoluzione del contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale**  
Angela Troisi 75

**I (primi) centocinquanta anni del Diritto dell'economia a Ca' Foscari**  
Giuliana Martina 89

### PAPERS

**La destinazione *post mortale* dei dati raccolti dal titolare del trattamento**  
Fabio Trolli 95

***Fintech*: tra piattaforme di *crowdfunding*, valute virtuali e contrasto del riciclaggio**  
Giulia Serafin 119



OSSERVATORIO

**Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.:  
una lettura non condivisibile**

Gianluca Sicchiero

151

I contributi del presente fascicolo sono stati valutati da:  
Elena Bellisario, Elisabetta Bergamini, Massimo Bianca, Ciro G. Corvese,  
Giovanni Di Rosa, Mauro Grondona, Valerio Lemma, Alessandro Melchionda,  
Nicola Pisani, Marco Sepe, Vincenzo Troiano, Michele Vellano.

## **Articoli**



# Il conflitto vita contro vita nel diritto penale

Mario Sanchez Dafaue

Professore invitato di Diritto penale nella Universidad Carlos III di Madrid, Spagna

**Abstract** Two models of conflicts between lives can be distinguished. Both act as two levels in resolving a case: only if the first one fails it moves to the second one. The first is the state of objective necessity. It is objective because it is based on a favourable weighing and because this weighing allows the justified intervention of external third parties. This would include communities sharing a danger and extreme cases such as the prevention of massacres. The second is the state of subjective necessity (personal). It is personal because it lacks a favourable weigh and is based, exclusively, on the unenforceability of another behaviour.

**Keywords** Exculpation. Unenforceability of other behaviour suicide. Personal justification. Weighting between lives. Massacre. Community of danger.

**Sommario** 1. Precisazioni iniziali. – 2. Varianti della teoria della differenziazione. – 3. La teoria unitaria. – 4. La presa di posizione. – 5. Lo stato di necessità soggettivo. – 6. Lo stato di necessità ‘esistenziale’ oggettivo. – 7. Il bilanciamento tra i beni giuridici della vita. – 8. Questioni aperte.



Edizioni  
Ca Foscari

## Open access

© 2019 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Sanchez Dafaue, Mario (2019). “Il conflitto della vita contro vita nel diritto penale”. *Ricerche giuridiche*, 8(1), 7-38.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/001

## 1 Precisazioni iniziali

### 1.1

È comune nell'ordinamento spagnolo la distinzione tra lo stato di necessità come causa di giustificazione e lo stato di necessità come scusante, entrambi previsti dall'art. 20, co. 5, c.p. spagnolo. La differenza tra i due solitamente dipende da un solo fattore: lo stato di necessità è una causa di giustificazione quando il male causato è minore di quello evitato; è una scusante quando il male causato è equivalente a quello evitato<sup>1</sup>.

La situazione nell'ordinamento tedesco è differente. Lì la distinzione tra lo stato di necessità come causa di giustificazione e come scusante è unanimemente accolta poiché già prevista dallo stesso *StGB* (*Strafgesetzbuch*: codice penale tedesco)<sup>2</sup>.

---

**1** Si tratta di una tesi (la teoria della differenziazione) molto diffusa nella dottrina e dominante nella giurisprudenza. In tal senso, si veda, ad esempio, la sentenza del *Tribunal Supremo* del 28 settembre 1989 nella quale si afferma che esistono due categorie di stato di necessità, «lo stato di necessità giustificante quando il bene giuridico sacrificato per proteggerne un altro è di minore valore rispetto al secondo, e che costituisce una causa di esclusione dell'antigiuridicità, ispirata al principio dell'interesse prevalente; e lo stato di necessità scusante che si realizza quando i beni giuridici in conflitto sono equivalenti, nel qual caso l'esimente segue percorsi molto controversi però prossimi alla mancanza di colpevolezza» (trad. nostra). In tal senso anche la sentenza del *Tribunal Supremo* del 20 marzo 1991 afferma che: «L'essenza dello stato di necessità, tanto nella sua versione completa come in quella incompleta, risiede nell'inevitabilità del pericolo, ossia, che il soggetto in stato di necessità non abbia altro mezzo per proteggersi dal pericolo che lo minaccia se non infliggendo un male al bene giuridico altrui, di modo che se il male causato è minore di quello che si è cercato di evitare [...] saremo di fronte a una causa di giustificazione mentre se vi è parità tra i beni giuridici tutelati saremo di fronte a una causa di non colpevolezza, coerente con la teoria della differenziazione dello stato di necessità, maggioritaria in dottrina» (trad. nostra). Si possono ritrovare affermazioni simili in sentenze successive, ad esempio *Tribunal Supremo*, sent. n. 641 del 18 aprile 2002; sent. n. 836 del 4 ottobre 2010. La sentenza del *Tribunal Supremo* n. 1998 del 28 dicembre 2000 tralascia «nel dibattito sulla natura giuridica di quest'istituto deve distinguersi, nel caso in cui il conflitto sia tra beni giuridici equivalenti o eterogenei, tra le teorie unitarie che gli attribuiscono sempre la natura di causa di giustificazione ed un diverso orientamento che, in accordo con la teoria della differenziazione, distingue il caso del conflitto tra beni eterogenei, nel qual caso si rientra in una causa di giustificazione - stato di necessità giustificante - che eliderebbe l'antigiuridicità della condotta, da quello in cui il conflitto è tra beni eterogenei [omogenei] nel qual caso si rientrerebbe in una scusante - stato di necessità scusante - sulla base della non esigibilità di una condotta diversa» (trad. nostra). In senso contrario, in alcuni casi non si effettua la distinzione tra causa di giustificazione e scusante, si veda la sentenza del *Tribunal Supremo* n. 1629 del 2 ottobre 2002: «se il pericolo che si intende evitare è di entità superiore o equivalente alla lesione che comporta il delitto commesso per evitarlo [...] l'esimente deve essere applicata in maniera completa» (trad. nostra).

**2** Tra gli ultimi difensori della teoria unitaria in Germania spiccano Welzel e Maihofer. WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlino, 1940, p. 52; l'Autore afferma quanto segue: «A causa del valore soggettivo della

La regolamentazione giuridica tedesca, difatti, differisce molto da quella spagnola:

- In primo luogo perché nel caso di stato di necessità come causa di giustificazione, il par. 34 *StGB* da un lato prevede che il bene giuridico protetto sia prevalente rispetto a quello lesa; dall'altro lato, include una clausola di adeguazione (si realizza lo stato di necessità solamente quando il fatto tipico è proporzionato ad evitare il pericolo)<sup>3</sup>.
- In secondo luogo, per tre ulteriori ragioni: lo stato di necessità scusante (par. 35 *StGB*) si limita al caso in cui il pericolo riguarda beni giuridici personalissimi (vita, integrità fisica e libertà), manca un giudizio di bilanciamento e si applica solamente in casi di autodifesa ovvero per tutelare parenti o persone care. Di conseguenza, il par. 35 *StGB* prevede un limitato ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, restrizioni che sono estranee all'art. 20, co. 5, c.p. che fa esclusivo riferimento al male proprio o altrui (non vi è alcuna restrizione né oggettiva, né soggettiva dell'ambito di applicazione dell'esimente).

vita e dell'integrità personale dell'autore, il diritto non riscontra un disvalore nell'azione volta a salvare la propria vita, sebbene per compierla si sia lesa un bene giuridico di valore maggiore. La condotta in stato di necessità è legittima (non è proibita), anche quando il bilanciamento tra i beni sia negativo» (trad. nostra). Allo stesso modo, fino alla seconda edizione del suo *Trattato* del 1949 (che include la quinta edizione della sua *Parte Generale*), egli affermava che «nei casi in cui la propria esistenza entra in collisione con beni giuridici di valore equivalente o superiore appartenenti ad altri [...], l'azione di autodifesa non può essere disapprovata»; Idem, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Eine systematische Darstellung*<sup>2</sup>, Berlino, 1949, pp. 50-51. Successivamente la sua opinione è mutata: «Il prossimo non può mai essere trattato meramente come una cosa ma deve sempre essere considerato come un fine in sé stesso (Kant). Per questo motivo, il diritto non può giustificare l'interferenza nella vita o nell'integrità personale di un terzo anche quando rappresenti l'unico modo per salvarsi la vita, ma può semplicemente scusarla. Il soggetto che si trova in tale situazione di necessità realizza una condotta antiggiuridica anche se, tenendo conto della debolezza umana, una condotta differente non è esigibile»; Idem, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*<sup>3</sup>, Gottinga, 1957, p. 69. Si veda anche Idem, *Das Deutsche Strafrecht*<sup>4</sup>, 1954, pp. 134-135; e *Das Deutsche Strafrecht*<sup>11</sup>, 1969, p. 178. Maihofer ritiene che l'antigiuridicità sia la categoria dogmatica adeguata per risolvere i problemi relativi alla non esigibilità. In quest'ultima ipotesi, non vi è un disvalore d'azione poiché un cittadino rispettoso del diritto non avrebbe agito in maniera diversa nella situazione dell'autore. Maihofer intende dire che qualsiasi comportamento deve trovare i suoi limiti in un potere, non individuale ma generale, che se non violato, non determina un disvalore sociale della condotta, MAIHOFFER, *Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Theodor Rittler*, Aalen, 1957, pp. 153 ss.

**3** Nel nostro ordinamento, GIMBERNAT ORDEIG, *De nuevo sobre el 'caso Haidar'*, in *Diario El Mundo*, 15 dicembre 2009; l'Autore propone un adeguamento per settori secondo la normativa extra-penale corrispondente (per esempio, i trapianti), sebbene alluda anche ad un adeguamento dedotto dai principi generali del diritto.

I casi di conflitto vita contro vita sono soliti rientrare nell'orbita dello stato di necessità come scusante. In Germania per espressa previsione legislativa, in alcune occasioni si ritiene di sussumere i casi di stato di necessità difensivo nel par. 34, ossia i casi in cui la fonte del pericolo è riconducibile alla sfera giuridica del titolare dell'interesse sacrificato.

In Spagna ci sono autori che, esplicitamente o implicitamente, fondano il bilanciamento sul numero di vite in gioco, di modo che uccidere una persona per salvarne due darebbe luogo a uno stato di necessità come causa di giustificazione; uccidere una persona per salvarne un'altra, darebbe luogo a uno stato di necessità scusante; ucciderne due per salvarne una sarebbe una condotta punibile.

Ciononostante, tanto in Spagna quanto in Germania, vi è chi sostiene che il bilanciamento tra beni giuridici personalissimi come la vita non è giuridicamente accettabile. La ragione principale si fonda sulla massima kantiana secondo la quale nessun essere umano può essere utilizzato come mezzo, nemmeno per ottenere un giusto fine. *Homo homini sacra res*.

Cosicché, tale argomentazione si presenta come un limite preesistente alla stessa configurabilità dello stesso stato di necessità come causa di giustificazione (per esempio: lo stato di necessità giustificante presuppone il rispetto della dignità umana) ovvero impedisce che si effettui il giudizio di bilanciamento (negando qualsiasi bilanciamento tra vite umane)<sup>4</sup>. Come si può immaginare, la soluzione in Germania è semplice: è sufficiente ricorrere allo stato di necessità scusante, sottratto a qualsiasi giudizio di bilanciamento.

In Spagna, coloro i quali sostengono che tutti o alcuni dei casi di conflitto vita contro vita rientrano nello stato di necessità scusante devono, invece, necessariamente sostenere, se utilizzano il canone ermeneutico dell'art. 20, co. 5, c.p., che il male provocato è equivalente a quello evitato (per esempio, affermando il valore assoluto di qualsiasi vita umana).

---

<sup>4</sup> In tal senso, CEREZO MIR, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva española*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid 1995, p. 19; l'Autore considera la dignità umana un limite immanente al diritto positivo che non può rientrare nel giudizio di bilanciamento. Cosicché, se una persona provoca la morte di un'altra per salvare varie vite umane, il male causato è minore di quello che si cercava di evitare. Questa condotta, però, sarà illecita poiché costituisce una grave lesione alla dignità della persona umana, bene giuridico, per questo Autore, sottratto al bilanciamento cosicché, in caso di lesione dello stesso, non può realizzarsi la causa di giustificazione dello stato di necessità teso ad evitare il male maggiore, v. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*<sup>6</sup>, Madrid, 1998, pp. 269-270.

## 1.2

Il conflitto vita contro vita può anche essere definito come stato di necessità 'esistenziale'. Qui si fa riferimento ai conflitti tra vite umane. Queste ipotesi possono suddividersi in due. Per semplificare, faremo riferimento al confronto tra due vite:

a) Casi semplici di stato di necessità: quando senza la realizzazione della condotta tipica una delle due persone sopravvive. b) 'Condivisione del pericolo': quando laddove non si ponga in essere la condotta tipica morirebbero entrambi i soggetti coinvolti. La 'condivisione del pericolo' può essere simmetrica, quando per evitare che muoiano entrambe le persone è possibile ucciderne una qualsiasi delle due, o asimmetrica, quando una delle due persone morirebbe indipendentemente dalla realizzazione della condotta tipica.

«Stato di necessità esistenziale» non è necessariamente sinonimo di «stato di necessità come causa di giustificazione o come scusante dell'omicidio» perché, sebbene residuali, ci sono casi molto complessi nei quali si discute della possibilità di giustificare o di scusare un omicidio anche in assenza di un conflitto vita contro vita; per esempio, nei casi di minaccia alla sicurezza dello Stato.

## 2 Varianti della teoria della differenziazione

L'assenza di un ambito oggettivo e soggettivo di applicazione dello stato di necessità scusante ha condotto un settore della dottrina spagnola, capeggiato da Mir Puig, ad escludere dall'ambito di rilevanza dell'art. 20, co. 5, c.p. lo stato di necessità come scusante e a ricondurlo alla 'paura insuperabile' (art. 20, co. 6, c.p.). Per Mir Puig, la paura insuperabile spagnola corrisponde, *mutatis mutandis*, allo stato di necessità scusante tedesco. La sua collocazione dommatica è all'interno della colpevolezza, cosicché il fondamento della non punibilità risiede nell'inesigibilità di una condotta diversa. In altri termini, nei conflitti vita contro vita si conclude che non si possa esigere dalla persona una condotta eroica. Secondo l'opinione di Mir Puig: l'inesigibilità viene intesa come sottocategoria della colpevolezza (o dell'imputazione soggettiva)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> V. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*<sup>10</sup>, ed. Reppertor, Barcellona, 2016, lezione 24, pp. 617-627. «Lo stato di necessità scusante deve ritenersi compreso nell'esimente della 'paura insuperabile' (art. 20, co. 6, c.p.) e, qualora insufficiente, in un'interpretazione analogica della stessa esimente» (trad. nostra); Idem, *Parte General*<sup>10</sup>, 2016, 17/29-31, pp. 469-470. Mir Puig ritiene che la non esigibilità non significhi assenza di divieto, sebbene aggiunga quanto segue: «In senso stretto, da un punto di vista terminologico, l'espressione 'non esigibilità' non è molto fortunata perché oscura la circostanza che la condotta 'non esigibile' è richiesta dal diritto. Si potrebbe tranquillamente dire che

In Germania, una tesi simile in termini di collocazione dommatica dei suesposti problemi è quella di Roxin, per il quale la scusante comporta la non punibilità del soggetto per assenza di responsabilità; non per assenza di imputabilità, né per espresso richiamo al principio di personalità della responsabilità penale, ma per mancanza di bisogno della pena<sup>6</sup>. Mi riproposi di approfondire questa tesi, sostenuta allora anche dal mio maestro Gómez Benítez<sup>7</sup>, durante il mio soggiorno di ricerca in Germania. Alla fine non riuscii a farlo. Ciononostante, la soluzione di Roxin non appare convincente per diverse ragioni:

Le cause di non colpevolezza, in senso lato, escludono la punibilità dell'autore perché lo stesso manca di alcune caratteristiche essenziali dell'agente medio. Al contrario, nelle scusanti si esclude la punibilità per qualsiasi persona per il sol fatto di essere un essere umano. Qui non vi è un problema soggettivo ma un problema oggettivo: in che circostanze si esenta dalla pena un qualsiasi autore indipendentemente da qualsiasi caratteristica personale?

Che qui siamo dinanzi ad un problema oggettivo lo dimostra il fatto che non si prende mai in considerazione la possibilità di ricorrere ad una misura di sicurezza nei confronti della persona che salva la sua vita a spese di un terzo. Da un punto di vista special-preventivo, è adeguato ritenere che un cittadino che osserva le leggi non commette fatti antiggiuridici. E se, in linea generale, si trattasse solo di mancanza di colpevolezza, la cosa più adeguata sarebbe correggere il comportamento dell'autore senza infliggergli una pena. Se questo non viene fatto è perché si percepisce, giustamente, che l'educazione al sacrificio non è un obiettivo del nostro diritto penale.

Un posto di preminente rilievo nel giudizio di assoluzione è riservato al fatto [tipico], ciò risulta evidente dal contributo dato da Roxin nella risoluzione dei problemi di concorrenza tra non imputabilità e stato di necessità scusante. Nella seconda edizione della sua *Parte General*, egli afferma che «quando le circostanze concomitanti di un omicidio non punibile *ex par.* 35 [par. 35 *StGB*, dove si regola lo stato di necessità scusante] dimostrano che un infermo di mente - per esempio perché entra in un delirio omicida alla vista del sangue - è

---

il diritto 'esige' la condotta eroica, sebbene non consideri 'penalmente responsabile' chi la ometta. Senza dubbio, l'espressione 'non esigibilità' si è imposta nella dottrina e sicuramente possiede una forza plastica, ragion per la quale, fatta tale precisazione, continueremo ad utilizzarla» (trad. nostra), *Idem*, *PG*<sup>10</sup>, 2016, 24/5, p. 620.

<sup>6</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traduzione della seconda edizione tedesca (1994) a cura di Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, e De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, 22/1-14, pp. 896-902; si veda anche *Idem*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*<sup>4</sup>, hrsg. Beck, Monaco, 2006, 22/1-14, pp. 963-969.

<sup>7</sup> Vd. GÓMEZ BENÍTEZ, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, in *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 101-112.

pericoloso per la collettività, sarà assolutamente corretto applicare una misura di sicurezza»<sup>8</sup>. Al contrario, nella terza edizione egli nega la possibilità di applicare ad un infermo di mente una misura di sicurezza se soccorre una scusante, in quanto «finché un infermo di mente non si comporta in maniera diversa da un soggetto imputabile, non esiste nessun motivo per applicargli una sanzione penale. La sola pericolosità non è, come per il resto del diritto penale, sufficiente. Diversamente argomentando, dovrebbe ritenersi che la condotta realizzata in legittima difesa da un infermo di mente dovrebbe di per sé legittimare l'applicazione di una misura di sicurezza, cosa che ovviamente non può essere sostenuta»<sup>9</sup>.

Tuttavia, se, secondo Roxin, non vi è alcuna necessità general-preventiva di applicazione della pena, perché dovrebbe proibire la condotta scusata?

Questo è stato il tema centrale di un lungo dibattito che ebbi, per iscritto, con Roxin. I miei argomenti erano i seguenti:

- a. Se la condotta inesigibile è vietata, ne consegue che bisogna affermare che il diritto non può esigere l'eroicità però può prescriverla, cosicché la norma penale, paradossalmente, pare scritta per gli eroi. In questo modo, si dissociamo inesigibilità e divieto penale, dovendosi parlare, in senso stretto, di un'inesigibilità per quanto riguarda l'applicazione della pena e di un'esigibilità con riguardo al divieto.

Ciononostante, non appare chiaro il fine concreto di tale esigenza:

- Convertire il cittadino medio in eroe. In altri termini, *impedire l'applicazione dell'inesigibilità* così come conosciuta fino ad oggi.
- Ovvero criminalizzare la stessa condizione di essere umano che non è sufficiente per soddisfare i comandi previsti dalla legge.
- In ogni caso, siccome la norma penale non soddisfa fini morali nell'intento di conformare le coscienze, ma piuttosto fini sociali di organizzazione della convivenza stessa, si deve concludere che il divieto della condotta volta a salvare la propria vita si risolve, nello stato di necessità 'esistenziale', nel vietare l'azione tipica. Roxin argomenta come segue, affermando che «da un punto di vista general-preventivo può anche essere necessario prevedere un divieto penale senza che, allo stesso tempo, le esigenze di prevenzione generale richiedano la punizione di quanto vietato»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 19/53, p. 817.

<sup>9</sup> Cfr. ROXIN, *AT I*, 1997, 19/57, p. 750; si veda anche *Idem*, *AT I*, 2006, 19/61, p. 879.

<sup>10</sup> Cfr. ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 48, traduzione a cura di Gómez Rivero e García Cantizano. Ciò significa, ovviamente, che il mero divieto si considera già uno strumen-

Questa soluzione presenta diversi problemi:

- In primo luogo, e con tutte le difficoltà connesse ad un'affermazione generale di questo tipo, una pretesa di efficacia che riposa sul solo divieto è poco più di una mera illusione. Il fatto che la condotta volta a salvare la propria vita sia nominalmente proibita non eserciterà nessuna efficacia strumentale reale. Chi per ragioni di coscienza preferisce morire, lo farà anche se l'omicidio di un terzo è permesso; chi preferisce salvarsi o salvare i suoi figli, lo farà anche se è vietato - senza che vi si associ una pena - l'omicidio di un terzo. Ritenere che il mero divieto rappresenti un fattore particolarmente influente sulla decisione finale significa sopravvalutare la sua efficacia preventiva e sottostimare la forza, da una parte, delle convinzioni etiche o delle credenze religiose e, dall'altra parte, dell'istinto di sopravvivenza.

Il divieto della condotta inesigibile pone, inoltre, la necessità di elaborare un nuovo concetto che si affianca a quello di meritevolezza della pena, che si concretizza in quello della *necessità del divieto*. Tuttavia tale divieto e la necessità che esso soddisfa si scontrano con un altro elemento essenziale della configurazione sociale: il carattere non dovuto del suicidio o in generale dell'auto-sacrificio; un dovere la cui imposizione potrebbe anche necessitare di una spiegazione politico-criminale. È opportuno evidenziare che se si sostiene che la condotta tipica realizzata nello stato di necessità soggettivo è una condotta anti-giuridica, non si è molto lontani dall'affermare che il diritto penale impone il suicidio. In tal senso Durkheim definisce il suicidio come qualsiasi caso di morte che risulti, direttamente o indirettamente, da un atto, positivo o negativo, realizzato dalla vittima stessa, consapevole che avrebbe prodotto tale risultato<sup>11</sup>.

---

to repressivo, al di là della pena e della misura di sicurezza. Perron ritiene che il carattere frammentario delle scusanti, che trova il suo fondamento nella benevolenza legislativa di fronte alle debolezze individuali, impone che gli eventuali casi estremi possano, in sostanza, essere tenuti in considerazione solo nella graduazione della pena o in accordo col principio di 'opportunità processuale', Idem, *Justificación y exculpación en Derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 105-106.

In ogni caso, si deve evidenziare che non può mai parlarsi di un'efficacia general-preventiva del processo stesso viceversa, in tal modo, il processo inteso come sanzione, si tramuterebbe nella sola sanzione senza processo.

**11** Vd. DURKHEIM, *El Suicidio*<sup>5</sup>, Madrid, 1998, p. 5. «Sebbene per regola generale ci rappresentiamo il suicidio come un'azione positiva e violenta che implica un certo impiego di forza muscolare, può avvenire che una condotta puramente negativa o la semplice omissione producano la medesima conseguenza» (trad. nostra). «Sia che la mor-

L'idea di un suicidio obbligatorio può essere accettata in società fortemente ideologizzate, per esempio, le teocrazie o gli stati fortemente militarizzati, ma in società libere costituisce un tabù tanto pregnante quanto quello che impedisce di uccidere un innocente per salvare la propria vita. «Affinché la società possa costringere (...) alcuni dei suoi membri ad uccidersi, è necessario che la personalità individuale si consideri cosa da poco. Perché da quando inizia a costituirsi, il primo diritto che si riconosce [al membro della società] è quello di vivere; tutti gli altri possono essere sospesi in circostanze, fortemente eccezionali, come la guerra. Ne consegue che il debole peso connesso alla singola vita non possa avere che una sola causa. Perché l'individuo occupi così poco spazio nella vita collettiva, è necessario che sia quasi totalmente assorbito nel gruppo e, di conseguenza, che questo sia fortemente integrato»<sup>12</sup>. Durkheim definisce *suicidio altruista* quello che consegue ad un forte altruismo. Inoltre, quando «presenta un carattere doveroso, è importante che la terminologia adottata esprima questa peculiarità. Il termine *suicidio altruista obbligatorio* ci appare, quindi, essere la definizione più adeguata per questo tipo di suicidio»<sup>13</sup>.

In ogni caso, sembra che il valore della vita umana nelle società occidentali sia sufficientemente radicato per compensare l'assenza di divieto di queste condotte molto precise ed eccezionali. Il cammino per evitarlo non è l'elaborazione di norme di divieto, ma di prevedere rigide norme di prevenzione che, quando possibile, intervengano

---

te sia accettata semplicemente come una condizione emotiva ma inevitabile del fine al quale si tende, ovvero sia essa stata voluta espressamente e cercata in forma assoluta, ciò che è certo è che il soggetto in un caso o nell'altro rinuncia all'esistenza e le differenti maniere di rinunciarvi non possono costituire altro che delle varianti di una stessa categoria» (trad. nostra), DURKHEIM, *op. cit.*, pp. 3-5.

**12** Cfr. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 228.

**13** Cfr. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 229. È eloquente l'opinione di Bernsmann con riguardo all'incompatibilità tra il contratto sociale come fondamento del monopolio statale della violenza legale e la punibilità della condotta volta a salvare la propria vita, BERNSMANN, «*Entschuldigung*» durch Notstand. *Studien zu § 35 StGB*, Heymann, Colonia, Berlino, Bonn, Monaco, 1989, pp. 306-307. «Lo Stato deve proteggere e rispettare la vita e non può imporre sotto minaccia di una pena, in nessuna circostanza, l'accettazione della morte» (trad. nostra), BERNSMANN, *op. cit.*, p. 308. Bisogna ricordare che secondo HOBES, *Leviatán*, Messico, 1984, p. 177, «Se il sovrano ordina ad un uomo (sebbene giustamente condannato) che si uccida, ferisca o mutili o che non resista a chi lo attacca o che si astenga dal consumo di alimenti, aria, medicine o di qualsiasi altra cosa senza la quale non può sopravvivere, quest'uomo ha la libertà di disobbedire» (trad. nostra). In tal senso anche SPINOZA, *Tratado político*, Madrid, 2004, pp. 111-112; l'Autore afferma che «non appartiene ai diritti della società tutto quello alla cui esecuzione nessuno può essere indotto con premi o minacce. Così, per esempio, nessuno può rinunciare alla facoltà di giudicare» (trad. nostra). Lo stesso può dirsi «di quelle azioni che la natura umana aborre fino al punto da ritenerle peggiori di qualsiasi male, come testimoniare contro se stessi, torturarsi, uccidere i propri genitori, non cercare di evitare la propria morte e cose analoghe alle quali nessuno può essere indotto mediante premi o minacce» (trad. nostra).

sull'origine del conflitto, cioè, sulla situazione stessa di necessità<sup>14</sup>.

- In secondo luogo, se si sostiene la teoria differenziata dello stato di necessità e si considera che le condotte volte a salvare la propria vita sono vietate ma allo stesso tempo rientrano nell'art. 20, co. 5, c.p. (una tesi molto diffusa), ne consegue che bisogna accettare che esiste un dovere generale di astensione, collocato nell'antigiuridicità, e un dovere speciale, collocato nella colpevolezza, al quale allude l'art. 20, co. 5, c.p. quando afferma che il soggetto che verta in stato di necessità non deve avere, in ragione del proprio incarico o della propria posizione, l'obbligo di sacrificarsi. La presente doppia collocazione del dovere complica inutilmente la relazione tra antigiuridicità e colpevolezza. Sarebbe più semplice comprendere la situazione inversa, ossia che all'esistenza di un obbligo speciale di sacrificarsi corrisponda l'inesistenza di un obbligo generale di sacrificarsi<sup>15</sup>.

**14** Da un altro punto di vista, non è nemmeno possibile affermare che questo divieto è imposto dalle conseguenze accessorie dell'antigiuridicità, perché se sono le conseguenze accessorie che impongono l'antigiuridicità, allora è la stessa antigiuridicità a rappresentare una conseguenza accessoria delle sue conseguenze accessorie. Una versione rivista della teoria della differenziazione può ritrovarsi in Pawlik. Per questo Autore, nel caso classico dello stato di necessità scusante, con due parti contrapposte in un conflitto vita contro vita che non è stato da loro generato, alla domanda circa l'ammissibilità di una condotta volta a salvare il proprio progetto di vita come *conditio sine qua non* del sacrificio di un altro innocente si impone una chiara risposta negativa. L'ammissibilità di siffatta condotta implicherebbe dare un basso valore alla vita dell'altro e sarebbe, per questa ragione, incompatibile col principio di uguaglianza di ogni cittadino. Di conseguenza, interferire nell'altrui vita innocente, con l'obiettivo di preservare la propria, risulta illegittimo, PAWLIK, *Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática*, *InDret Penal*, Barcellona, 4/2015, p. 16. Per ulteriori specificazioni circa le scusanti rientranti nella categoria della colpevolezza penale, si veda MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009.

**15** È evidente che mantenere l'inesigibilità all'interno dell'ambito delle condotte previste dalla norma obbliga a costruire una *non esigibilità vietata*. Il legame tra il dovere e l'esigibilità è perfettamente avvertito da Cobo del Rosal e Vives Antón, «visto che il problema dell'inesigibilità è predeterminato, rispetto alla sua soluzione, dalla posizione prescelta nell'ambito dell'antigiuridicità: se si considera che la violazione del dovere appartiene all'antigiuridicità, ne consegue che l'esigibilità o quantomeno l'esigibilità generica o astratta, deve anch'essa appartenerele. Se, al contrario, si ritiene che l'antigiuridicità sia costituita esclusivamente dalla lesione o dalla messa in pericolo di beni giuridici, allora l'esigibilità e l'inesigibilità devono situarsi nell'ambito della colpevolezza» (trad. nostra), v. COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*<sup>5</sup>, Valencia, 1999, p. 691. «Per questa ragione, la posizione di coloro che collocano [...] le cause d'inesigibilità tra quelle che escludono l'antigiuridicità, tra i quali ritroviamo Gimbernat o Gómez Benítez, [...] è, senza dubbio, coerente anche quando non la si condivide» (trad. nostra), *ivi*, p. 691. Nella concezione 'significativa del delitto', Martínez-Buján Pérez riconosce un'inesigibilità individuale, vincolata a caratteristiche personali dell'individuo concreto, che può dare luogo a una causa di non punibilità rientrante nella categoria della colpevolezza, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuridicidad. (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)*, Valencia, 2013, pp. 78-79, note 122-123. Con riguardo alla collocazione sistematica dell'i-

Come è noto, l'affermazione del possibile carattere antigiuridico del fatto realizzato dal soggetto non imputabile si fonda, generalmente, sull'opportunità di imporre anche a costui il rispetto delle norme penali, attesa la possibilità che egli orienti, in virtù di queste, il suo agire. Roxin fa riferimento a questa teoria, attualmente dominante, affermando che «si deve considerare la norma dalla quale discende il divieto come imperativa, come parametro di determinazione, che si dirige alla volontà umana e che orienta l'individuo circa ciò che deve fare ovvero smettere di fare» e che, ciononostante, «separa l'antigiuridicità dalla colpevolezza, cosicché le norme prescrittive si dirigano indistintamente a soggetti imputabili o non imputabili». «La giustificazione di questa teoria risiede nel fatto che anche i non imputabili possono essere giustificati, in linea di principio, dalla norma giuridica [...] e che una violazione di quest'ultima da parte di un non imputabile comporterà non una pena, ma altre conseguenze comunque rilevanti dal punto di vista giuridico-penale (imposizione di una misura di sicurezza, diritto alla legittima difesa dell'agredito)»<sup>16</sup>. Mir Puig, nonostante ritenga l'incapacità personale di evitare il fatto come una causa che impedisce il configurarsi di una violazione della norma prescrittiva, distingue i casi nei quali manca la possibilità di una comprensione normale del precetto normativo dai casi in cui «ha senso dirigere il messaggio normativo al soggetto, che potrà violare la norma prescrittiva». Tuttavia, non sarà legittimo considerare il soggetto non imputabile penalmente responsabile, poiché la norma, ancorché non possa esplicare integralmente la sua funzione di orientamento, può comunque incidere nel processo motivazionale dell'agente, di modo che «la ragione per la quale continua ad avere senso la possibilità di considerare vietata la condotta di chi agisce senza responsabilità penale» consiste nel fatto che «il divieto normativo potrà essere compreso dal non responsabile» e nell'intuizione che «la rimozione *ex ante* del divieto potrebbe essere mal interpretata dal soggetto malgrado la sua mancanza di responsabilità penale»<sup>17</sup>.

Nonostante quanto detto finora, *motivare il soggetto non imputabile per mezzo della pena non può essere una delle finalità della pena perché il principio di colpevolezza circoscrive il campo di applicazione della pena al solo ambito della colpevolezza*. Per questo motivo, allorquando si accetti l'applicazione anche al soggetto non imputabile della norma prescrittiva in ragione della possibilità che egli ha di compiere il mandato normativo, la misura di sicurezza si converti-

---

nesigibilità, si veda MOLINA FERNÁNDEZ, *Memento Penal 2017*, a cura di Molina Fernández, Lefebvre, 2016, marginali 2575-2580.

<sup>16</sup> Trad. nostra di ROXIN, *PG*, (2<sup>a</sup> trad.), 1997, 10/93, pp. 322-323; *ATI*, ed. 4<sup>a</sup>, 2006, 10/93, pp. 323-324.

<sup>17</sup> Trad. nostra di MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 20/47-48, pp. 557-558.

rebbe in una minaccia d'intervento poiché è evidente che non si vuole ingannare il non imputabile minacciando l'applicazione di una pena se commette un delitto. In altre parole, è palese che non si possa accettare come legittima l'efficacia preventiva della rappresentazione di una *minaccia penale inesistente*. Tuttavia, la pretesa di riconoscere alle misure di sicurezza una natura general-preventiva, mediante l'estensione al non imputabile della norma prescrittiva penale, comporta la trasformazione della stessa misura di sicurezza in una pena a contenuto specifico: il possibile intervento nella sfera intima del soggetto. Con ciò si realizza l'ulteriore risultato di diluire, ancorché indirettamente, il presunto carattere irrinunciabile del principio di colpevolezza<sup>18</sup>.

### 3 La teoria unitaria

Per le ragioni esposte finora, consideriamo più corretta la teoria unitaria che considera tutte le ipotesi di stato di necessità come rientranti nelle cause di giustificazione.

Se si considera che l'omicidio commesso per salvare la propria vita nel caso dello stato di necessità 'esistenziale' è una condotta anti-giuridica, questo significa che il diritto penale impone come condotta necessaria, nel rispetto della corrispondente norma prescrittiva, l'obbligo di accettare la propria morte (o di suicidarsi se si considera, come fa Durkheim, che l'accettazione della propria morte è una forma di suicidio). Quest'obbligo racchiude una criminalizzazione della condizione umana e un attentato diretto all'idea stessa d'inesigibilità di una condotta diversa: si scinde l'antigiuridicità dall'esigibilità con la conseguenza di individuare una sorta di *doppia posizione dell'uomo medio*: idealmente realizza una condotta anti-giuridica, immediatamente negata dalla *realtà* che si rivela nell'ambito della colpevolezza. Deve, quindi, concludersi che l'eroe muore nell'osservanza della legge e che chi non lo è commette un omicidio anti-giuridico al quale non segue, però, una pena. Allo stesso modo, se si vuole continuare a mantenere un divieto penale previsto in una norma prescrittiva,

---

**18** MOLINA FERNÁNDEZ ha realizzato uno studio approfondito sulla colpevolezza come elemento della violazione nella sua opera *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcellona, 2001. Per questo Autore, se l'antigiuridicità racchiude un momento prescrittivo, ci troviamo dinanzi «al paradosso per il quale la norma è uno strumento per ottenere quello che, in alcuni casi, va oltre la sua stessa capacità strumentale» (trad. nostra), MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 62. «La conseguenza da trarre è che o si rompe il legame tra l'antigiuridicità non colpevole e la violazione di una norma intesa come prescrittiva, dandole così un contenuto diverso, o, se si vuole mantenere questo vincolo, sarebbe impossibile concepire (dalla prospettiva della norma) un'antigiuridicità senza prendere in considerazione le circostanze della colpevolezza» (trad. nostra), MOLINA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 65.

tale divieto deve perseguire un determinato fine in quanto, in caso contrario, l'antigiuridicità si svincolerebbe dalla legittimità preventiva del sistema penale. Questo fine è il sacrificio stesso, che si trasforma così in una condotta inesigibile con riguardo all'applicazione della pena, ma esigibile dal punto di vista del divieto, divenendo suddetto divieto una peculiare terza conseguenza giuridico-penale.

Il diritto penale è un sistema normativo che ha una pretesa di totalità. Ciò significa che tutte le condotte vietate costituiscono una parte della realtà che si vuole modificare. La previsione di giudizi di valore o di divieti che non siano assistiti da una pretesa di intervento richiamano un potere di definire in modo astratto il bene ed il male che non rientra nelle facoltà del legislatore penale. Nonostante vi siano aspetti che vanno al di là di qualsiasi possibile valutazione, in altri termini, nonostante l'esistenza dell'imponderabile, l'antigiuridicità consiste in una valutazione tra il bene ed il male. Tale scelta rappresenta l'oggetto dell'intervento penale, ossia, determina quali aspetti della vita rientrano nella materia penale e quali no. La colpevolezza presuppone questa valutazione e, sebbene sia consentito un certo margine di apprezzamento che potrebbe definirsi come adattamento alla 'giustizia', il suo ruolo principale consiste nella selezione del metodo adeguato per evitare o correggere la condotta che realizza un disvalore.

Dato il limite generale del divieto di responsabilità oggettiva, il campo di intervento che residua disponibile può essere suddiviso in un volere, antigiuridicità, e in un potere, colpevolezza, inteso quest'ultimo come una diversificazione delle forme di intervento. Di fatto, non si discute che *non violi il divieto di responsabilità oggettiva l'applicazione di una misura di sicurezza a un non imputabile che non sia motivabile attraverso una norma*. Per questo motivo, l'antigiuridicità deve rimanere l'oggetto dell'intervento penale - ciò che il legislatore vuole evitare<sup>19</sup> - e la colpevolezza come il luogo dove si decide la forma corretta d'intervento. Di conseguenza, se salvare sé stessi in una situazione di necessità la si considera una condotta vietata però non colpevole, è corretto prevedere una misura di sicurezza che educi il trasgressore alla condotta volta al sacrificio di sé. Se ciò non viene fatto, significa che salvare sé stessi è accettato. E se è accettato, allora sarà giustificato<sup>20</sup>.

---

**19** Si veda la nota 22.

**20** Le soluzioni intermedie, che pretendono di risolvere questi problemi in una collocazione sistematica tra l'antigiuridicità e la colpevolezza, non sono, in termini generali, convincenti. Tutte le teorie intermedie concordano nel ritenere che, nel caso dello stato di necessità scusante, si esclude il disvalore giuridico-penale ma non l'illiceità dal punto di vista dell'ordinamento giuridico complessivo. Dato che l'ordinamento giuridico complessivo può essere inteso unicamente come ordinamento giuridico extra-penale, la norma violata, la cui conferma si ottiene con la riaffermazione dell'antigiuri-

Il principale sostenitore della teoria unitaria è Gimbernat Ordeig, i cui lavori sulla natura giuridica dello stato di necessità restano ancora un punto di riferimento imprescindibile per la corretta comprensione di questo complesso istituto<sup>21</sup>.

Ciononostante, la tesi di Gimbernat Ordeig deve essere ampliata con riguardo al 'conflitto vita contro vita', principalmente per due ragioni:

- b. perché non si interroga sul problema del bilanciamento tra i beni giuridici della vita;
- c. perché non considera l'ambito di applicazione soggettivo in nessuna ipotesi di stato di necessità 'esistenziale'.

Con riguardo a quest'ultima osservazione, si può giungere a conseguenze indesiderate. Per esempio, nel caso di due persone che versino entrambe in uno stato di necessità 'esistenziale' si ammetterebbe l'intervento giustificato di qualsiasi terzo, in qualità di autore o di partecipe, in favore di qualunque degli interessati («*mal proprio o ajeno*» [male proprio o altrui] ex art. 20, co. 5, c.p.)<sup>22</sup>; pertanto po-

---

ridicità, è la norma extra-penale; a tale norma, in questo modo, si affida la potestà di creare una categoria indipendente al centro della teoria del reato.

**21** Si veda GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, Madrid, 1990, pp. 218-230; Idem, *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 63-71. Nell'opinione di Gimbernat Ordeig, «lo stato di necessità nel caso di conflitto tra beni giuridici equivalenti riunisce tutti e ciascuno dei requisiti di una causa di giustificazione» (trad. nostra). Ciò è vero «in quanto regola i casi nei quali il legislatore non vuole combattere ciò che potrebbe» (trad. nostra), perché, a differenza di ciò che succede con riguardo alle circostanze che influiscono sulla punibilità, costruite per determinate persone o riferite a determinati reati, «nello stato di necessità nel quale vi è un contrasto tra beni giuridici equivalenti, la non punibilità si riferisce ad azioni tipiche giuridicamente neutrali o indifferenti eseguite, in principio e secondo la regola generale, da un qualsiasi soggetto per realizzare un qualsiasi reato» (trad. nostra); nonché se il soggetto è motivabile dalla pena, «allora è ovvio che, per definizione, la sua impunità non può fondarsi sull'assenza di colpevolezza - sia se questa si intende come motivabilità che come rimproverabilità - tuttavia bisognerà trasferire il problema - come cerchiamo di proporre da dieci anni - nell'antigiuridicità, nella quale si analizza l'assenza di responsabilità per i soggetti motivabili» (trad. nostra), Idem, *Prólogo*, in CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 22-23. Questa prefazione è un ampliamento del contributo scritto nel 1974 per il *Libro-Homenaje* a Hans Welzel in occasione del suo settantesimo compleanno e citato come primo testo di questa nota. Il *Prólogo* citato si può anche trovare in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, 1990, pp. 231-239 (Introduzione al libro di A. CUERDA «*La colisión de deberes en Derecho penal*»). A sostegno della teoria unitaria, si veda anche SÁNCHEZ DAFAUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016, pp. 133-135.

**22** «Infatti è difficile comprendere, usando il famoso esempio della tabella di Carneade, perché quando il soggetto eccede uccidendo, quale autore materiale della condot-

trebbe accadere che una qualsiasi autorità pubblica (finché si tratta di un'azione giuridicamente neutrale e non proibita) potrebbe scontrarsi con una qualsiasi altra autorità in una battaglia campale senza una soluzione preferibile<sup>23</sup>.

Di fronte a questa tendenza espansiva del conflitto, in questo lavoro si difende - come meglio si dirà *infra* - un principio restrittivo fondato sull'appartenenza ad una categoria determinata di soggetti.

#### 4 La presa di posizione

Per aggirare le difficoltà citate, abbiamo deciso di distinguere due gruppi di casi di stato di necessità 'esistenziale', dato che riteniamo che ognuno includa problemi differenti e conseguenti diverse ragioni sulle quali fondare l'esclusione di responsabilità: lo stato di necessità in caso di conflitto vita contro vita quando l'autore devia verso un terzo un rischio per salvare la sua vita o quella delle persone a lui vicine (che abbiamo definito stato di necessità soggettivo) e lo stato di necessità in caso di conflitto tra i beni giuridici della vita quando, però, l'autore è una persona estranea al conflitto (stato di necessità 'esistenziale' oggettivo) e, quindi, quando né la sua vita né quella di qualsiasi persona cara è in pericolo.

---

ta, per mano propria, uno dei naufraghi per salvarne un altro, vada esente da responsabilità [...] mentre, invece, debba rispondere in quanto partecipe quando non arriva a tali estremi e, al posto di privare direttamente una persona della vita, si limiti a consegnare la pistola a uno dei naufraghi affinché uccida l'altro» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, 1990, p. 222.

**23** La condotta eseguita nello stato di necessità nel caso di conflitto tra beni giuridici equivalenti non può risolversi in un bilanciamento positivo. «Nella misura in cui l'ordinamento giuridico non ne stima il valore, potrebbe parlarsi di un comportamento giuridicamente neutrale» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, 1990, p. 228. Nel diritto penale spagnolo, nei casi di conflitto tra beni giuridici di pari rango «l'autore è 'motivabile' dalla norma e, comunque, va esente da responsabilità». L'unica spiegazione a quanto detto «può essere unicamente il fatto che, in realtà, ciò che viene regolato non è una causa d'esclusione della colpevolezza, ma di giustificazione, sebbene questa si distingua da altre cause d'esclusione dell'antigiuridicità nella misura in cui il fatto realizzato in stato di necessità non può essere considerato lecito; tuttavia ciò che caratterizza la condotta conforme al diritto penale non risiede nella circostanza che l'ordinamento giuridico ne apprezzi il valore, ma unicamente nella scelta di rinunciare a vietarne la realizzazione attraverso la minaccia di una pena» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)*, in *Justificación y exculpación en Derecho penal*, 1995, p. 68.

## 5 Lo stato di necessità soggettivo

Lo stato di necessità soggettivo è una causa di giustificazione. Il suo fondamento si rinviene nell'inesigibilità di una condotta diversa. Si può pensare, ad esempio, ad una persona che voglia sottrarre ad un'altra l'unico giubbotto di salvataggio disponibile in un naufragio o ad un montanaro che cerca di liberare un rifugio, improvvisato in una roccia e all'interno del quale entra una sola persona, durante una tormenta di neve in alta montagna.

Rovesciando il famoso aforisma utilizzato da Roxin<sup>24</sup>, il fondamento della non punibilità nel caso dello stato di necessità soggettivo è il desiderio che l'essere umano non sia obbligato ad essere oggetto di un gioco del destino. Questa scriminante consente una libera organizzazione degli affetti all'interno di un ambito soggettivo e materiale riconosciuto come ingovernabile dalla legge<sup>25</sup>.

Siccome il fondamento dello stato di necessità soggettivo non si rinviene nel bilanciamento tra interessi oggettivi, l'art. 20, co. 5, c.p. non può essere la norma adeguata per la sua disciplina. La col-

---

**24** Si veda ROXIN, *Otras causas de justificación y exculpación*, in AA.Vv., *Justificación y exculpación en Derecho penal*, a cura di Eser, Gimbernat, Perron, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense; Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 234, traduzione a cura di Cancio Meliá: «non vorrei unirmi a questo orientamento [l'affermazione da parte di Welzel circa la configurabilità della scusante fondata sul principio di scelta del male minore nei casi di conflitto 'esistenziale'], dato che non è caratteristica propria dell'essere umano, giocare ad essere il destino» (trad. nostra).

**25** Non si condivide l'affermazione di Jakobs secondo la quale il soggetto non può operare una selezione all'interno dell'ambito soggettivo d'applicazione dello stato di necessità scusante. «Qualora il soggetto agisca a favore di una persona cara, la disciplina legislativa riconosce il legame di parentela, valorizzandone l'intensità. Ciò non può valere quando il soggetto intervenga in favore di una persona cara che non rientri tra quelle menzionate nella legge [come normativamente previsto nel par. 11 StGB]. Per esempio: un padre che, in seguito ad un naufragio, getta dalla scialuppa di salvataggio sua figlia per salvare suo figlio realizza un comportamento colpevole. Sarebbe però ammissibile trasferire il pericolo da *se stesso* a persone vicine, incluso nei confronti di quelle di cui l'autore deve occuparsi in quanto garante istituzionale, poiché l'istituzione non richiede di immolarsi mediante un'imposizione giuridica» (trad. nostra), JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, seconda ed. corretta, traduzione della seconda ed. tedesca (1991) a cura di Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano Gómez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 690. Dinanzi a questa affermazione di Jakobs, si deve concludere che la condotta volta al sacrificio della propria vita è prevista normativamente - almeno nel par. 35 StGB, dove si disciplina lo stato di necessità definito scusante - individuando un ambito soggettivo di applicazione che eccede la propria persona (ricomprendendo la propria persona, i parenti ed i familiari). Ciò in quanto, si rinviene il medesimo sacrificio tanto nella propria morte, quanto in quella di un figlio (per esempio, nella morte del figlio fatto saltare in aria). Entrambe le condotte sono inesigibili. In entrambe «l'istituzione non impone per legge di immolarsi» (trad. nostra). Di conseguenza, a parer nostro, l'ambito soggettivo di applicazione dell'esimente consente una scelta basata su una libera organizzazione degli affetti in un ambito definito normativamente come ingovernabile.

locazione normativa corretta è quella sostenuta, tra gli altri, da Mir Puig, autore secondo il quale la 'paura insuperabile' risolve una buona parte dei casi di stato di necessità scusante<sup>26</sup>. Senza giungere ad una tale affermazione, lo stesso *Tribunal Supremo* ritiene che la 'paura insuperabile' possieda attributi propri allo stato di necessità: la presenza di una minaccia reale, seria ed imminente, oggettivamente apprezzabile da un uomo medio. In tal senso si vedano le sentenze del *Tribunal Supremo* n. 340 dell'8 marzo 2005; n. 180 del 16 febbraio 2006; n. 774 del 10 luglio 2009; n. 35 del 29 gennaio 2015; n. 86 del 25 febbraio 2015: «male effettivo, reale e dimostrato» ovvero sent. n. 240 del 29 marzo 2016: la paura deve dipendere «da un fatto effettivo, reale e dimostrato; anche imminente»<sup>27</sup>.

Nonostante si scelga di accedere alla tesi di Mir Puig, non si condivide la scelta circa la collocazione sistematica per le ragioni dommatiche esposte nei paragrafi precedenti e perché consideriamo che tutti coloro che siano coinvolti nel conflitto debbano avere le stesse possibilità di difesa. Ciò in quanto non vi è un confronto tra interessi oggettivi, ma la tutela di interessi personali. Qui si determina un confronto fra cause di giustificazione, in quanto non vi è una soluzione preferibile del conflitto. Si ritiene che né A né B siano obbligati a dare la loro vita nel caso dello stato di necessità oggettivo, però, nemmeno si prevede chi tra A e B debba salvarsi.

La maniera migliore di analizzare, dal punto di vista dommatico, questo problema consiste nel considerare lo stato di necessità definito scusante come una causa di giustificazione soggettiva. Ossia, come una causa di giustificazione con un ambito di applicazione soggettivo (riferito ad una categoria di persone determinate)<sup>28</sup>.

Il fatto che nello stato di necessità scusante si tratti anche di elementi personali ha reso, a nostro avviso, più difficile la comprensione del fatto che questi elementi personali appartengono già allo stesso oggetto di valutazione, ossia, all'antigiuridicità. Se determinate circostanze personali si includono nelle cause di giustificazione quali elementi oggettivi delle stesse, la *valutazione impersonale e oggettiva*

<sup>26</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, lezione 24, pp. 617-627.

<sup>27</sup> La psichiatria non concepisce la 'paura insuperabile' come uno stato clinicamente indipendente. Si tratta di un disturbo del controllo degli impulsi, di panico, di stress post-traumatico o, in concreto, di una nevrosi da guerra. Abbiamo effettuato diverse consulenze professionali e in tutti i casi abbiamo ricevuto la stessa risposta: questi problemi necessitano, senza dubbio, di un trattamento medico. Com'è noto, la non punibilità per 'paura insuperabile' non prevede l'applicazione di una misura di sicurezza (art. 20, ult. co., c.p.). Questa peculiarità conferma la necessità dei correttivi adottati alla suesposta tesi di Mir Puig.

<sup>28</sup> In tal senso, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, cit., pp. 663-664, nota 95; Idem, *Caso de los intermediarios en secuestros*, in AA.VV., *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, a cura di Sánchez-Ostiz, La Ley, Madrid, 2011, pp. 485 ss..

*va del fatto intero*, che è il presupposto del principio di accessorietà limitata della partecipazione, cederà il posto ad una *valutazione soggettiva ma anche oggettiva del fatto di ciascuno degli attori*.

Le conseguenze sistematiche di questa sottocategoria possono essere le seguenti:

- Il confronto tra le suddette condotte giustificate è possibile, perché non vi è un interesse oggettivamente prevalente, ma due interessi personali entrambi degni di protezione. Di fronte a questo non bisogna dimenticare che l'affermazione dell'antigiuridicità di una delle condotte che si pongono a confronto non esclude la presenza di uno *spazio libero dall'intervento penale*, poiché comunque si concluda il conflitto, a nessuno degli attori verrà applicata una pena o una misura di sicurezza<sup>29</sup>.
- Restano esenti dalla responsabilità penale soltanto gli autori che si trovano nell'ambito soggettivo di applicazione dell'esi-

---

**29** Il confronto fra cause di giustificazione non si può rifiutare categoricamente. Per esempio, esso si realizza nei casi in cui si reagisce alla condotta giustificata dell'autore materiale, mentre la stessa reazione non sarebbe possibile nei confronti dell'autore mediato. Così, dato che in questi casi bisogna decidere «tra due soggetti che si trovano dinanzi ad una medesima situazione dal punto di vista dell'ordinamento - nessuno di loro agisce in maniera antigiuridica - , cosicché bisognerà rispettare i limiti dello stato di necessità» (trad. nostra), Mir Puig, *PG*, 10<sup>a</sup>, 2016, 14/67, 68 e 69, p. 395. Dall'altro lato, è opinione comune quella secondo la quale una condotta realizzata in errore inevitabile sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione deve consentire una risposta giustificata in stato di necessità difensivo. Ora, se si parte da una dommatica penale che concepisce il divieto come norma prescrittiva, non può risolversi tale errore inevitabile in sede di colpevolezza e presupporre l'antigiuridicità, poiché lo stesso obbliga - posto che l'errore inevitabile è definito normativamente come il caso in cui il soggetto non poteva conoscere la situazione reale - a considerare come antigiuridica una condotta imprevedibile o fortuita. In tal senso si veda GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 289. L'Autore sostiene che «l'affermazione della necessità della condotta, oggettivamente valutata *ex ante*, quando si realizzano gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione (errore inevitabile sui presupposti di fatto della causa di giustificazione), equivale all'affermazione dell'inesistenza dell'antigiuridicità (dolosa o imprudente)» (trad. nostra). Si veda anche SUÁREZ MONTES, *Reflexiones en torno al injusto penal*, in *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, a cura di Luzón Peña e Mir Puig, Pamplona, 1995, p. 195.; l'Autore afferma che: «Richiedere l'esistenza effettiva dell'elemento oggettivo [della corrispondente causa di giustificazione] come requisito della liceità è incompatibile con il fine della norma, poiché fa dipendere l'antigiuridicità o la liceità dell'azione necessaria dal caso» (trad. nostra). Ciononostante, non sembra possibile giungere ad affermare l'assenza di violazione della norma senza ricorrere all'errore inevitabile sui presupposti di fatto di una causa di giustificazione poiché, come sostiene Gimbernat Ordeig in relazione alla legittima difesa, «se nella realtà non si realizza un'aggressione illegittima, ne consegue che laddove si utilizzi un mezzo che non può né impedire né respingere alcuna aggressione illegittima, perché la stessa non esiste nella realtà ma solo nella percezione soggettiva di chi si crede attaccato, per tali ragioni, in questa situazione e in virtù dell'elementare regola della sussumibilità di ciò che accade nella realtà, non si rientra in un'ipotesi sussumibile nell'art. 8, co. 4, c.p. [attuale art. 20 c.p.]; l'art. 8, co. 4, c.p., non può applicarsi» (trad. nostra), GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, 1990, pp. 221-222, nota 15.

mente. Il criterio interpretativo può essere rintracciato nell'art. 35 *StGB* che individua una categoria di persone determinate.

Ne consegue che nessun terzo può subentrare nella posizione dell'autore coinvolto nel conflitto. Si tratta di due stati di necessità soggettivi valutati alla luce del principio di uguaglianza, non di un confronto tra un caso di stato di necessità ed un'ipotesi di legittima difesa, dimodoché nessun terzo - nemmeno lo Stato - può scegliere la vittima preferita. L'intervento di terzi è circoscritto alla possibilità di miglioramento della situazione di necessità nel suo insieme (per esempio, laddove si eviti la stessa situazione di necessità). Fatto salvo quanto si dirà nell'ultimo paragrafo di questo lavoro, qualsiasi criterio di individuazione della vittima, anche il favoreggiamento materiale di una delle parti, deve essere vietato, poiché se il legislatore si astiene dall'effettuare questa valutazione, lo stesso deve fare il singolo<sup>30</sup>.

## 6 Lo stato di necessità 'esistenziale' oggettivo

È molto importante sottolineare che lo stato di necessità soggettivo non risolve tutti i problemi penali che può presentare un'ipotesi di conflitto tra i beni giuridici della vita. Se si costruisce la causa di giustificazione limitandone l'ambito soggettivo di applicazione, ne restano esclusi i terzi esterni al conflitto. Ciò su cui occorre interrogarsi è se esistano casi nei quali il diritto penale preferisce che la bilancia si inclini in un senso specifico. Per esempio, anticipare la morte sicura di una persona per salvarne un'altra o sacrificare una persona per salvarne mille altre. Se la risposta è affermativa, cosa succede quando la persona o le persone che possono giovare di tale scelta non possono agire direttamente? L'unica risposta possibile è che possano essere protette da un terzo e questo ci impone di affermare

---

**30** Per maggiori dettagli si veda SÁNCHEZ DAFUAUE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344-360. Bisogna ricordare che qui non si parla di un intervento volto a salvare genericamente una vita ma di uno specifico intervento *omicida* che consiste nell'uccidere uno dei contendenti per salvare l'altro. Pertanto, non bisogna confondere il caso di chi sceglie e salva, per esempio, uno dei due naufraghi che stanno per andare a fondo, dall'altro caso, l'unico che a noi interessa, nel quale un terzo uccide un naufrago per salvarne un altro. Nel primo di questi due casi (quando un terzo può salvare uno dei soggetti implicati e lo fa a scapito dell'altro), finanche lo stesso Roxin, che sostiene l'impossibilità di bilanciare il bene giuridico della vita umana, ritiene che, data un'interferenza di doveri nei confronti di tali beni, non può effettuarsi *ex ante* una ponderazione della quantità o della qualità dei beni in conflitto. Di modo che, se in un naufrago «un soggetto nuotando in una direzione potrebbe evitare che affoghi una persona, mentre se si dirigesse verso il lato opposto potrebbe salvare due persone, sarà in ogni caso giustificata la sua condotta anche se salva la vita della persona che stava da sola» (trad. nostra), Roxin, *PG*, 2a trad., 1997, 16/109, p. 729; Idem, *AT I*<sup>4</sup>, 2006, 16/124, p. 782 (corsivi aggiunti).

che anche lo stato di necessità di un terzo rientra nelle ipotesi c.d. di 'conflitti esistenziali'. In altri termini, si deve concludere che esistono conflitti tra i beni giuridici della vita con una soluzione oggettiva il cui fondamento, quindi, non è rinvenibile nell'inesigibilità di una condotta diversa.

Si tratta dunque di uno stato di necessità 'esistenziale' nel quale l'autore non agisce per salvare la sua vita o la vita di una persona cara ma quella di persone terze. Questa condotta, in linea con quanto detto finora, non può essere sussunta nell'art. 20, co. 6, c.p. perché il soggetto non è personalmente coinvolto nel conflitto né, di conseguenza, vi è alcun interesse soggettivo (ma oggettivo) degno di protezione. La sua collocazione naturale è, quindi, nell'art. 20, co. 5, c.p. A questo punto, le domande alle quali bisogna rispondere sono principalmente due:

- d. Vi è un ambito di non punibilità di alcune di queste condotte?
- e. Se esiste, qual è la sua collocazione sistematica e quali sono i suoi limiti?

## **7 Il bilanciamento tra i beni giuridici della vita**

Il dogma dell'impossibilità di bilanciare il bene della vita umana non è mai stato portato alle sue estreme conseguenze. La soluzione prevalentemente adottata nella risoluzione di casi come la separazione di fratelli siamesi o l'abbattimento di un aereo sequestrato suole essere l'accettazione di una scusante legale o ultra-legale. Il valore assoluto della vita umana serve ad affermare l'antigiuridicità della condotta con la quale un soggetto salva la propria vita a scapito di un'altra, però non esclude la possibilità che l'autore resti impunito. Questa soluzione, ad ogni modo, non è tecnicamente soddisfacente.

Per l'analisi di questo problema ci serviremo di un caso pratico: il sequestro di un aereo di passeggeri utilizzato come missile contro la popolazione civile (per esempio, contro uno stadio di calcio pieno di gente o contro una centrale nucleare).

L'abbattimento di un aereo di passeggeri sequestrato rientra in un'ipotesi di legittima difesa per quanto riguarda i sequestratori ma non per quanto riguarda i sequestrati. Affinché tale condotta vada esente da pena deve individuarsi, come è ovvio, una ragione per l'impunità. Le alternative offerte dalla dottrina sono molto varie. Farò un rapido riferimento a due di queste, senza dimenticare che il nostro obiettivo principale è lo studio dello stato di necessità.

In primo luogo, si può pensare che manchi a monte la stessa imputabilità oggettiva dell'evento. Si può affermare che nella misura in cui i passeggeri sono irrimediabilmente chiamati a morire, l'abbattimento dell'aereo non costituisca nemmeno una fattispecie tipica di omicidio dal punto di vista oggettivo. Cosicché se si presenta la

possibilità che l'intervento dello Stato prolunghi la vita dei passeggeri - posticipando l'impatto - e che non si modifichi il rischio creato dai sequestratori con un rischio diverso, ma ci si limiti solo ad orientare l'inevitabile collisione verso una zona spopolata, si può parlare di un'assenza di imputazione oggettiva. In qualsiasi altro caso restano valide le parole di Roxin: «il tempo di vita che resta ai passeggeri sarà accorciato da un omicidio dello Stato»<sup>31</sup>.

In secondo luogo, occorre rivolgersi al concetto di 'condivisione del pericolo' che costituisce una causa di giustificazione, soluzione sostenuta da autori come Robles Planas o Martínez Cantón<sup>32</sup>. Questa è forse la soluzione più facile in quanto si fonda sull'assunto che i passeggeri moriranno in ogni caso, cosicché quantomeno si riduce il numero di vittime (solo i passeggeri, e non i passeggeri e le persone a terra). Ciononostante, bisogna considerare due problematiche: 1) Non vi rientrano i casi nei quali il conseguimento del fine degli aggressori non comprometterebbe la vita dei passeggeri (per esempio, se i sequestratori non sono suicidi). 2) Se la circostanza che la morte dei passeggeri venga solo anticipata, poiché sarebbe comunque avvenuta, permette di *giustificare* l'intervento di terzi, ne consegue che si finisce per accettare il minor valore della vita 'a termine'.

Robles Planas ha voluto aggirare questa seconda conclusione affermando che, nei casi di 'condivisione del pericolo' che ha ad oggetto i beni giuridici della vita, concorre una situazione di contrasto oggettivamente irrisolvibile dato che nessun bene ha un rango superiore rispetto all'altro<sup>33</sup>. Ciononostante, questo Autore ritiene che un terzo o lo Stato possano intervenire in «quei casi di conflitto nei quali nessuna delle due parti può concretamente salvarsi e nei quali l'unica possibilità di salvezza (di una di queste) è assicurata dall'intervento di un terzo o dello Stato. Nei suddetti casi, l'intervento non può costituire rispetto alla parte sacrificata un reato. Un altro esempio è rappresentato dal caso in cui un agente di polizia dovesse tagliare la corda per salvare un alpinista che è trascinato nel vuoto da un altro, anticipando di qualche secondo la morte del secondo»<sup>34</sup>.

**31** Cfr. ROXIN, *Der Abschuss gekapertter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), n. 6/2011, pp. 555-556.

**32** Vd. MARTÍNEZ CANTÓN, *Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad*, in *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 445-484; ROBLES PLANAS, *En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos*, in *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, pp. 485-513.

**33** Cfr. ROBLES PLANAS, *op. cit.*, p. 508.

**34** Cfr. ROBLES PLANAS, *op. cit.*, pp. 510-511.

Con quest'ultima affermazione, però, l'Autore entra in contraddizione con la sua tesi precedente, secondo la quale il conflitto si pone tra beni giuridici di ugual valore. La ragione per la quale lo Stato può intervenire in questo caso è che alcuni secondi di una vita valgono meno di una vita intera. Una situazione apparentemente irrisolvibile si risolve grazie al carattere irreversibile della morte di uno dei due alpinisti. Non bisogna dimenticare che se non si accetta la possibilità della prevalenza del bene della vita dell'alpinista che si salverà, l'agente di polizia avrà la facoltà di ucciderlo - se sta per anticipare la morte dell'altro di qualche secondo - proprio in difesa dei secondi di vita che restano all'alpinista il cui destino è segnato<sup>35</sup>.

La Corte costituzionale federale tedesca (*BVerfG*) nella sentenza del 15 febbraio 2006 (*BVerfGE 1 BvR 357/05*) ha dichiarato incostituzionale l'articolo della legge di «Sicurezza Aerea» (*Luftsicherheitsgesetz*) dell'11 gennaio 2005 che permetteva di abbattere aerei

---

**35** Per i casi di 'condivisione del pericolo', si veda MUÑOZ CONDE, *Estado de necesidad y tortura. Necesitas non habet legem?*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, a cura di Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 770-77; l'Autore afferma che «quando la morte dei due soggetti coinvolti è sicura se la situazione resta invariata, il diritto non può proibire che si cerchi almeno di salvare uno dei due» (trad. nostra). Si veda anche Wilenmann, secondo il quale «la richiesta di riconoscere una causa di giustificazione nei casi di stato di necessità 'tragico' non può essere analizzata all'interno delle tradizionali categorie sistematiche del diritto penale, trattandosi di un dibattito circa l'opportunità che la comunità politica riconosca apertamente l'esistenza di deroghe al sistema di limitazioni in principio assolute» (trad. nostra). Una possibile soluzione «è certamente quella di lasciare alla configurazione preesistente la scelta di chi viva e di chi muoia; lo stesso risultato può essere ottenuto, indubbiamente, utilizzando le categorie di norme che attribuiscono la responsabilità penale e, allo stesso tempo, evitano le conseguenze che deriverebbero dalla stessa responsabilità mediante il riconoscimento di scusanti o di cause di giustificazione eccezionali» (trad. nostra). È possibile ritenere che la condotta omicida nei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo' sia moralmente giustificata: è ragionevole ritenere che istituti che si fondano su regole deontologiche si possano limitare quando le conseguenze che deriverebbero dal preservarne le regole sono inaccettabili. Il riconoscimento giuridico-positivo di queste regole può essere visto, al contrario, come istituzionalmente inadeguato. La stessa configurazione dei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo' (stato di necessità 'tragico') costituisce un caso estremo rispetto al quale le regole ordinarie risultano inadeguate» (trad. nostra). WILENMANN, *InDret Penal*, Barcelona, 1/2016, pp. 43-46; si veda anche Idem, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Madrid, 2017, 663-671. Queste difficoltà sistematiche generate dalle situazioni tragiche di 'condivisione del pericolo' o di stato di necessità erano già state sottolineate da Quintero Olivares, secondo il quale visto che la «tensione tra il giusto e l'ingiusto è 'imprevedibile' sul piano politico-criminale; in nessuno dei due casi si può applicare la pena. Alcune condotte che il diritto non punisce sono lecite o giustificabili, altre non lo sono ma non sono nemmeno 'antigiuridiche', bensì per la loro anormalità non possono essere qualificate. Tutt'al più diremmo che, non presentando un disvalore sociale né formale, non rientrano nel concetto di 'antigiuridicità', senza pretendere di emettere un giudizio assoluto sulla 'liceità dell'atto'» (trad. nostra). QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, Pamplona, 1999, p. 258. Si veda anche, QUINTERO OLIVARES, *Las decisiones extremas ante el Derecho penal*, in *Aviones usados como bombas. Problemas políticos y constitucionales en la lucha contra el terrorismo*, a cura di Saucá Cano, Madrid, 2015, pp. 124-158.

sequestrati da terroristi con a bordo persone innocenti. Si è così affermato che l'autorizzazione alle forze armate, ai sensi dell'art. 14, co. 3 della legge sulla «Sicurezza Aerea», di abbattere un aereo mediante l'uso diretto di armi che compromettano la vita di esseri umani è incompatibile con il diritto alla vita e alla dignità umana, sempre che nell'aereo vi siano persone che siano estranee ai fatti. Fra le argomentazioni portate a sostegno se ne distinguono due: a) è proibito qualsiasi uso dell'uomo da parte del potere pubblico che disconosca il valore che corrisponde *ex se* ad ogni essere umano (par. 121); b) gli innocenti che viaggiano nell'aereo non possono essere considerati come parte dello stesso. Questa concezione che converte le vittime in cose è incompatibile con l'idea costituzionale della persona umana e con quella della sua libera autodeterminazione (par. 134). Inoltre, la certezza di una morte non può giustificare l'omicidio di innocenti perché la tutela costituzionale assicurata alla vita umana e alla dignità della persona non dipende dalla durata dell'esistenza fisica dell'individuo (par. 132)<sup>36</sup>. Tuttavia, la Corte lascia aperta la valutazione circa il rilievo giuridico-penale del fatto. Non giudica l'eventuale responsabilità penale di coloro i quali abbattano l'aeromobile o ordinino il suo abbattimento (par. 130)<sup>37</sup>.

Con quest'ultima affermazione, la Corte ha generato considerevoli problematiche dommatiche. Bisogna dire che in Germania l'applicazione delle scusanti richiede, per espressa previsione legislativa, l'appartenenza ad una categoria di persone determinate. L'ipotetica impunità della condotta di abbattimento di un aereo sequestrato deve, quindi, essere valutata sul terreno scivoloso delle scusanti ultra-legali; ancor più rischioso se si considera che il termine di paragone per ricavare la *ratio* di questa ipotetica scusante ultra-legale può essere rinvenuto solo nelle scusanti legali che, come si è appena visto, richiedono che l'autore appartenga ad una categoria di persone determinate.

**36** In tal modo si esclude espressamente la possibilità di riconoscere come lecita la condotta volta a salvare una vita nei casi di 'condivisione asimmetrica del pericolo'.

**37** «Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären» (Non si decide in questo contesto come sarebbero giudicati penalmente un effettivo abbattimento e l'ordine che lo prescrive) (trad. nostra). Quest'omissione è stata interpretata come un'allusione ad una scusante penale. La stessa sentenza effettua, tra l'altro, un riferimento al paragrafo che Roxin dedica nel suo *Tratado* alla 'condivisione del pericolo' come scusante ultra-legale. Tra le diverse statuizioni della sentenza, si distingue la seguente (par. 135): «Der Gedanke, der Einzelne sei im Interesse des Staatsganzen notfalls verpflichtet, sein Leben aufzuopfern [...] führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis». (L'idea che un individuo debba sacrificare la sua vita in una situazione di necessità in favore degli interessi dello Stato non porta ad un risultato diverso [ossia, non modifica l'incostituzionalità del precetto]). Non bisogna dimenticare che ciò deve essere compatibile con un ordinamento che prevede l'antigiuridicità di tutte le condotte inescusabili finalizzate a salvare la propria vita, cioè, con l'accettazione di un mero stato di necessità scusante in caso di conflitto 'esistenziale' soggettivo.

In tal senso Hirsch afferma con acume che, a prima vista, «la questione della legittimità dell'abbattimento non sembra essere di primaria importanza per il diritto penale. Anche quando se ne neghi la liceità, la valutazione circa la punibilità resterà aperta, dato che potrebbe esistere una scusante [...]. Secondo l'orientamento maggioritario, si tratterebbe oggettivamente di uno stato di necessità scusante. Questo, senza dubbio, potrebbe ricostruirsi solo come categoria ultra-legale secondo il diritto penale tedesco perché lo stato di necessità scusante regolato nel par. 35 *StGB* ha come presupposto che chi agisce in stato di necessità lo faccia per salvare da un pericolo sé stesso o una persona che gli sia cara. Di conseguenza, chi ordina l'abbattimento non potrebbe essere sicuro che gli venga riconosciuta la non punibilità»<sup>38</sup>.

Ciononostante, affermare che, dato che vi sono altri espedienti per conseguire l'impunità, la legittimità dell'abbattimento non è un problema di prim'ordine per il diritto penale - e che, se lo fosse, chi lo ordina non potrebbe essere totalmente sicuro della sua impunità - in ragione della dichiarazione di incostituzionalità della norma che lo permetteva, equivale ad affermare che basta una dichiarazione costituzionale di ciò che è lecito o illecito perché dopo qualcuno - si potrebbe dire: per esigenze date dal 'principio di realtà' - si sporchi le mani abbattendo l'aereo. Tutto ciò senza che tale condotta possa dirsi realizzata in nome dello Stato e sebbene sia lo Stato quello che fornisce l'infrastruttura necessaria ad un'ipotetica condotta anti-giuridica. Come segnala con chiarezza Hirsch, se la situazione prevista nel par. 14, co. 3, *LuftSiG*, dichiarato incostituzionale, avvenisse nella realtà, o i responsabili di un ipotetico abbattimento devono considerarsi al di sopra del *BVerfG* e quindi potrebbero abbattere l'aereo, ovvero devono lasciare che le cose seguano il loro corso rimettendosi alla sentenza. Se dovessero seguire la prima strada, le statuizioni dell'autorità giudiziaria sarebbero irrimediabilmente violate; se, invece, seguissero la seconda, i responsabili e i giudici costituzionali sarebbero messi alla gogna dall'opinione pubblica e probabilmente le autorità competenti si confronterebbero con l'opportunità - di omettere - di procedere penalmente. Inoltre, in seguito all'abrogazione del par. 14, co. 3, *LuftSiG*, non si può più ricorrere al par. 34 *StGB* come *lex generalis* poiché la decisione del *BVerfG* vincola gli organi costituzionali, i tribunali e le autorità con riguardo al contenuto della sentenza e alle ragioni sulle quali si fonda<sup>39</sup>.

**38** HIRSCH, *El estado de necesidad defensivo en la discusión alemana*, in *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid, 2008, p. 1014, traduzione a cura di Demetrio Crespo.

**39** Cfr. HIRSCH, *op. cit.*, pp. 1026-1027.

Detto questo, affinché l'abbattimento dell'aereo sequestrato infligga un danno permanente all'autorità del Tribunale costituzionale federale, è *imprescindibile accettare implicitamente l'impunità degli autori della condotta*. Viceversa, se sono giudicati e condannati, l'autorità del Tribunale si *rafforza* poiché si agisce contro gli assassini che hanno violato la dignità umana protetta dalla sentenza che abroga il par. 14, co. 3, *LuftSiG*. Di conseguenza, ciò che limita l'autorità del Tribunale è la certezza che, malgrado la vincolatività della sua affermazione, l'abbattimento di un aereo sequestrato che minacci di provocare una strage *resterà impunito*. In altri termini, *la costruzione di un sistema etico a parole e di uno diverso in fatto*.

Bisogna considerare, inoltre, che se l'abbattimento dell'aeromobile viene qualificato come una condotta vietata, lo Stato avrà investito centinaia di migliaia di euro per la preparazione di omicidi penalmente antiggiuridici (poiché esiste un dispositivo specifico a tal fine perlomeno, con totale certezza, in Spagna; un dispositivo il cui protocollo di azione include, come ultima risorsa, l'abbattimento dell'aereo)<sup>40</sup>.

Inoltre, se l'abbattimento dell'aereo è considerato una condotta antiggiuridica, ciò significa che può anche essere respinto in legittima difesa, per esempio, da un secondo caccia che agisca in maniera libera e spontanea (e che si lanci dietro il primo che ha ricevuto l'ordine antiggiuridico). Allo stesso modo, una concezione della scusante che richieda un coinvolgimento personale nel conflitto obbliga a scusare solo il pilota che abbatte l'aeromobile quando vi è il pericolo che questo impatti la terra dove vi è un parente o una persona vicina.

Per risolvere questi casi è necessario relativizzare il tabù dell'impossibilità di giustificare l'omicidio di un innocente e convertirlo in un principio generale (aperto ad eccezioni). Questo principio sarà esposto al bilanciamento con altri principi di pari rango. Nel caso dell'abbattimento di un aereo sequestrato, il principio che entra in contrasto con la mancata giustificazione dell'omicidio di un innocente è quello della 'prevenzione delle stragi'. Tale principio costituisce anche un precipitato storico che riveste un ruolo di preminente importanza tra le regole essenziali della convivenza sociale.

In ogni caso, si deve ritenere che l'abbattimento dell'aereo sequestrato sia una condotta giustificata. Si può anche pensare che rappresenti l'adempimento di un dovere, fondato su un bilanciamento favorevole, poiché non sembra adeguato che la decisione di abbattere o meno l'aereo - date determinate condizioni - sia una prerogativa esclusiva del Ministro della Difesa.

Nell'opinione di Silva Sánchez, in questi casi, «se si tiene in conto che lo Stato riveste una posizione di garanzia sia rispetto ai pas-

---

**40** Per maggiori dettagli, si veda SÁNCHEZ DAFUAUE, *El abatimiento de un avión secuestrado*, in *InDret Penal*, Barcellona, 4/2014, pp. 20-22.

seggeri dell'aereo, sia rispetto alla popolazione civile coinvolta dal prevedibile impatto dell'aereo contro la città, pare si determini un contrasto tra un dovere di agire ed uno di astenersi. Un contrasto nel quale la gran parte della dottrina non riconosce la sussistenza di una causa di giustificazione nei confronti di chi determina l'abbattimento dell'aereo. In effetti, questa soluzione in termini di giustificazione della condotta potrebbe essere sostenuta solo nell'ambito di un'analisi consequenzialista, generalmente rifiutata dalla nostra tradizione»<sup>41</sup>. Ciononostante, Silva Sánchez sottolinea che, in alcune ipotesi estreme, si potrebbe individuare una causa di giustificazione concepita come 'stato di necessità dello Stato', «il sacrificio di vite di civili quale effetto collaterale dell'azione antiterrorista, quando si ritiene che vi sia in gioco l'esistenza stessa della comunità costituita in Stato»<sup>42</sup>.

Bisogna segnalare, tuttavia, che se l'abbattimento non è giustificato si tratterà di una condotta non dovuta e, come tale, se entra in contrasto con una condotta dovuta (ossia lasciare che l'aereo giunga al suo obiettivo), non può, per definizione, realizzarsi alcuno scontro di doveri, poiché non vi sono due doveri in gioco ma uno solo. Per affermare il contrasto tra due condotte dovute, l'abbattimento dell'aereo deve essere considerato una condotta giustificata: non può esservi uno scontro di doveri tra un dovere e un divieto. Inoltre, la scusante non è una forma di soluzione istituzionale dei conflitti poiché, usando le parole dell'Autore stesso, «gli organi dello Stato non hanno il dovere di tollerare condotte semplicemente scusate»<sup>43</sup>. Nel nostro esempio, il Ministro della Difesa non può avere al contempo il dovere di abbattere l'aereo e il dovere di non abbatterlo. Per quanto complessa sia la peculiare situazione descritta, la norma prescrittiva non può bloccare il soggetto coinvolto con un messaggio contraddittorio<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo*, in *InDret Penal*, Barcellona, 1/2017, p. 15.

<sup>42</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Asesinatos selectivos en la 'guerra punitiva' contra el terrorismo*, 2017, pp. 15-16.

<sup>43</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, in *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, p. 1008, nota 4.

<sup>44</sup> Roxin ritiene che il contrasto tra obblighi giuridici possa realizzarsi solo laddove vi siano due doveri giuridici di agire, poiché, tutto ciò che lede un bene giuridico altrui - fatto salvo il caso in cui vi sia una causa di giustificazione - viola un dovere di omissione; gli altri casi non richiedono una disciplina speciale diversa dallo stato di necessità in senso stretto. Dati due (o più) obblighi giuridici di agire, qualora se ne possa osservare uno soltanto, la soluzione materialmente adeguata, che tra l'altro coincide con l'opinione dominante, è di giustificare il soggetto obbligato già nel caso in cui adempia ad uno solo degli obblighi a sua scelta. Viceversa, quando gli obblighi giuridici sono di rango diverso, vi sarà giustificazione solo se si adempie l'obbligo di rango superiore a scapito di quello inferiore, ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 16/102-107, pp. 725-728; *Idem*, *AT I*, 2006, 16/117-122, pp. 779-781. Inoltre «per poter giudicare una condotta come anti-giuridica, deve essere esistita almeno teoricamente una condotta alternativa confor-

Se si considera l'abbattimento come una condotta antigiuridica, se di fatto si realizza, si tratterà di una 'condotta collettiva illecita', supportata dallo Stato. Quest'ultimo ha l'obbligo di garantire tutti i servizi pubblici e nel nostro caso, e per chiunque sostenga che l'abbattimento è una condotta vietata, questo servizio pubblico consiste nel non abbattere l'aereo. A tal fine, è necessario individuare i soggetti deputati a garantire questa funzione dello Stato, ossia è necessario individuare tutta la catena di comando che garantisce che non vi sarà nessuno che, per esempio, per ragioni di coscienza, tenti di abbattere l'aereo, nonostante potrebbe rappresentare l'unico modo di evitare qualsiasi risultato voluto dai sequestratori.

Di fronte a quanto detto vi è una sola soluzione perseguibile: giustificare l'abbattimento.

Per concludere il paragrafo dedicato allo stato di necessità 'esistenziale' oggettivo, si possono effettuare le seguenti affermazioni:

- a. È da condividere l'opinione di Roxin secondo cui «il trasferimento dei pericoli sugli altri è sempre possibile ed il fatto di tollerarlo come causa di esclusione della responsabilità dovrebbe scuotere in maniera insopportabile il sentimento di sicurezza giuridica della collettività»<sup>45</sup>. Per questa ragione, nel presente lavoro si limita la causa di giustificazione ai soli terzi coinvolti nella 'prevenzione di stragi' o nei casi di anticipazione di una morte certa quando vi è una 'condivisione del pericolo' (lasciando aperto il problema della selezione della vittima nelle ipotesi 'di condivisione di pericolo' simmetrica)<sup>46</sup>.

---

me al diritto. L'ordinamento giuridico può disapprovare giuridicamente e qualificare come scorretta una condotta, solo se è in grado di stabilire cosa è corretto e, di conseguenza, cosa si sarebbe 'dovuto fare'» (trad. nostra), ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 16/104, pp. 726-727; Idem, *AT I*<sup>4</sup>, 2006, 16/119, p. 780. Cuerda Riezu ritiene che, affinché i doveri entrino in conflitto, almeno uno di essi deve imporre un *facere*, poiché da due doveri di omissione non può originare nessun conflitto, CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, pp. 83-84. Per quest'Autore, il conflitto tra doveri racchiude i contrasti tra doveri penalmente rilevanti. Non si può salvaguardare un interesse maggiore se il dovere osservato ha natura extra-penale, dato che è rimessa al diritto penale la tutela di beni giuridici di particolare importanza. Il rispetto di un dovere giustifica l'inottemperanza ad un dovere penalmente rilevante affinché si possa adempiere ad un dovere extra-penale contrapposto. «Altrimenti bisognerebbe giungere alla conclusione che l'esimente dell'adempimento di un dovere risulti superflua poiché tutto il suo ambito di applicazione sarebbe assorbito dallo stato di necessità nell'ipotesi di contrasto tra doveri» (trad. nostra), CUERDA RIEZU, *op. cit.*, pp. 254-255. Una terza alternativa è proposta da Mir Puig, il quale sostiene che la formula *lesione di un bene giuridico di un terzo o violazione di un dovere* (art. 20, co. 5, c.p.) permetta di risolvere tutti i possibili casi di conflitti tra doveri: conflitti tra doveri di agire, di omettere o misti, MIR PUIG, *PG*, 10a ed., 2016, 17/55-59, pp. 476-477.

<sup>45</sup> Cfr. Roxin, *PG*, (2<sup>a</sup> trad.), 1997, 22/154, p. 967; Idem, *AT I*, ed. 4<sup>a</sup>, 22/163, p. 1032.

<sup>46</sup> Quando vi è una procedura regolamentata per la risoluzione di un conflitto, come di fatto esiste nel caso degli aerei sequestrati, è corretto considerare la soluzione istituzionale come un'attività penalmente giustificata. Solo così, per esempio, possono la-

- b. L'art. 20, co. 5, c.p. disciplina i casi di conflitto 'esistenziale' oggettivo. Si tratta dei casi nei quali la possibilità di escludere la realizzazione del male maggiore permette l'intervento giustificato di terzi.
- c. Nella misura in cui si tratta di una causa di giustificazione oggettiva, qualsiasi terzo può essere autore o partecipe nel fatto giustificato.
- d. Vi sono due classi di stato di necessità 'esistenziale': quello soggettivo, sussumibile nell'art. 20, co. 6, c.p. e quello oggettivo, sussumibile nell'art. 20, co. 5, c.p..
- e. Entrambe le ipotesi di stato di necessità giustificato possono confliggere ovvero applicarsi ad un medesimo caso specifico. In quest'ultima ipotesi, il regime più favorevole per gli autori ed i partecipi nello stato di necessità oggettivo fa propendere per la sua applicazione in via preferenziale<sup>47</sup>.

## 8 Questioni aperte

Concludo questo lavoro con un breve riferimento ad alcune questioni che restano aperte:

*Il valore assoluto dell'inesigibilità.* Non sottovalutiamo il fatto che la negazione dei valori assoluti (in particolare, la protezione penale della vita umana) è asseribile anche nei casi della stessa inesigibilità come fondamento della giustificazione penale. Infatti Silva Sánchez considera complesso ritrovare il fondamento della non punibilità nel caso in cui «l'autore per salvarsi uccida tremila persone (o tre milioni di persone)»<sup>48</sup>. Questo dubbio sul valore assoluto dell'inesigibilità

---

vorare tranquillamente per 15 ore i 20 professionisti - chirurghi, pediatri, neurologi e anestetisti - necessari per salvare la vita di uno dei due fratelli siamesi uniti dal tronco. Peñaranda Ramos include tra le ipotesi nelle quali l'omicidio può essere giustificato, quelle di separazione chirurgica di fratelli siamesi; ed anche, eventualmente, il caso molto dibattuto dell'abbattimento di un aereo sequestrato dai terroristi, PEÑARANDA RAMOS, *Memento Penal 2017*, a cura di Molina Fernández, Lefebvre, 2016, margina-  
le 6970. Per quanto riguarda lo studio delle relazioni tra traffico di organi e sistema di trapianti, si veda Cancio Meliá, *Tráfico de órganos y Derecho penal: los límites de la globalización. Reflexiones desde la perspectiva española*, in *Revista Electrónica De Derecho Penal e Política Criminal - UFRGS*, vol. 5, n. 1, 2017, pp. 1-15.

<sup>47</sup> Si veda SÁNCHEZ DAFUACE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, Valencia, 2016, pp. 316-343.

<sup>48</sup> Si veda SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación*, in *Estudios de Derecho penal en memoria del Profesor Juan Bustos Ramírez*, a cura di Hormazábal Malarée, Città del Messico, 2011, p. 231, nota 68. HIRSCH, *El Derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica*, in *Derecho penal. Obras completas. Tomo I*, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, pp. 99 ss., traduzione a cura di Patricia Ziffer; l'Autore ritiene che sia possibile il bilanciamento tra beni

tà (o della tolleranza, per usare le parole di Silva Sánchez) è esattamente il caso contrario a quello della 'prevenzione di una strage': si può uccidere – lecitamente – un innocente per salvare la vita di tremila o tre milioni di persone?

Un altro possibile limite al valore assoluto dell'inesigibilità è dato dall'ipotesi in cui vi sia un contrasto con una procedura regolamentata di risoluzione dei conflitti, per esempio, nei casi di trapianti o di urgenze mediche. Quindi la domanda è la seguente: l'inesigibilità viene meno quando la morte è imminente o rimane in vigore nei confronti del soggetto svantaggiato?<sup>49</sup>

giuridici personali. In deroga a quanto precede, non bisogna dimenticare che il par. 35 *StGB* accorda lo stesso trattamento – l'impunità – a condotte che, se considerate punibili, condurrebbero a pene differenti. Ciò basta per affermare che all'interno della categoria dell'inesigibilità vi siano beni giuridici differenti mentre non è sufficiente ad affermare che questi ultimi condizionino l'ambito dell'inesigibilità.

**49** Distinguiamo due tipi di stato di necessità esistenziale. Tali modelli funzionano come due livelli nella soluzione di un caso: solo se il primo viene meno, si passa al secondo. Il primo è lo stato di necessità oggettivo. È oggettivo perché si fonda sull'esistenza di un bilanciamento favorevole, cosicché questo bilanciamento permette l'intervento giustificato anche di terzi esterni al conflitto. Si includono in questa categoria, come eccezioni al dogma dell'impossibilità di bilanciare il bene giuridico della vita umana, i casi di 'condivisione del pericolo' (anche quella simmetrica, sebbene con la difficoltà di selezionare la vittima) ed i casi estremi come la prevenzione delle stragi. Il secondo è lo stato di necessità soggettivo. È soggettivo perché manca di un bilanciamento favorevole e si basa, esclusivamente, sulla non esigibilità di una condotta diversa. La partecipazione di terzi è vietata, salvo quelli inclusi nella categoria di persone individuate (le ragioni per le quali l'inesigibilità giustifica l'azione tipica sono state espresse precedentemente). Si giunge al secondo livello solo quando il primo risulti insufficiente per assenza di un bilanciamento favorevole. Ciononostante, nel secondo livello è necessario sollevare la questione dell'esigibilità o dell'inesigibilità della condotta volta a salvare la propria vita. Così, per esempio, un naufrago può, senza essere assoggettato a pena, ucciderne un altro, innocente, per salvare la propria vita (a nostro avviso, si realizza uno stato di necessità soggettivo, non oggettivo). Ciò è unanimemente accettato. Allo stesso modo, non si è soliti porre in dubbio che, se necessario, egli può anche – senza essere assoggettato a pena – ucciderne due. In tal caso è più complesso fondare la non punibilità sul bilanciamento dei beni posti a confronto: bisogna servirsi del bene sotteso alla condotta volta a salvare la propria vita (almeno al fine di riconoscere l'impunità, ossia, per limitare l'ambito della risposta penale coercitiva). Una volta arrivati a questo punto, restano in piedi i limiti della stessa inesigibilità. In altre parole, la possibile individuazione di un gruppo di casi, di stato di necessità 'esistenziale', nei quali l'inesigibilità decada. Abbiamo selezionato, finora, due casi: il caso in cui vi sia un'estrema sproporzione tra i beni (per esempio, uccidere un milione di persone per salvare la propria vita) e i casi in cui vi sia una procedura regolamentata di risoluzione (per esempio, i trapianti). Qui, di conseguenza, quello che solleviamo non è un problema di bilanciamento (già risolto come sfavorevole) ma il problema specifico dei limiti dell'inesigibilità, cioè, la delimitazione di quei casi, se esistenti, nei quali il bilanciamento sfavorevole, per qualche ragione particolare (l'estrema sproporzione o l'esistenza di un sistema organizzato per la risoluzione del conflitto), conduce direttamente alla pena. Come esempio, si prenda l'opinione di Jakobs il quale ritiene che i passeggeri di un aereo sequestrato, siano esclusi dalla categoria dei soggetti di diritto (in altre parole potremmo dire: vittime di una condotta giustificata), cosicché l'autore possa considerarsi non punibile *ex par. 35 StGB*, Jakobs, *Kaschierte Ausnahme: übergesetzlicher entschuldigender Notstand*, in *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*.

*Resta aperta la definizione della soglia minima per individuare il concetto di strage dal punto di vista normativo.* Nel diritto penale internazionale, il numero di persone coinvolte è un elemento chiave per l'integrazione delle fattispecie di reati. Il numero di vittime è un elemento di fondamentale importanza affinché possa configurarsi un attacco generalizzato contro la popolazione civile, come previsto nella fattispecie tipica dei crimini contro l'umanità. Questo è stato espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza del TPIY/TPIR; *ex pulirimis*, si vedano *Gotovina, Trial Chamber Judgment*, del 15 aprile 2011, paragrafo 1703; *Kordić and Čerkez, Appeal Judgement*, 17 dicembre 2004, paragrafi 94, 666; *Blaškić, Appeal Judgement*, del 29 luglio 2004, paragrafo 101; *Kunarac et al. Appeal Judgement*, del 12 giugno 2002, paragrafo 94; *Tadić, Trial Judgment*, dell'11 novembre 1999, paragrafo 648; TPIR, *Nahimana et al. Appeal Judgement*, del 28 novembre 2007, paragrafo 920. Inoltre, la giurisprudenza della Corte Penale Internazionale ha affermato che il termine «generalizzato» implica «un attacco su grande scala che deve essere massivo e tendenzialmente portato a termine in maniera collettiva, caratterizzandosi per una considerevole serietà e diretto contro una molteplicità di vittime. Deve, quindi, concretizzarsi in un attacco eseguito contro un'area geografica estesa ovvero in un attacco ad un'area geografica ristretta ma diretto contro un gran numero di civili», in tal senso si è espressa la Corte nella decisione di 'conferma delle accuse' contro *Katanga* del 26 settembre 2008, paragrafi 395-398; decisione di 'conferma delle accuse' contro *Bemba Gombo* del 15 giugno 2009, paragrafo 83.

*Spazio libero dal diritto e inclusione dello Stato nella categoria di soggetti che possono avvalersi dello stato di necessità soggettivo.* Come si è già avuto modo di analizzare, la soluzione di Gimbernat Ordeig permette l'intervento giustificato di terzi, come autori o come partecipi, in un conflitto vita contro vita, come avviene per esempio nell'esperimento della tavola di Carneade, di modo che chiunque possa surrogarsi nella posizione di qualsiasi dei due interessati o agevolarne la condotta. Tale valutazione può estendersi anche a coloro che agi-

---

stag am 9.7.2010, Amelung, Günther, Kühne (Hrsg.), Kohlhammer, Stoccarda, 2010, pp. 217-218. «*Esclusi* significa che le persone sono escluse dall'ordinamento giuridico, private di diritti, congedate (*rectius* spinte) verso la libertà originaria in assenza di Stato» (trad. nostra). «Di sicuro, gli esclusi avranno *perso*, posto che difficilmente potrà mai avere esito positivo una difesa contro il loro sacrificio. Senza dubbio, non si può *proibire* la difesa dato che, a causa 'dell'esclusione', non esiste più nessun vincolo giuridico mediante il quale si possa *imporre un divieto*. Di conseguenza, il risultato sarà quello derivante *de facto* dai rapporti di forza» (trad. nostra), *Idem, Principios y límites de la justificación*, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 34, n.º 97, luglio-dicembre 2013, Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 24, traduzione a cura di Pastor Muñoz (grassetti aggiunti).

scono in qualità di pubblici agenti, poiché non vi è una soluzione privilegiata del conflitto. Con la costruzione di un ambito soggettivo di applicazione questo problema si attenua, ma non si risolve. Si attenua perché possono intervenire nel conflitto coloro che sono coinvolti, ma non si risolve perché non essendoci una soluzione privilegiata, né un terzo né lo Stato possono risolvere il conflitto scegliendo una vittima. Ovviamente, chiunque può evitare che si realizzi lo stato di necessità se ne ha la capacità, ma non può sacrificare uno degli interessati. Questo problema si attenua se si consente l'intervento dello Stato o di terzi non soltanto nei casi della 'condivisione del pericolo', ma anche in quelli in cui è prevedibile la *trasformazione* dello stato di necessità in un'ipotesi di 'condivisione del pericolo'.

Deve comunque segnalarsi che anche la soluzione classica, data dalla teoria della differenziazione, non è priva di obiezioni a tal proposito. Infatti, se chiunque può agevolare o può surrogarsi nella posizione di una delle parti (che agisce in legittima difesa), in alcune ipotesi si finisce per affermare che chiunque possa, a sua volta, surrogarsi o agevolare anche chi pone in essere una condotta antigiusuridica perché sussumibile nello stato di necessità scusante (persino alcuni dei più convinti difensori della necessità di risolvere tale contrasto in sede di colpevolezza violano, in suddette ipotesi, anche se solo parzialmente, il principio di accessorietà limitata della partecipazione, scusando anche il partecipe)<sup>50</sup>. Pertanto, sebbene non ci sia in senso stretto uno spazio libero dal diritto, quello che si realizza è uno spazio - maggiore rispetto a quello che si apre con la mia proposta - libero dall'intervento giuridico poiché prevede che i terzi possano agire in favore di qualsiasi persona coinvolta senza che la minaccia dell'applicazione di una pena.

*Rischi futuri nello stato di necessità.* Nei casi di pericolo per lo Stato o di pericolo per la sicurezza nazionale può essere molto utile l'idea di Molina Fernández che include, tra gli elementi del bilanciamento gli effetti diretti e indiretti che, sul lungo termine, il fatto potrebbe avere sulla struttura della società<sup>51</sup>. Ciononostante, tali effetti di lungo termine non possono consistere esclusivamente nella realizzazione della stessa condotta poiché se la condotta è giustificata, fatta eccezione per i già citati effetti di lungo termine, questa reiterazione non può essere un fattore di destabilizzazione sociale. Bisogna ipotizza-

---

**50** Si vedano le citazioni critiche in GIMBERNAT ORDEIG, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, in *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, 1990, pp. 222-223. *Vid.*, anche, ROXIN, *PG*, 2a trad., 1997, 22/67, p. 926; AT I<sup>4</sup>, 2006, 22/67, p. 991. Altri riferimenti si ritrovano in SÁNCHEZ DAFÁUCE, *Sobre el estado de necesidad existencial*, 2016, pp. 344 e ss.

**51** Si veda Molina Fernández, *El estado de necesidad como ley general. (Aproximación a un sistema de causas de justificación)*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, n. extraordinario 1, UNED, marzo 2000, pp. 221-222.

re la realizzazione futura di (altre) condotte antiggiuridiche da parte dell'autore o di un terzo. Tuttavia, quest'ultima ipotesi potrebbe risolversi in una figura simile alla colpevolezza per la condotta (futura) di vita, in aperto contrasto con il principio di materialità. Invece, nel caso in cui tale divieto dovesse fondarsi sulla circostanza che la condotta del soggetto agente potrebbe rappresentare per i terzi un esempio, o un incentivo a commettere condotte antiggiuridiche, si finirebbe per punire il primo autore per un fatto altrui, in violazione del principio di personalità della responsabilità penale, ciò in quanto non bisogna dimenticare che se si nega la configurabilità dello stato di necessità in favore del primo soggetto significa che bisogna imporgli una pena come esempio per gli altri consociati, affinché questi non adottino una condotta differente (e più grave) di quella da lui realizzata. Per le ragioni su esposte, l'individuazione dell'elemento degli effetti a lungo termine della condotta sulla struttura sociale richiede una notevole precisione. Questa precisione può ritrovarsi adoperando i criteri d'imputazione oggettiva dei delitti dolosi commessi da terzi come l'inclinazione alla commissione di reati.

In conclusione, mi riferisco a un problema per il quale non intravediamo una soluzione diversa da quella affidata al mero caso: *la selezione della vittima nel caso di 'condivisione del pericolo' simmetrica*. Come già affermato, la 'condivisione del pericolo' permette di giustificare la condotta tipica per evitare un male maggiore; per esempio, per evitare la morte dei due fratelli siamesi uniti dal tronco e che condividono alcuni organi vitali. Se la 'condivisione del pericolo' è asimmetrica, la selezione è facile: muore colui che è segnato dal destino per tutelare la vita dell'altro soggetto coinvolto. Questa selezione della vittima è molto importante poiché, finché si tratta di uno stato di necessità oggettivo, chiunque può agire in favore del soggetto la cui sopravvivenza appare statisticamente più probabile; per esempio, tutta la squadra medica può agire, senza paura della minaccia di una sanzione penale, per salvare il gemello siamese che ha la maggiore probabilità di sopravvivere. Tuttavia, se entrambi i fratelli hanno, secondo tutti i referti medici, esattamente le stesse probabilità di sopravvivenza, questo significa che devono morire entrambi? E se la risposta è no, come si sceglie la vittima? Non mi riferisco al procedimento giudiziario o extragiudiziale (con parenti o senza parenti vicini) bensì al fondamento stesso di questa decisione.

# Extraterritorial States' Obligations to Prevent Business-related Human Rights Violations and Requirements of Human Rights Due Diligence for Transnational Corporations Looking for Some Rules of Regional Customary Law

Marcella Ferri

Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Firenze, Italia

**Abstract** Focusing on the interplay between extraterritorial States' obligations to prevent business-related human rights violations and due diligence requirements for transnational corporations, this paper aims to investigate whether and to what extent some rules of regional customary international law, are emerging at the European level. To this end, the paper firstly analyses how the States' obligation to protect individuals against human rights violations of transnational corporations have been interpreted at international and regional level, particularly by the European Court of Human Rights. Secondly, it offers an overview of legal instruments adopted in this sector both at national and EU level.

**Keywords** Particular customary international law. States' obligation to protect human rights. Business-related human rights violations. Extraterritorial States' obligations. Due diligence.

**Sommario** 1. Introduction. – 2. Particular Customary International Law. – 2.1. Specific Features of Particular Customary Law: The (Overestimated) Relevance of States' Consent. – 3. The States' Obligation to Protect Human Rights Against Business-related Violations. – 3.1. The Requirement of Corporate Human Rights Due Diligence as a *Component* of the States' Obligation to Prevent Business-related Human Rights Violations. – 4. Legislative Instruments on Corporate Responsibility to Respect Human Rights. – 5. Concluding Remarks.



## Open access

© 2019 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Ferri, Marcella (2019). "Extraterritorial States' Obligations to Prevent Business-related Human Rights Violations and Requirements of Human Rights Due Diligence for Transnational Corporations: Looking for Some Rules of Regional Customary Law. *Ricerche giuridiche*, 8(1), 39-74.

## 1 Introduction

Business-related human rights abuses have drawn a great deal of attention among academics and stimulated several initiatives at international and national level. A critical milestone is represented by the Report on *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, elaborated in 2008 by the UN Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Professor John Ruggie<sup>1</sup>. The Framework was further developed and, in 2011, Ruggie proposed the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)<sup>2</sup>. They are based upon three pillars: the state duty to protect human rights from abuses perpetrated by transnational corporations and other business enterprises, the corporate responsibility to respect human rights, and the necessity to assure access to effective remedies.

While the UNGPs do not have binding nature, they have received several endorsements at international and national level. The most known is represented by the Resolution on human rights and transnational corporations and other business enterprises adopted in June 2011 by the Human Rights Council which, on this occasion, «endorse[s]» the UNGPs<sup>3</sup>. As for regional organisations, and in particular the European Union, in 2011, the European Commission adopted a Communication concerning «[a] renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility». On that occasion, it invited EU Member States to meet corporate responsibility to respect human rights and develop national plans for the implementation of the UNGPs<sup>4</sup>. After this Communication, the importance of the UNGPs has been stressed by the EU institutions in several documents<sup>5</sup>. In this regard, it is worth mentioning

<sup>1</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/8/5 (2008).

<sup>2</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011).

<sup>3</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, UN Doc. A/HRC/RES/17/4 (2011), para. 1.

<sup>4</sup> EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *A Renewed EU Strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, COM(2011) 681 final, 25 October 2011, p. 14.

<sup>5</sup> See, among others, the EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. State of Play*, SWD(2015) 144 final, 14 July 2015; *Commission Staff Working Document on Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business and Human Rights*:

the Conclusions on Business and Human Rights adopted by the Foreign Affairs Council of the European Union in 2016<sup>6</sup>. On that occasion, the Council affirms its «support[s]» for the UNGPs<sup>7</sup> and «calls on all business enterprises, both transnational and domestic, to comply with the UN Guiding Principles, [...] *inter alia* by integrating human rights due diligence into their operations to better identify, prevent and mitigate human rights risks»<sup>8</sup>. Shifting the attention to the Council of Europe, it must be recalled the Recommendation on human rights and business, adopted in 2016 by the Committee of Ministers<sup>9</sup>. With the specific aim «to facilitate the implementation»<sup>10</sup> of the UNGPs, the Recommendation qualifies them as «the current globally agreed baseline in the field of business and human rights»<sup>11</sup>.

In the last few years, corporate responsibility to respect human rights has been also regulated by several instruments adopted at national level, such as the US California Transparency in Supply Chains Act (2010), the Section 1502 of the US Dodd-Frank Act (2010), the UK Modern Slavery Act (2015), the French Law on the corporate duty of vigilance for parent and instructing companies (2017), the Australian Modern Slavery Bill (2018), and the Dutch child labour due diligence (2019). Some meaningful legal instruments have been adopted at the EU level, as well; in this regard, it is possible to recall the Regulation 995/2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market (2010), the Directive 2014/95 on Disclosure of Non-Financial Information (2014), and the Regulation 2017/821 on Supply Chain Due Diligence Obligations for Importers of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas (2017).

In the light of this legislative proliferation, this paper aims to investigate whether and to what extent some rules of regional custom-

---

*Overview of Progress*, SWD(2019) 143 final, 20 March 2019; *Shadow EU Action Plan on the Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights within the EU (2019-2024)*. In this regard cf., *inter alia*, AUGENSTEIN, DAWSON, THIELBÖRGER, *The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?* in *Business and Human Rights Journal*, 2018, 1, pp. 1-22; GATTA, *From Soft International Law on Business and Human Rights to Hard EU Legislation?*, in *Legal Sources in Business and Human Rights*, a cura di Buscemi, Lazzarini, Magi, and Russo, Leiden-Boston, forthcoming, pp. 248-275.

**6** FOREIGN AFFAIRS COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Council Conclusions on Business and Human Rights*, 20 June 2016, 10254/16.

**7** *Ibi*, para. 1.

**8** *Ibi*, para. 8.

**9** COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States on Human Rights and Business*.

**10** Council of Europe, Steering Committee for Human Rights (CDDH), *Explanatory Memorandum to Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States on Human Rights and Business*, para. 2.

**11** *Recommendation CM/Rec(2016)3*, cit., Appendix, para.1.

ary international law, requiring transnational corporation to prevent human rights abuses originating from their activities, are emerging in the European region. Indeed, as shown by the instruments listed above, the issue of human rights due diligence for transnational corporations has received particular attention at the European level. Against this background, firstly this paper will briefly address the question of regional customary international law, and more generally particular customary international law (PCIL). Secondly, it will analyse how the States' obligation to protect human rights against abuses perpetrated by transnational corporations (first pillar of the UNGPs) have been interpreted by human rights treaty bodies and by regional Courts. In the light of the objective of this paper, the analysis will be focused on the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), although some meaningful references can be found in the African and Inter-American systems, as well<sup>12</sup>. Due to the fundamental role played by transnational corporations<sup>13</sup>, a great deal of attention will be paid to the *extraterritorial* component of the States' obligation to protect. The analysis on the States' obligation to protect will consent to scrutinise the interplay between this obligation and the adoption of a regulative framework aiming to impose respect for human rights in business activities (second pillar). Final-

<sup>12</sup> See, among others, AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS, *Social and Economic Rights Action Center & the Center for Economic and Social Rights v Nigeria*, Communication No. 155/96, 27 May 2002; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31 August 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) No. 79 (2001); INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Maya indigenous community of the Toledo District v. Belize*, Case 12.053, 12 October 2004, Report No. 40/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 at 727 (2004); INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, 29 March 2006, Series C No. 146.

<sup>13</sup> The Draft Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights, approved in 2003 by the United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, defines transnational corporation as «an economic entity operating in more than one country or a cluster of economic entities operating in two or more countries - whatever their legal form, whether in their home country or country of activity, and whether taken individually or collectively», cf. COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, SUB-COMMISSION ON THE PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and other Business Enterprises with regard to Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), para. 20. For the definition of transnational corporations, cf. among others, RIGAUX, *Transnational Corporations*, in *International Law: Achievements and Prospects*, edited by Bedjaoui, Paris-Dordrecht, 1991, pp. 121 ff.; SCHILLER, *The Transnational Corporation and the International Flow of Information: Challenges to National Sovereignty*, in *Current Research on Peace and Violence*, 1979, I, pp. 1-11; MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, in *RCADI*, 2017, 385, pp. 52 ff.; ID., *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2012, pp. 122 ff.; BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012, pp. 1 ff.; SACERDOTI, *Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dallo Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2013, I, pp. 109-122.

ly, an overview of legal instruments on due diligence requirements for transnational corporations, adopted both at national and EU level, will be provided.

## 2 Particular Customary International Law

Customary international law has attracted a great attention of the academia and, more recently, of the International Law Commission (ILC) which, in 2011, decided to include the «formation and evidence of customary international law» in its programme of work<sup>14</sup>. Michael Wood was appointed as Special Rapporteur and, in 2018, the ILC adopted on second reading, a set of 16 draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries<sup>15</sup> (draft conclusions). The draft conclusions include a specific conclusion (conclusion 16) on PCIL. This latter is defined as «a rule of customary international law that applies only among a limited number of States»<sup>16</sup> which, however, might later evolve into rules of general customary law. Unlike “general customary law”, the PCIL has not received a great deal of attention in most recent academic studies; instead, it is worth mentioning its main features.

Although Article 38 of the International Court of Justice (ICJ) only refers to customary international law as «a *general* practice accepted as law», since the first half of the 20<sup>th</sup> century, the majority of scholars has recognised the existence of PCIL, which has been significantly confirmed by the Permanent Court of International Justice<sup>17</sup> and then the ICJ. In the *Colombian-Peruvian asylum case*<sup>18</sup>, the Court was called to assess the existence, argued by Colombia, of a «*regional or local custom peculiar to Latin-American States*» on dip-

<sup>14</sup> UN General Assembly, *Report of the International Law Commission*, Sixty-third session (26 April-3 June and 4 July-12 August 2011), Supplement No. 10 UN Doc. A/66/10, para. 365; in 2013, the title of the topic was change to «Identification of Customary International Law».

<sup>15</sup> ILC, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, With Commentaries*, in UN General Assembly, *Report of the International Law Commission*, Seventieth session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), Supplement No. 10, UN Doc. A/73/10.

<sup>16</sup> ILC, *Draft conclusions*, cit., conclusion 16 on «Particular customary international law».

<sup>17</sup> PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Jurisdiction of the European Commission of the Danube between Galatz and Braila*, Advisory Opinion of 8 December 1927, 1927 P.C.I.J. (ser. B) No. 14 (Dec. 8); *Polish Postal Service in Danzig*, Advisory Opinion of 16 May 1925, 1925 P.C.I.J. (ser. B) No. 11 (May 16); in this regard, cf. FRANCONI, *La consuetudine locale nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 1971, pp. 396-422.

<sup>18</sup> ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of November 20<sup>th</sup> 1950: I.C. J. Report 1950, fi. 266.

lomatic asylum<sup>19</sup>. Although the Court rejected the Colombian claim, it implicitly recognised the admissibility of this kind of custom. This implicit recognition has been further confirmed by the Court's case-law about bilateral customs, as well<sup>20</sup>.

The more frequent examples of PCIL offered by international practice are about customs binding on States linked by a geographical or vicinity relationship; nevertheless, as specified by the commentary, a geographical link is not a constitutive element of PCIL. The pre-existing relationship making it possible the development of a particular custom can have different nature: it can also be represented by «a common cause, interest or activity» shared by a group of States, even sanctioned by a treaty<sup>21</sup>. In this regard, it is important to underline that the origin of particular custom can be different. A particular custom can develop autonomously or represent the evolution of a prior international norm<sup>22</sup>. In this latter case, the original norm can be a general custom which evolves and assumes a specific (derogatory) content among some States, or a conventional rule making it possible the emergence of a practice among States party to the treaty. It is precisely in the light of this that some authors identify two kinds of PCIL: regional or local customs and practices modifying multilateral treaties<sup>23</sup>. A very known example of this latter case is represented by the well-established custom according to which, in derogation to Article 27, para. 3 of the UN Charter, the abstention of one of the permanent members of the Security Council does not prevent the adoption of its Resolutions.

<sup>19</sup> *Ibi*, p. 276 (emphasis added).

<sup>20</sup> ICJ, *Case concerning right of passage over Indian territory (Preliminary Objections)*, Judgment of November 26<sup>th</sup>, 1957: I.C.J. Report 1975, p. 125; more recently, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of July 13<sup>th</sup>, 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 213. For an implicit recognition, see also *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, Judgment of August 27<sup>th</sup>, 1952: I.C. J. Reports 1952, p. 176; *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Judgment of December 18<sup>th</sup>, 1951: I.C. J. Reports 1951, p. 116.

<sup>21</sup> Conclusion 16 of the draft conclusions refers to «A rule of particular customary international law, whether regional, local or other»; in this regard, the commentary specifies «The expression “whether regional, local or other” is intended to acknowledge that although particular customary international law is mostly regional, subregional or local, there is no reason in principle why a rule of particular customary international law could not also develop among States linked by a common cause, interest or activity other than their geographical position, or constituting a community of interest, whether established by treaty or otherwise» (p. 155).

<sup>22</sup> ILC, *Third Report on Identification of Customary International Law* By Michael Wood, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/682, 27 March 2015, p. 56.

<sup>23</sup> CONFORTI, *Diritto internazionale*<sup>11</sup>, Napoli, 2018, p. 47; GIOIA, *Diritto internazionale*<sup>5</sup>, Milano, 2015, pp. 28 ff.

## 1.1 Specific Features of Particular Customary Law: The (Overestimated) Relevance of States' Consent

Since the earliest scholar discussions on PCIL, a great debate has arisen about the specific features of this kind of custom: besides the limited scope of application *ratione personae*, is it possible to identify some other elements defining PCIL? The majority of scholarship has given a positive answer, identifying two features. First, there is the consent expressed by a State as a *condition sine qua non* to impose upon this State the particular custom and second, is the burden of proof requested to apply a particular custom. Let us dwell briefly on this latter point and then focus on the element of consent. Several authors argue that, unlike general customary law, which is ascertained by judge according to principle *iura novit curia*, the existence of a rule of PCIL must be rigorously proved by the part claiming it<sup>24</sup>. The necessity of a specific prove in the case of PCIL represents a well-settled principle in the ICJ's jurisprudence<sup>25</sup>. In this regard, it is interesting to recall the *San Juna River* case<sup>26</sup>, ruled in 2009. On this occasion, the Court was requested by Costa Rica to declare the existence of a «customary right» allowing people living on the bank of the San Juna river, along which runs part of the border between Costa Rica and Nicaragua, to fish in this river for subsistence purposes. The interesting point is that, on this occasion, a specific proof of the alleged customary rule was not required to Costa Rica<sup>27</sup>, and so one might argue that the Court overruled its previous case-law. As underlined by scholars, the stance taken in this case is not decisive: the lower standard of proof adopted by the Court is based upon the fact that, on this occasion, both parties clearly recognised the existence of this long-established practice<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> FRANCONI, cit., p. 421; COHEN-JONATHAN, *La coutume locale*, in *Annuaire français de droit international*, 1961, pp. 119-140, esp. p. 134; D'AMATO, *The Concept of Special Custom in International Law*, in *American Journal of International Law*, 1969, II, pp. 211-223; SHAW, *International Law*<sup>8</sup>, Cambridge, 2017, p. 68; CONDORELLI, *Custom, in International Law: Achievements and Prospects*, edited by Bedjaoui, Paris-Dordrecht, 1991, pp. 179-211, esp. pp. 206-7; CASSESE, *International Law*<sup>2</sup>, Oxford, 2005, p. 164.

<sup>25</sup> ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, cit., p. 276: «The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party».

<sup>26</sup> ICJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, cit.

<sup>27</sup> *Ibi*, para. 141: «The Court observes that the practice, by its very nature, especially given the remoteness of the area and the small, thinly spread population, is not likely to be documented in any formal way in any official record».

<sup>28</sup> CREMA, *The 'Right Mix' and 'Ambiguities' in Particular Customs: A Few Remarks on the San Juan River Case*, in *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, edited by Boschiero et al., The Hague, 2013, pp. 65-75.

Turning now to the issue of consent, it can be grasped recalling that, as it is well known, the typical element defining customary law is its applicability to all States, regardless of the effective participation to the formation of the practice. The case of State which, although persistently expressing its objection to the affirmation of a customary rule, is not exempted to the application of this rule, is paradigmatic. Instead, according to the majority of scholars, a particular customary rule only applies to States which have accepted it<sup>29</sup>. They argue the necessity of consent by making reference to a couple of reasons. Firstly, there is the nature of PCIL in itself: as is it characterised by a limited scope of application *ratione personae*, it is necessary to identify specific States bound by the rule. Secondly, is the derogating nature of PCIL compared to general law<sup>30</sup>.

With regard to the consent, it is important to make a couple of specifications. Firstly, the requested consent does not need an active and express participation by States during the formative process of the rule; it is the lack of objections to be decisive, and so implicit consent is enough. Secondly, there is the difference between PCIL and tacit agreement. The fundamental role played by consent in PCIL can recall the theories, tracing back to voluntarist approach of international law, which qualify customary law as a tacit agreement. In this regard, some scholars stress that even PCIL cannot be defined as such<sup>31</sup>. Indeed, unlike a tacit agreement which represents a singular act, customary law – even PCIL – supposes the existence of a behaviour uniformly and constantly repeated over time by States. One might argue that, from a practical point of view, this kind of practice can be hardly differentiated from the execution of a tacit agreement. Taking into account the psychological element, the distinction is more evident; unlike the tacit agreement, which results from the “meeting of the minds” of the parties at a given moment, *the opinio juris* is a psychological attitude which, progressively and spontaneously, grows up until a practice starts to be conceived by States as a legal obligation<sup>32</sup>. This difference is not theoretical, as it has an important impact on the practice which is relevant to identify the existence of a particular customary rule. Indeed, a (tacit) agreement supposes

**29** FRANCONI, cit., pp. 416 ff.; COHEN-JONATHAN, cit., p. 133; D'AMATO, cit.; SHAW, cit., p. 88; CONDORELLI, cit., pp. 206-7; CASSESE, cit., p. 164.

**30** WALDOCK, *General Course on Public International Law*, in *RCADI*, 1962, 106, p. 50.

**31** In this sense, cf. FRANCONI, cit., pp. 406 ff.; COHEN-JONATHAN, cit., pp. 138 ff. *Contra* CONDORELLI, cit., p. 206; CASSESE, cit., p. 164, according to whom, PCL can be qualified as a tacit agreement. Cf. also D'AMATO, cit.; the importance of consent, as a distinguishing element between PCL and general customary law, is so stressed by the author that he seems to implicitly qualify PCL as a tacit agreement.

**32** These differences are stressed by FRANCONI, cit., pp. 406 ff., and COHEN-JONATHAN, cit., pp. 138 ff.

the (implicit) action of a State's organ vested with the treaty-making power. Instead, conduct of *any* State's organ can be relevant to form and manifest a PCIL rule<sup>33</sup>. The importance to stress a distinction between PCIL and tacit agreement finds confirmation in the case-law of the ICJ. Beginning with the *Colombian-Peruvian asylum* decision, the Court, although underling the characterising features of PCIL, referred to the notion of customary law stipulated in Article 38 of its Statute and, in this way, implicitly recognised that a rule of particular custom is, ultimately, a rule of customary law. A similar approach emerges from the draft conclusions, as well: the commentary to the conclusion on PCIL specifies that it has been placed at the end of the draft conclusions because, unless otherwise provided, all other draft conclusions on general customary law apply to PCIL.

The necessity of an (implicit) acceptance of PCIL emerges in *Colombian-Peruvian asylum* decision. On that occasion the Court, after ascertaining the impossibility to find a constant and uniform custom with regard to the alleged customary rule, affirmed that even if this custom existed, it could not be invoked against Peru: its non-ratification of the Montevideo Conventions – setting out provisions on diplomatic asylum – proves that Peru did not want to accept this custom<sup>34</sup>. In other words, the fact that Peru manifested its will to not adhere to the supposed rule of PCIL on diplomatic asylum is decisive to exclude the possibility to invoke this rule against it.

The issue of the consent is covered by the draft conclusions, as well. Indeed, paragraph 2 of the conclusion on PCIL states that the existence of a rule of PCIL supposes a general practice «among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*) among themselves». The commentary is even more explicit, precisating that, in the case of PCIL, the application of the two-element approach for the identification of customary international is «stricter» because «[e]ach of these States must have accepted the practice as law among themselves»<sup>35</sup>. As the first version of this conclusion did not include the final specification «among themselves», the question of consent arose some States' reactions and was highly debated during the drafting. As a matter of fact, some States firmly highlighted the necessity to specify that a rule of PCIL cannot create obligations for a

**33** COHEN-JONATHAN, cit., p. 139.

**34** ICJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, cit., pp. 277-278: «even if it could be supposed that such a custom existed between certain Latin-American States only, it could not be invoked against Peru which, far from having by its attitude adhered to it, has, on the contrary, repudiated it by refraining from ratifying the Montevideo Conventions of 1933 and 1939, which were the first to include a rule concerning the qualification of the offence in matters of diplomatic asylum».

**35** ILC, *Draft conclusions*, cit., p. 156 (emphasis added).

State without its consent<sup>36</sup>. In this regard, it is worth mentioning the stance taken by Greece, which underlined the importance to distinguish between «novel particular customs and derogatory particular customs, which required a stricter standard of proof»<sup>37</sup>. This affirmation is particularly interesting because, as recalled above, some authors have justified the necessity of the consent because of the derogating nature of PCIL. Greece's stance might open the door to some rules of PCIL which do not need States' consent, as they do not represent a derogation to a previous rule but develop autonomously.

More generally, the stance taken by the draft conclusions seems too rigid, as it does not take into any account that a rule of PCIL can emerge in very different contexts. It is possible to identify (at least) three different scenarios. First, practices modifying multilateral treaties which need the consent (even implicit) of all States party to the treaty exist; indeed, the subsequent practice implies a derogation from or an integration of a rule that the parties originally agreed. Second, there is regional custom among States which share no more than their geographical position. In this case, which can also involve two or a very small number of States (local custom), the consent of all States concerned must be sought in order to precisely define the scope of application *ratione personae* of the custom. Finally, regional custom among States which, along with a geographical link, share the membership to a regional international organisation. As members States have relinquished certain aspects of their sovereignty to the organisation, with the aim to pursue the specific objectives defined by the founding treaty<sup>38</sup>, the acts of the organisation can play a fundamental role in the formation and identification of customary law at regional level. Against this background, the consent of each and every member State cannot be qualified as a necessary requirement for the identification of a rule of PCIL. In this regard, the specificities of the EU cannot but be recalled. Indeed, if on the one hand, the EU can contribute to the development of (particular) customary international law as an autonomous actor, on the other, its international practice expresses the *opinio juris* of its Members States<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> ILC, *Fifth Report on Identification of Customary International Law* by Michael Wood, *Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/717 (2018), p. 50; these suggestions were made by New Zealand, the United States, the Netherlands, the Czech Republic, Greece, and the Russian Federation.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> A more flexible approach with regard to regional custom, and in particular custom among the Members States of the Council of Europe is argued by Saccucci, *L'abolizione della pena di morte in tempo di guerra nel Protocollo n. 13 alla Convenzione europea, in I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2004, III, pp. 37-47, esp. p. 45.

<sup>39</sup> VANHAMME, *Formation and Enforcement of Customary International Law: The European Union's Contribution*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2008, pp.

### 3 The States' Obligation to Protect Human Rights Against Business-related Violations

As already recalled, the first pillar of the UNGPs concerns States' duty to protect human rights from abuses perpetrated by transnational corporations and other business enterprises. As clarified by the commentary to principle 1, this obligation refers to the well-defined classification of States' obligations to respect, protect, and fulfill human rights<sup>40</sup>. This typology of States' obligations traces back to the classification initially elaborated by Henry Shue<sup>41</sup>; it was further developed by Asbjorn Eide, the then Special Rapporteur to the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, in his Report submitted in 1987, on the *Right to Adequate Food as a Human Right*<sup>42</sup>. Eide's tripartite distinction has been widely accepted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR)<sup>43</sup>. An analysis of this tripartite obligations focused on their objective permits us to underline that the *obligation to respect* is centered on States' violations: indeed, it requires States not to take any measures which can result in preventing or limiting enjoyment of the right at stake. Instead, the *obligation to protect* is focused on the *non-state actors'* violation: as stressed by the CESCR, this obligation requires States to take necessary measures seeking to *prevent* enterprises or individuals from interfering with the right of others. Finally, the *obligation to fulfil* can be defined as the States' obligation to adopt a set of economic, administrative, promotional, and educational measures aiming to promote the full realisation of the right<sup>44</sup>.

127-154, esp. p. 131.

<sup>40</sup> This clearly emerges from commentary to principle 1, according to which «States' international human rights law obligations require that they respect, protect and fulfill the human rights of individuals within their territory and/or jurisdiction»; cf. *Guiding Principles on Business and Human Rights*, cit., p. 6.

<sup>41</sup> SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, 1980, pp. 52 ff.; the classification proposed by Shue was a bit different as it referred to the distinction among a) rights protecting individual physical security (security rights), b) rights assuring economic subsistence (subsistence rights), and c) liberty rights.

<sup>42</sup> Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *The Right to Adequate Food as a Human Right*, Report prepared by Mr A. Eide, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (1987), paras. 66 ff.

<sup>43</sup> This classification has been accepted beginning with *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, UN Doc. E/C.12/1999/5 (1999), paras. 15 ff.

<sup>44</sup> The notion of the obligation to fulfil has been significantly developed by the CESCR; in the General Comment on the right to food, the Committee clarifies that the obligation to fulfil includes both an obligation to facilitate and an obligation to provide (cf. CESCR, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, cit., para. 15). In the General Comment on the right to health, the Committee adds a further importance piece, by making also reference to the obligation to promote as the obliga-

Although this classification was originally elaborated with regard to economic, social, and cultural rights, both scholars<sup>45</sup> and the CESCR maintain that it can be applied to *all human rights*<sup>46</sup>. Limiting the analysis to the practice of the monitoring body of the International Covenant on Civil and Political Rights – namely the Human Rights Committee (HRC) – it has never explicitly adopted the tripartite classification. Nevertheless, its practice incorporates (more or less implicit) references to the obligation to respect and, in particular, to the obligation to protect. References to the obligation to respect can be easily found: indeed, according to a traditional view, the implementation of civil and political rights implies, first of all, States' obligation to abstain from interfering with the exercise of the right at issue. Instead, the first references to the obligation to protect were elaborated by the HRC in relation to forced disappearance; identifying the perpetrator of a disappearance and, more generally, defining the direct responsibility of State's agents can be highly complicated. Against this background, in the General Comment No. 6 (1982) on the right to life, the Committee referred to States' obligation to «take specific and effective measures to *prevent* the disappearance of individuals»<sup>47</sup>. This

---

tion «to undertake actions that create, maintain and restore the health of the population». On that occasion, the Committee specifies that the obligation to promote includes, among other, «ensuring that the State meets its obligations in the dissemination of appropriate information relating to healthy lifestyles and nutrition, harmful traditional practices and the availability of services; [...] supporting people in making informed choices about their health» (CESCR, *General Comment No. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health*, UN Doc. E/C.12/2000/4, para. 37). For a more detailed analysis on this obligation with specific regard to cultural rights, cf. M. FERRI, *Dalla partecipazione all'identità. L'evoluzione della tutela internazionale dei diritti culturali*, Milano, 2015, pp. 15 ff.

**45** See among others, PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in RCADI, 2008, 333 p. 244; DE SCHUTTER, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*<sup>2</sup>, Cambridge, 2019, pp. 279 ff. For States' obligations stemming from women's rights to health and reproductive health, cf. DE VIDO, *Violence Against Women's Health in International Law*, Manchester (forthcoming).

**46** In this regard, it is paradigmatic CESCR, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, cit., para. 15: «The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to respect, to protect and to fulfil» (emphasis added).

**47** HRC, *General Comment No. 6 (the right to life)*, para. 4 (emphasis added); cf. also HRC, *Herrera Rubio et al. v. Colombia*, Communication No. 161/1983, 2 November 1987, UN Doc. CCPR/C/OP/2 at 192 (1990), para. 10.3. A similar interpretation was elaborated by the Inter-American Court of Human Rights which defined States' obligation to prevent human rights violations committed by third parties in the famous case *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, 29 July 1988), Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988) dealing with the responsibility of the State of Honduras for detention and disappearance of Mr. Velásquez Rodríguez. Recalling Article 1 of the American Convention, which refers not only to States' obligation to respect the rights recognised by the Convention, but also to the obligation to ensure their exercise, the Court states that «An illegal act which

stance was later generalized by the HRC which, in its General Comment No. 31 (2004) on the nature of obligations of States Parties, referred to a «direct horizontal effect» of the obligations binding on States parties to the Covenant and held that they must «*protect*» individuals not only against violations of rights committed by their agents but also «against acts committed by private persons or entities». In these circumstances, a State can be held responsible for a violation of the Covenant when acts perpetrated by a private person or entity is the «result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise *due diligence* to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities»<sup>48</sup>. A similar stance was taken by the Committee against torture with regard to Article 2 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment Or Punishment which sets out the States Parties' obligation to take effective measures «to prevent acts of torture». In its General Comment No. 2 (2008) on this provision, the Committee clarifies that States must be held responsible for acts of torture or ill-treatment perpetrated by private actors, when state authorities «know or have reasonable grounds to believe» that these acts are being committed by private actors, and they did not exercise «*due diligence* to prevent, investigate, prosecute and punish» them<sup>49</sup>. This reference is enough to grasp two important elements, the first being *the dual content of the obligation to protect*. Indeed, this obligation consists of two different sub-obligations. First,

---

violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention» (para. 172; emphasis added). The Inter-American Court's case-law on obligations to protect is not limited to enforced disappearances: indeed, the Court has developed a wide practice in this regard, explicitly underlining that States' obligation to take measure to ensure human rights concerns also the relations between individuals.

**48** HRC, *General Comment No. 31 (2004) on the Nature of Obligations of States Parties*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para. 8 (emphasis added); the Committee continues stating «There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities». In this sense, see also HRC, *General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and security of person)*, UN Doc. CCPR/C/GC/35, para. 7. Cf. also the draft of the new General Comment No. 36 (2018) on the right to life, adopted by the HRC during its 124<sup>th</sup> session (8 October-2 November 2018), UN Doc. CCPR/C/GC/36 (2018), para. 7: «They [States] must also exercise *due diligence* to protect the lives of individuals against deprivations caused by persons or entities, whose conduct is not attributable to the State» (emphasis added).

**49** Committee against torture, *General Comment No. 2, Implementation of Article 2 by States parties*, UN Doc. CAT/C/GC/2 (2008), para. 18 (emphasis added).

an *ex-ante* obligation seeking to take all measures necessary to prevent violations by private actors, namely individuals and business entities; in this regard, the obligation to protect can be rephrased as a general obligation to *prevent* which implies, among others, the adoption of a regulative framework aiming to lay down and promote respect of human rights in business activities (second pillar of the UNGPs). Second, there is an *ex-post* obligation, which rises in the event of a violation, aiming to assure access to an effective remedy to the victims (third pillar). The second element emerging from the above quotation is the *principle of due diligence*, which consents to specify the content of the obligation to protect.

Due diligence plays such a fundamental role in several areas of international law that it can be qualified as a principle of international law<sup>50</sup>. It has been significantly developed in the sphere of international environmental law in relation to the obligation to prevent transboundary environmental damage, but it has gained a meaningful role in international human rights law. Although it is not the purpose here to dwell on the notion of due diligence, it is important to recall that it can be defined as a standard of conduct against which to assess whether a State has taken reasonable measures to prevent violations of international obligations and – with specific regard to human rights – to prevent human rights violations committed by private actors<sup>51</sup>.

Moving to the European context, and in particular to the European Convention on Human Rights (ECHR), the ECtHR has elaborated a meaningful case-law on States' positive obligations to protect human rights against violations perpetrated by private actors<sup>52</sup>. The identification of these obligations is linked to the theory of horizontal effect of the rights protected by the Convention (or *Drittwirkung* theory) which – as authoritatively affirmed – implies the existence of some «obligations positives à effets horizontaux»<sup>53</sup>. In this regard, it is worth

**50** KOIVUROVA, *Due Diligence*, in WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012.

**51** For due diligence principle, cf. among others, PISILLO MAZZESCHI, cit., pp. 390 ff.; KOIVUROVA, cit.; FRENCH, STEPHENS, *ILA Study Group on Due Diligence in International Law. First Report*, 2014; BARNIDGE, *The Due Diligence Principle under International Law*, in *International Community Law Review*, 2008, I, pp. 81-121.

**52** For the case-law of the ECtHR on positive obligations, cf. among others MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004; AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, 2006; PISILLO MAZZESCHI, cit., pp. 317 ff.; LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative. Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016; BESTAGNO, *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*, Milano, 2003.

**53** PISILLO MAZZESCHI, cit., p. 226.

recalling the leading case *Osman v. the United Kingdom*<sup>54</sup>, concerning the violation of the right to life (Art. 2 ECHR) perpetrated by an individual whose aggressive and stalking attitude towards the victims was known to national authorities. The Grand Chamber of the Court stated that Article 2 entails not only the States' negative obligation to refrain from the intentional and unlawful taking of life but also «a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual»<sup>55</sup>. As for the content of this obligation to prevent, the Court clarifies that it not an immediate consequence of every risk to the right (to life); instead, the violation of the positive obligation to protect the right through specific preventive measures, and consequently the indirect State's responsibility for the act perpetrated by a private actor, supposes the finding that «the authorities *knew or ought to have known* at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they *failed* to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk»<sup>56</sup>. The test of «*knew or ought to have known*» allows the Court to limit the State's responsibility to foreseeable risks of violation by private actors. In other words, although the ECtHR does not explicitly refer to the notion of due diligence, it has elaborated an obligation to prevent which «est clairement construite comme une typique obligation de due diligence»<sup>57</sup>.

It is interesting to consider how the ECtHR has defined the content of the obligation to prevent violations of the Convention's rights stemming from polluting and dangerous activities carried out by private business entities. Under the ECHR, serious harms to health of persons living close to polluting industrial plants raises an issue under the right to respect for private and family life (Article 8 ECHR). According to a well-established case-law started with the leading case *López Ostra v. Spain*<sup>58</sup>, the Court has affirmed that environmental pollution «may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely»<sup>59</sup>. As specified by the Court, the negative effects

<sup>54</sup> ECtHR, *Osman v. the United Kingdom* [GC], Appl. No. 23452/94, 28 October 1998.

<sup>55</sup> *Ibi*, para. 115.

<sup>56</sup> *Ibi*, para. 116 (emphasis added).

<sup>57</sup> PISILLO MAZZESCHI, *cit.*, p. 395.

<sup>58</sup> ECtHR, *López Ostra v. Spain*, Appl. No. 16798/90, 09 December 1994, para. 51; see also among others, *Guerra et al. v. Italy* [GC], Appl. No. 14967/89, 19 February 1998, para. 60; *Cordella et al. v. Italy*, Appl. No. 54414/13 and 54264/15, 24 January 2019, para. 157.

<sup>59</sup> ECtHR, *López Ostra v. Spain*, *cit.*, para. 51.

of environmental pollution fall within the scope of application of Article 8 providing that they attain «a certain minimum level» which must be assessed with a «relative» evaluation, taking into account «all the circumstances of the case, such as the intensity and duration of the nuisance, and its physical or mental effects», and the general context of the environment»<sup>60</sup>.

The issue of States' obligation to prevent the environmental pollution arising from a private industrial plant close to the applicant's home was analysed by the Court, among others, in the *Fadeyeva v. Russia* case. On this occasion, the Court dealt with the attribution of the alleged violation of Article 8 to the defendant State as the plant, although initially belonging to the defendant State, which was then privatised and, at the material time, it was neither owned nor operated by the State. The Court, developing some principles already outlined in some previous decisions, specified that these cases must be assessed in the light of the State's «positive duty [...] to take reasonable and appropriate measures to secure» the right to respect for private and family life<sup>61</sup>. Applying the *Osman* test to the situation of polluting activities arising from private industrial plants, the Court must assess «whether the State could reasonably be expected to act so as to prevent or put an end» to the alleged violation<sup>62</sup>.

In the case of pollution activities, the application of the «*knew or ought to have known*» standard acquires a specific configuration: national authorities of the defendant State are presumed to be in a position to evaluate the pollution hazard and «take adequate measures to prevent or reduce them»<sup>63</sup>, when, despite the plant privatisation, they continue to control its industrial activities, by authorising them or imposing certain operational conditions. This control places national authorities in a position allowing them to be «aware» of the environmental risk<sup>64</sup>. As for the content of the measures which States have the obligation to adopt in order to prevent or reduce the risk, the Court has made reference to two kinds of measures. First, measures exist aiming to provide individuals exposed to environ-

<sup>60</sup> ECtHR, *Fadeyeva v. Russia*, Appl. No. 55723/00, 9 June 2005, para. 69; see also *Cordella et al. v. Italy*, cit., para. 157.

<sup>61</sup> ECtHR, *Powell and Rayner v. the United Kingdom*, Appl. No. 9310/81, 21 February 1990, para. 41; *López Ostra v. Spain*, cit., para. 51; *Guerra et al. v. Italy*, cit., para. 58; *Di Sarno et al. v. Italy*, Appl. No. 30765/08, 10 January 2012, para. 110; *Tatar v. Romania*, Appl. No. 67021/01, 27 January 2009, paras. 87-88; *Giacomelli v. Italy*, Appl. No. 59909/00, 02 November 2006, para. 78; *Taşkin et al. v. Turkey*, Appl. No. 46117/99, 10 November 2004, para. 113; *Jugheli et al. v. Georgia*, Appl. No. 38342/05, 13 July 2017, para. 64.

<sup>62</sup> ECtHR, *Fadeyeva v. Russia*, cit., para. 89; in this sense, cf. also *Cordella et al. v. Italy*, cit., para. 158; *Guerra et al. v. Italy*, cit., para. 58; *Di Sarno et al. v. Italy*, cit., para. 105.

<sup>63</sup> ECtHR, *Fadeyeva v. Russia*, cit., para. 92.

<sup>64</sup> *Ibi*, paras. 90 ff.; *López Ostra v. Spain*, cit., paras. 52 ff.

mental pollution with information enabling them to know and assess the risks of this exposition<sup>65</sup>. Second, there are measures seeking to «regulate private industry properly»<sup>66</sup>; the general reference to regulatory measures has been clarified by the Court making reference to “dangerous activities”. Although the Court has not specified the notion of “dangerous activities”, it seems to include in this category all pollution activities which might cause serious damage to health. In the context of these activities, States have the obligation to adopt regulations which must be «geared to the specific features of the activity in question», and in particular to «the level of risk potentially involved». It is worth mentioning that, according to the ECtHR, this regulatory framework

must govern the licensing, setting-up, operation, security and supervision of the activity and must make it *compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection* of the citizens whose lives might be endangered by the inherent risks<sup>67</sup>.

In conclusion, all polluting activities can affect the right to respect for private and family life, implying the States' obligation to take adequate and reasonable measures seeking to prevent or reduce any environmental risk, and these measures include also the regulation of private enterprises carrying the activities at stake. Moreover, when industrial polluting activities pose a particular threat to health and life (dangerous activities), the States' obligation to protect includes the adoption of a regulatory framework aiming to impose on private actors involved in these activities the adoption of practical protective measures.

<sup>65</sup> ECtHR, *Guerra et al. v. Italy*, cit., para. 60; *Giacomelli v. Italy*, cit., para. 83; *Taşkın et al. v. Turkey*, cit. para. 119; *Tatar v. Romania*, cit., para. 88 and 100 ff.; *Di Sarno et al. v. Italy*, cit. para. 107.

<sup>66</sup> ECtHR [GC], *Hatton et al. v. The United Kingdom*, Appl. No. 36022/97, 08 July 2003, para. 98: «Article 8 may apply in environmental cases whether the pollution is directly caused by the State or whether State responsibility arises from the failure to regulate private industry properly»; in this sense, cf. also *Giacomelli v. Italy*, cit., para. 78; *Jugheli et al. v. Georgia*, cit., para. 73.

<sup>67</sup> ECtHR [GC], *Oneryildiz v. Turkey*, Appl. No. 48939/99, 10 January 2012, para. 90; *Di Sarno et al. v. Italy*, cit. para. 106; *Tatar v. Romania*, cit., para. 88; *Cordella et al. v. Italy*, cit., para. 159.

## 1.2 The Requirement of Corporate Human Rights Due Diligence as a *Component* of the States' Obligation to Prevent Business-related Human Rights Violations

It is now necessary to investigate the interplay between the States' obligation to protect human rights against violations perpetrated by private corporations (and in particular its *ex-ante* dimension consisting in the obligation to prevent) and the requirement of human rights due diligence for corporation.

As recalled above, the first pillar of the UNGPs concerns the States' duty to protect human rights, and principle 1 defines the States' obligation to protect against human rights violations committed by third parties, «including business enterprises». As specified by the principle, this obligation entails that States must take «appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication».

Along with the *States' obligation to protect human rights*, the UNGPs stipulate the *business enterprises' responsibility to respect human rights* (second pillar). Before analysing the interplay between States' obligations to protect human rights and corporate responsibility to respect human rights, let us outline the second pillar of the UNGPs, which significantly inspired the chapter on human rights introduced in the 2011 edition of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises<sup>68</sup>. The core of corporations' responsibility to respect human rights is defined by principle 13 of the UNGPs, which corresponds to paragraphs 2 and 3 of the OECD Guidelines' chapter on human rights<sup>69</sup>. According to these principles, business enterprises must

Avoid causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities, and address such impacts when they occur. Seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts that are directly linked to their operations, products or services

<sup>68</sup> OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 edition, para. 36; chapter on Human Rights is «draws upon the United Nations Framework for Business and Human Rights 'Protect, Respect and Remedy' and is in line with the Guiding Principles for its Implementation».

<sup>69</sup> As specified both by the OECD Guidelines and the UNGPs, the notion of human rights, which must be respected by business enterprises, covers human rights recognised at the international level, and «at a minimum» by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, along with the fundamental rights set out in the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Moreover, business enterprises are requested to respect some additional standards depending on the circumstances; for example, in situations of armed conflict the principles of international humanitarian law.

by their business relationships, even if they have not contributed to those impacts<sup>70</sup>.

Principle 15 of the UNGPs clarifies that business enterprises must meet their responsibility to respect human rights putting in place appropriate policies and processes, including a) a policy commitment to respect human rights; b) «a human rights due diligence process to identify, prevent, mitigate and account for how they address their impact on human rights»<sup>71</sup>; c) a process aiming to remedy every human rights violation it causes or contributes<sup>72</sup>. With specific regard to *human rights due diligence process*, principle 17 specifies that this process entails

assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed<sup>73</sup>.

The human rights due diligence process must cover both human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute through its activities and also human rights impacts, which may be directly linked to its operations, products and services by its business relationships. Principle 17 refers both to potential and to actual impacts: the former must be addressed through prevention or mitigation; in relation to the latter, corporations must assure a remediation. The human rights due diligence process must be implemented as early as possible, and it is an ongoing process because human

<sup>70</sup> These two different situations are further detailed by principle 19 of the UNGPs and the OECD Guidelines. The first situation occurs when a business enterprise is causing or may cause a human rights violation; in this case, the enterprise must take the necessary steps to cease or prevent the violation and to mitigate every remaining negative impact using its leverage; this leverage exists «where the enterprise has the ability to effect change in the wrongful practices of an entity that cause an harm». The second situation occurs when negative impact on human rights stems from enterprise's business relationships; this expression refers to every relationship «with business partners, entities in the supply chain, and any other non-State or State entity directly linked to its business operations, products or services». In this case, business enterprise is requested to exercise its leverage to prevent or mitigate negative human rights impacts. The commentary to principle 19 details this case, specifying that the appropriate action to put in place must be defined taking into account several factors, such as the relationship's cruciality, the nature of the violation, and whether terminating the business relationship would have adverse human rights consequences.

<sup>71</sup> UNGPs, principle 15, lett. b); in a similar stance, cf. OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, cit., chapter II «General Policies», para. 10.

<sup>72</sup> In this sense, cf. also OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, cit., chapter IV «Human Rights», paras. 4, 5, and 6.

<sup>73</sup> Principles 18, 19, 20 and 21 of the UNGPs specify each of these components; similarly, cf. OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, cit., commentary on Human Rights, para. 41.

rights risks can evolve over time. This process can be included within the enterprise risk-management system, provided that this system «goes beyond simply identifying and managing material risks to the company itself to include risks to rights-holders»<sup>74</sup>.

Focusing now on the *interplay* between States' obligations to protect human rights and corporate responsibility to respect human rights, principle 2 specifies it, affirming that «States should set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations». The interplay between States' obligations to protect human rights and corporate responsibility to respect human rights has been further clarified and developed by some instruments adopted after the UNGPs. Among them, it is worth recalling the Recommendation of the Council of Europe and the General Comment No. 24 on state obligations in the context of business activities adopted in 2017 by the CESCR.

In the Council of Europe's Recommendation, the Committee of Ministers does not only recommend States to «implement the UN Guiding Principles on Business and Human Rights», but it further develops them, by framing them into the classification of States' obligations. While recalling and endorsing the three pillars defined by the UNGPs, the Recommendation adopts a state-centred approach and, in relation to each of these three pillars, details the content of the corresponding States' obligations. It is worth mentioning the second session of the Recommendation on the «State duty to protect human rights», and the third session on the «State action to enable corporate responsibility to respect human rights». As for the first element, the Recommendation specifies that:

Within their jurisdiction, member States have a duty to protect individuals against human rights abuses by third parties, including business enterprises [...] Such obligations consist of requirements to prevent human rights violations where the competent authorities had known or ought to have known of a real risk of such violations.

With this formulation, the Recommendation formalises the case-law elaborated by the ECtHR. However, the Recommendation affirms that Member States should apply the necessary measures to require business enterprises domiciled in their jurisdiction «to respect human rights throughout their operations *abroad*». The third session of the Recommendation includes some interesting aspects. The member States of the Council of Europe are requested to adopt the necessary measures «to encourage» or «require» business enterprises

---

<sup>74</sup> UNGPs, commentary to principle 17, p. 18.

to «carry out *human rights due diligence*» in respect of their activities and to provide regular information on their efforts on corporate responsibility to respect human rights.

Moving to the General Comment No. 24, it represents a critical milestone in the definition of States' obligations in the context of business activities and, it certainly represents one of the most revolutionary General Comments adopted by the CESCR. The Committee frames the States' obligations within the classical tripartite typology; with specific regard to States' obligation to protect, the Committee affirms:

The obligation to protect means that States parties must prevent effectively infringements of economic, social and cultural rights in the context of business activities. This requires that States parties adopt legislative, administrative, educational and other appropriate measures, to ensure effective protection against Covenant rights violations linked to business activities, and that they provide victims of such corporate abuses with access to effective remedies<sup>75</sup>.

This formulation clearly refers to States' obligation to take necessary measures to prevent business-related human rights abuse. With regard to the obligation to protect, it is worth recalling two additional aspects. Firstly, the CESCR explicitly clarifies that, in the case of violations of the rights secured by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights caused by activities of business entities, State must be held indirectly responsible when it fails «to take *reasonable measure*», which would make it possible to prevent the violation. The Committee embraces the well-established approach elaborated by human rights regional Courts, and the content of States' obligation to protect is defined adopting a standard of reasonableness. Secondly, the CESCR specifies the interplay between States' obligations to protect human rights and corporate responsibility to respect human rights. Indeed, it affirms that

The obligation to protect *entails a positive duty to adopt a legal framework* requiring business entities to exercise *human rights due diligence in order to identify, prevent and mitigate the risks of violations of Covenant rights*, to avoid such rights being abused,

<sup>75</sup> CESCR, *General Comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, UN Doc. E/C.12/GC/24 (2017), para. 14. For an analysis of the Comment, cf. FERRI, *The General Comment No. 24 (2017) on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities: between crystallisation of international human rights law and seminal prospects for development*, in *Federalismi*, 2017, III, pp. 1-36.

and to account for the negative impacts caused or contributed to by their decisions and operations and those of entities they control on the enjoyment of Covenant rights<sup>76</sup>.

As proved by the verb «entail»<sup>77</sup>, the duty to adopt a legal framework on human rights due diligence in supply chain is conceived by the CESCR as an *essential component* of the obligation to protect. Needless to say, in this paragraph, the Committee refers to the second pillar of the UNGPs on the corporate responsibility to respect human right and human rights due diligence. This reference is made clear by a footnote, placed at the end of the cited paragraph, which refers to principles 15 and 17 of the UNGPs.

The extraterritorial dimension of States' obligations to prevent business-related human rights violations has raised a great debate, and it is authoritatively sustained by several scholars<sup>78</sup>. International human rights law has not developed (yet) a uniform practice in this regard. Starting from the European level, as emerging from the case-law analysed in the previous paragraphs, the ECtHR has never recognised the extraterritorial dimension of the States' obligation to prevent environmental risk arising from dangerous industrial activities carried out by private corporations. Moreover, as underlined above, the Court has applied the «*knew or ought to have known*» standard to polluting and dangerous activities, making reference to the fact that national authorities must be in such a position to “control” and be aware of the environmental risk. However, the position to what the Court has referred supposes an activity of authorisation, regulation and supervision, which is significantly more restrictive compared to the notion of domicile adopted by the CESCR. A completely different position is adopted by the Council of Europe's Committee of Ministers in its Recommendation CM/Rec(2016) on human rights

<sup>76</sup> CESCR, *General Comment No. 24 (2017)*, cit., para. 16.

<sup>77</sup> The English “to entail” corresponds to the verb “découler” employed in the French version of the General Comment.

<sup>78</sup> Cf. *inter alia* CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on Its Development*, Oxford, 1995, pp. 147-150; LANGFORD, SCHEININ, VANDENHOLE, VAN GENUYEN (eds.), *Global Justice, State Duties: The Extra-Territorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, 2013; DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, cit., pp. 187 ff.; BULTO, *The Extraterritorial Application of the Human Right to Water in Africa*, Cambridge, 2014, p. 127 ff.; MCCORQUODALE, SIMONS, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, in *The Modern Law Review*, 2007, IV, pp. 598-625, esp. pp. 602 ff.; COOMANS, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, I, pp. 1-35; DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the human rights accountability of transnational corporations*, available at [crdho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/ExtraterrRep22.12.06.pdf](http://crdho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/ExtraterrRep22.12.06.pdf), pp. 6 ff.

and business. Although this is a non-binding instrument, it is worth mentioning that, according to the Recommendation, members States «should» impose on business enterprises, domiciled in their jurisdiction, the obligation to respect human rights also throughout their operations «abroad». An intermediate position characterises the UNGPs which, indeed, have been defined as «vecteurs d'une extraterritorialité modérée»<sup>79</sup>. As a matter of fact, on the one hand, they stress that States are not prohibited from regulating the extraterritorial activities of transnational corporations domiciled in their territory and/or jurisdiction and underline that «strong policy reasons» ask for States to do so. On the other hand, the UNGPs affirm that, at the moment, international human rights law does not bind States to regulate the extraterritorial activities of their corporations.

The extraterritorial dimension of States' obligation to protect human rights against violations perpetrated by third parties has been significantly recognised by human rights treaty bodies. It is worth mentioning the General Comment No. 16 (2013) on state obligations regarding the impact of the business sector on children's rights adopted by the Committee of the Rights of the Child (CRC)<sup>80</sup>. Not surprisingly, transnational business operations have drawn the attention of the Committee which, in a specific section of the General Comment, specifically focuses on this issue. After recalling that host States have the «primary responsibility» to assure that business enterprises, operating under their jurisdiction, do not impair children's rights, the Comment pays a great deal of attention to home States. In this regard, it affirms that

Home States also have obligations, arising under the Convention and the Optional Protocols thereto, to respect, protect and fulfil children's rights in the context of businesses' extraterritorial activities and operations, provided that there is a *reasonable link* between the State and the conduct concerned<sup>81</sup>.

The Committee specifies that this kind of link exists when a business

<sup>79</sup> MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, cit., p. 147.

<sup>80</sup> CRC, *General Comment No. 16 (2013) on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, UN Doc. CRC/C/GC/16 (2013). Not surprisingly, scholars define it as «the 'birth certificate' of the UN's nascent attention to the substantive interaction between the business sector and children's rights», cf. GERBER, KYRIAKAKIS, O'BYRNE, *General Comment 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights: What Is Its Standing, Meaning and Effect?*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, 14, p. 3.

<sup>81</sup> CRC, *General Comment No. 16 (2013) on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, cit., para. 43.

corporation «has its centre of activity, is registered or domiciled or has its main place of business or substantial business activities in the State concerned»<sup>82</sup>.

The General Comment adopted by the CRC marks a critical step in the definition of extraterritorial States' obligations stemming from human rights for a couple of reasons. Firstly, the Convention on the Rights of the Child has a general scope of application, setting out all categories of children's rights. Secondly, in spite of the broad consultation promoted by the CRC during the drafting process of the General Comment, no State did express formal opposition against the recognition of the extraterritorial dimension of its obligations, and more generally on the drafts circulated<sup>83</sup>.

The extraterritorial dimension of States' obligations has been stressed also by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW). A first reference is included in the General Recommendation No. 28 (2010) on the core obligations of States parties to the Convention<sup>84</sup>: on that occasion, the Committee specified that the States' obligation, defined by Article 2(e), of the Convention, «to eliminate discrimination by any public or private actor» covers also discriminations committed by «national corporations operating extraterritorially»<sup>85</sup>. This element has been further developed in some later General Recommendations, namely the General Recommendation No. 36 (2016) on the rights of rural women<sup>86</sup> and the General Recommendation No. 35 (2017) on gender-based violence against women<sup>87</sup>. The former offers two meaningful specifications as regards the content of extraterritorial obligations. The Committee clarifies that, firstly, States must regulate the activities of non-state

<sup>82</sup> This in line with the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, 2012, principle 25; Maastricht Principles were elaborated by a group of international experts during a meeting organized in September 2011 by the University of Maastricht and the International Commission of Jurists; the text and a commentary are published in DE SCHUTTER, EIDE, KHALFAN, ORELLANA, SALOMON, SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, IV, pp. 1048-1169, [www.icj.org/wp-content/uploads/2012/12/HRQMaastricht-Maastricht-Principles-on-ETO.pdf](http://www.icj.org/wp-content/uploads/2012/12/HRQMaastricht-Maastricht-Principles-on-ETO.pdf).

<sup>83</sup> For the drafting process of the General Comment, cf. GERBER, KYRIAKAKIS, O'BYRNE, cit., pp. 12 ff.

<sup>84</sup> CEDAW, *General Recommendation No. 28 (2010), Core obligations of States Parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010).

<sup>85</sup> *Ibi*, para. 36.

<sup>86</sup> CEDAW, *General Recommendation No. 36 (2016) on the Rights of Rural Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/34 (2016).

<sup>87</sup> CEDAW, *General Recommendation No. 35 (2017) on Gender-Based Violence Against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

actors under their jurisdiction, also with regard to their extraterritorial operations; secondly, States must assure effective and adequate remedies when they violate their extraterritorial obligations stemming from rural women's rights.

The General Recommendation No. 35 (2017) on gender-based violence against women is particularly important as the CEDAW affirms that States have the obligation to

take the steps necessary to prevent human rights violations perpetrated abroad by corporations over which they may exercise influence, whether through regulatory means or the use of incentives,<sup>88</sup>

This affirmation is very meaningful not only because it points out some operative means to prevent business-related human rights violation abroad but also because of its general scope of application. Indeed, this obligation does not only deal with gender-based violence against women, which is the specific issue covered by the Recommendation, but more generally all women's human rights.

Extraterritorial States' obligations have been significantly recognised also by the CESCR which has proved to be particularly sensitive to this issue. This approach finds its origins in Article 2 ICESCR which identifies international assistance and co-operation as a means through which States party to the Covenant must assure the full realisation of economic, social and cultural rights. International cooperation, which is recognised by the CESCR as an obligation of States party to the Covenant, implies in itself an extraterritorial dimension. Against this background, it is not surprising that, beginning with the General Comment No. 12 (1999) on the right to food, the CESCR affirms that States must «respect the enjoyment of the right to food in other countries»<sup>89</sup>: as a matter of fact, the non-respect of economic, social, and cultural rights in other States would deny the obligation of international assistance and co-operation. However, the CESCR has not only recognised the extraterritorial dimension of States' obligation against the background of international cooperation but also with regard to the prevention of violations committed by non-state actors. In General Comments on the

<sup>88</sup> *Ibi*, para. 24 (b).

<sup>89</sup> CESCR, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food* (Art. 11), cit., para. 36.

right to water<sup>90</sup>, the right to work<sup>91</sup>, the right to social security<sup>92</sup>, and the right to just and favorable conditions of work<sup>93</sup>, the Committee specifies that States party to the Covenant have the obligation to take steps to prevent violations perpetrated abroad by third parties domiciled in their territory and/or jurisdiction. The Comment on the right to just and favorable conditions of work is particularly meaningful in the regard. The Committee starts from recognising that States' obligations can play a fundamental role, especially in the case of home States having an «advanced labour law systems»; as a matter of fact, they can promote an improvement of working conditions standards in host States. Against this background, the CESCR affirms that States must adopt a regulative framework to «support individuals and enterprises in identifying, preventing and mitigating risks to just and favourable conditions of work through their operations»<sup>94</sup>. Moreover, States must take appropriate measures to ensure that corporations are accountable for extraterritorial violations of the right to just and favourable conditions of work and to assure that victims have access to remedy.

Without a shadow of doubt, the General Comment No. 24 of the CESCR represents the most important Comment in this regard, because it introduces a generalisation of extraterritorial obligations. Indeed, in the previous General Comments, the extraterritorial dimension was only recognised with regard to the obligation to protect the specific right at issue. Instead, the General Comment No. 24 recognises the extraterritorial dimension of obligations to respect, to protect, and to fulfil stemming from each and every right secured by the Covenant. As for the obligation to protect, the CESCR affirms that:

The extraterritorial obligation to protect requires States parties to take steps to prevent and redress infringements of Covenant rights that occur outside their territories due to the activities of business entities over which they can exercise *control*<sup>95</sup>.

The Committee specifies that a State is directly responsible for vio-

<sup>90</sup> CESCR, *General Comment No. 15 (2002) on the Right to Water*, UN Doc. E/C.12/2002/11.

<sup>91</sup> CESCR, *General Comment No. 18 (2005) on the Right to Work*, UN Doc. E/C.12/GC/18.

<sup>92</sup> CESCR, *General Comment No. 19 (2008) on the Right to Social Security*, UN Doc. E/C.12/GC/19.

<sup>93</sup> CESCR, *General Comment No. 23 (2016) on the Right to Just and Favourable Conditions of Work*, UN Doc. E/C.12/GC/23.

<sup>94</sup> *Ibi*, para. 70.

<sup>95</sup> CESCR, *General Comment No. 24 (2017)*, cit., para. 30.

lations perpetrated by business entities only if the entity's conduct can be attributed to the State according to the criteria defined by the Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts<sup>96</sup>. Instead, States can be held indirectly responsible for violations committed by private business entities when they fail to «take reasonable measures that could have prevented the occurrence of the event»<sup>97</sup>. In this regard, it is worth specifying two additional aspects, firstly, the scope of application of the obligation to protect *ratione personae*. As specified by the Committee, this obligation covers corporations domiciled in the territory and/or jurisdiction of the State, and the notion of domicile includes corporations incorporated under its law and also corporations having their statutory seat, central administration or principal place of business on the national territory of the State. Secondly, there is the content of the obligation to protect, which implies that corporations are required to put in place human rights due diligence mechanisms aiming to identify, prevent and address violations of Covenant's rights related to conducts of the corporation itself, but also of its subsidiaries and business partners.

#### 4 Legislative Instruments on Corporate Responsibility to Respect Human Rights

As recalled above, in the last few years, corporate responsibility to respect human rights has been also regulated by several legislative instruments adopted both at national and EU level. These instruments can be categorised according to two different criteria: the human rights violation covered by the law or the obligation imposed on corporations. The first analytical criterium consents to identify three different kinds of law. First, there are laws having a limited scope of application and only covering slaving and human rights trafficking, namely the UK Modern Slavery Act and the Dutch Law (this latter deals with a sub-category of these violations, namely the child labour). Second, laws exist concerning human rights violations which stem from conflicts minerals: the US Dodd-Franck Act and the EU Regulation on conflict minerals. Although the interplay between situations of conflict and human rights violations is self-evident, the

<sup>96</sup> ILC, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two. As recalled by the Committee, the entity's conduct can be attributed to the States if the entity is acting on State's instructions or under its control or direction (Article 8), when the entity is empowered to exercise elements of governmental authority under the State party's legislation (Article 5), or if the State acknowledges and adopts the entity's conduct as its own (Article 11).

<sup>97</sup> CESCR, *General Comment No. 24 (2017)*, cit., para. 32.

Annex II of the OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas specified them. Indeed, the Annex II highlights that serious abuses associated with the extraction, transport or trade in minerals in conflict-affected and high-risk areas are represented by torture, cruel, inhuman and degrading treatment, forced or compulsory labour, child labour, sexual violence, war crimes, serious violations of international humanitarian law, crimes against humanity, and genocide. A similar specification can also be found in the EU Regulation which makes also reference to disappearance, forced resettlement, and destruction of ritually or culturally significant sites. Finally, some acts cover all human rights violations: the French Law and the EU Directive 2014/95. Neither of them specifies international human rights instruments to which corporations must refer in assuring respect for human rights. However, both of them make reference to the UNGPs; in this regard, principle 12 is particularly relevant specifying the international human rights standards that business enterprises must respect. Moreover, it is necessary to consider human rights instruments ratified by each State; and in the framework of the EU Directive, the EU Charter of fundamental rights.

The second analytical criterium consents to reach a categorisation of these laws referring to the nature of obligations imposed upon corporations. Needless to say, it partially overlaps the first categorisation just described. It is possible to identify two kinds of law. First, there are some laws, such as the French Law, the Dutch child labour due diligence, the US Dodd-Franck Act, and the EU Regulation on conflict minerals which impose on corporations due diligence requirements in order to identify, prevent and mitigate human rights adverse impact of their activities and business relationships. Second, there are instruments imposing the obligation to adopt a statement allowing the corporation to disclose the actions it has taken to prevent human rights violations in their business and supply chains. This second category includes the US California Transparency in Supply Chains Act, the EU on Disclosure of Non-Financial Information (2014), the UK Modern Slavery Act (2015), and the recent Australian Modern Slavery Bill (2018).

After this categorisation, let us briefly analyse the content of these acts, focusing on those adopted at European level.

The *French Law on the duty of vigilance* (2017)<sup>98</sup> sets out that large

<sup>98</sup> Law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the corporate duty of vigilance for parent and instructing companies. For a more detailed analysis of national legislation and additional references in this regard, see among others MACCHI, BRIGHT, *Hardening Soft Law: The Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, in *Legal Sources in Business and Human Rights*, a cura di Buscemi, Lazzerini, Magi, and Russo, Leiden-Boston, forthcoming, pp. 218-247.

companies<sup>99</sup> must periodically adopt, disclose and implement a vigilance plan defining «reasonable vigilance measures to identify risks and prevent» serious violations of human rights, serious harms to health, safety and environment. The plan must cover risk resulting not only from the activities of French companies but also from the companies under their control, and from the activities of subcontractors and «suppliers with whom there is an established commercial relationship»<sup>100</sup>.

The *Dutch Child Labour Due Diligence Law* (2019) requires that all companies, regardless of their domicile in the Netherlands or not, selling or supplying goods or services to Dutch customers<sup>101</sup>, must submit a disclosure statement to the Dutch supervising authority declaring that they have implemented adequate due diligence measures to prevent their products or services from being produced in a way that involves child labour, and the statement will be published in a public register<sup>102</sup>. As specified by the Law, companies must investigate, through «reasonably known and accessible» sources, «whether there is a reasonable suspicion that the goods or services to be supplied have been produced using child labour»; in the event of a reasonable suspicion, the company must adopt and implement a plan of action aiming to exclude from its supply chain every goods and services suspected of being produced by child labour.

The *United Kingdom Modern Slavery Act* (2015)<sup>103</sup> stipulates that large companies<sup>104</sup>, wherever incorporated, which carries on a business, or part of a business, in any part of the UK, must prepare, for each financial year, a statement of the steps taken during the financial year «to ensure that slavery and human trafficking is not tak-

**99** The Law covers companies «that at the end of two consecutive financial years, employs at least five thousand employees within the company and its direct and indirect subsidiaries, whose head office is located on French territory, or that has at least ten thousand employees in its service and in its direct or indirect subsidiaries, whose head office is located on French territory or abroad» (Article 1, Loi no. 2017-399).

**100** Commercial code, art. L. 225-102-4, para. 3 as modified by Law No. 2017-399 of 27 March 2017 on the corporate duty of vigilance for parent and instructing companies.

**101** The criterion chosen by the Dutch Law to define its scope of application is two-fold. On the one hand, it is really comprehensive because it also includes companies registered abroad; on the other it does not cover companies which, although registered in the Netherlands, do not sell or supply their goods and services in the Netherlands. From this point of view, the Dutch Law is likely to exclude a significant number of companies, simply because the final consumers or their products are not in the Netherlands.

**102** Already-existent companies are requested to send their declaration within six months after the entry into force of the Act, the new companies immediately after their registration in the trade register, and foreign companies within six months after supplying goods or services to Dutch consumers for the second time in a given year.

**103** Modern Slavery Act, Section 54 «Transparency in Supply Chain».

**104** The slavery and human trafficking statement must be prepared by commercial organisations supplying goods or services which have a total turnover of not less than £36 million.

ing place in any of [their] supply chains or in any part of [their] own business»; otherwise, they can prepare a statement declaring that the company has not taken any step. The slavery and human trafficking statement must include information, among others, on the company's policies in relation to slavery and human trafficking, its due diligence process in its business and supply chains, and the training about slavery and human trafficking available to its staff<sup>105</sup>. The statement must be published on the company's website, if any; otherwise, it must be made available upon written request of anyone.

The *EU Directive on disclosure of non-financial information*, amending the accounting directive 2013/34/EU on the annual financial statements<sup>106</sup>, stipulates that large companies<sup>107</sup> must also prepare a non-financial statement. This latter must incorporate a description of the principal risks and measures adopted to manage risks related to social and employee matters linked to the company's activities «including, where relevant and proportionate, its business relationships, products or services which are likely to cause adverse impacts in those areas». If the company does not pursue any policy in relation to these matters, the statement must provide «a clear and reasoned explanation» for this lack of policy (the so-called “comply or explain” system).

The *EU Timber Regulation*<sup>108</sup> stipulates that any natural or legal person that places timber or timber products on the EU market, for the first time, must adopt a due diligence system to ensure it supplies products made of timber which have been harvested in compliance with the legislation of the country of harvest. To this end, operators must use a due diligence system, which must include firstly, measures and procedures gathering information on the operator's supply of timber or timber products placed on the market; secondly, risk as-

**105** Modern Slavery Act, Section 54 «Transparency in Supply Chain», para. 5: «An organisation's slavery and human trafficking statement may include information about (a) the organisation's structure, its business and its supply chains; (b) its policies in relation to slavery and human trafficking; (c) its due diligence processes in relation to slavery and human trafficking in its business and supply chains; (d) the parts of its business and supply chains where there is a risk of slavery and human trafficking taking place, and the steps it has taken to assess and manage that risk; (e) its effectiveness in ensuring that slavery and human trafficking is not taking place in its business or supply chains, measured against such performance indicators as it considers appropriate; (f) the training about slavery and human trafficking available to its staff».

**106** Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, Official Journal L 182, 29 June 2013, p. 19-76.

**107** The Directive applies to public-interest companies of over 500 employees.

**108** Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market, Official Journal L 295, 12 November 2010, p. 23-34.

assessment procedures aiming to analyse and evaluate the risk of placing on the market illegally harvested timber or products derived from such timber; and finally, in the event that the risk assessment procedures reveal a non-negligible risk, the adoption of risk mitigation procedures consisting of a set of adequate and proportionate measures and procedures to effectively minimise the risk.

*The EU Regulation on Conflict Minerals.* Before analysing this Regulation, it is worth recalling that in 2011 the OECD adopted a Recommendation on Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas. As specified by the Guidance,

«Risk-based due diligence refers to the steps companies should take to identify and address actual or potential risks in order to prevent or mitigate adverse impacts associated with their activities or sourcing decisions»<sup>109</sup>.

The Guidance defines a five-step framework for risk-based due diligence (Annex I), which companies should integrate in their management systems; according to this framework, they should 1) establish strong company management systems, 2) identify and assess risk in the supply chain, 3) design and implement a strategy to respond to identified risks, 4) carry out independent third-party audit of supply chain due diligence at identified points in the supply chain, and 5) report on supply chain due diligence<sup>110</sup>.

The EU Regulation 2017/821, adopted in 2017<sup>111</sup>, aims to impose due diligences obligations on EU importers of mineral and metals containing or consisting of tin, tantalum, tungsten or gold whose an-

<sup>109</sup> OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*<sup>3</sup>, Paris, 2016, p. 13.

<sup>110</sup> The Guidance also provides a model of mineral supply chain policy setting out a common set of principles (Annex II), suggested measures for risk mitigation, and indicators for measuring improvement which upstream companies may consider with the possible support of downstream companies (Annex III). The Guidance is completed by two Supplements on tin-tantalum-tungsten and gold tailored to the challenges associated with the structure of the supply chain of these minerals.

<sup>111</sup> Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas, Official Journal L 130, 19 May 2017, pp. 1-20. For a more detailed analysis, see among others, VOLAND, DALY, *The EU Regulation on Conflict Minerals: The Way Out of a Vicious Cycle?*, in *Journal of World Trade*, 2018, II, pp. 37-64; GRADO, *The EU "Conflict Minerals Regulation": Potentialities and Limits in the Light of the International Standards on Responsible Sourcing*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2018, I, pp. 235-257; Id., *EU Approaches on "Conflict Minerals". Are They Consistent with the UN/OECD Supply Chain Due Diligence Standards?*, in *Business and Human Rights in Europe. International Law Challenges*, edited by Bonfanti, New York-London, 2019, pp. 156-167.

nual import volumes go over the volume thresholds defined in Annex I<sup>112</sup>. These obligations, which are largely based upon the requirement defined by the OECD Due Diligence Guidance, concern *management system, risk management, third-party audit, and disclosure*. As for the management system obligations (Article 4), the EU importers are requested to adopt a supply chain policy for mineral and metals potentially originating from conflict-affected and high-risk areas. Their supply chain policy, which must be clearly communicated to suppliers and the public, must incorporate standards against which supply chain due diligence is to be conducted, consistent with the model supply chain policy set out in the OECD Due Diligence Guidance. The supply chain policy must be included in contracts and agreements. The importers must structure their respective internal management systems in such a way aiming to support supply chain due diligence, by assigning responsibility to senior management to oversee the supply chain due diligence process and maintain records for at least five years. Moreover, the importers must establish a grievance mechanism and set up a chain of custody or supply chain traceability system of metal and minerals providing some specific information. Based on information obtained implementing the management system set out by Article 4, the Regulation imposes on importers some risk management obligations: they are required to identify and assess the risks of adverse human rights impact in their mineral supply chain and implement a strategy to respond to these risks preventing or mitigating the adverse impact<sup>113</sup>. Moreover, the importers must carry out audits via an independent third party; the audit must include all activities, processes and systems used to implement supply chain due diligence regarding minerals or metals. The audit must be conducted complying with principles of independence, competence and accountability set out in the OECD Due Diligence Guidance, and it aims to assure the conformity of the importer's supply chain due diligence practices with the Regulation's provisions and to make recommendations to the importer in order to improve its supply chain due diligence prac-

**112** As specified by Article 1, para. 3, these volume thresholds are set at such a level to ensure that no less than 95 % of the total volumes imported into the EU of each mineral and metal fall within the scope of application of the Regulation.

**113** This strategy can include reporting findings of the supply chain risk assessment to senior management designated for that purpose, adopting risk management measures consistent with the OECD Guidance, considering their ability to influence, and where necessary take steps to exert pressure on suppliers who can most effectively prevent or mitigate the identified risk, by making it possible either to a) continue trade while simultaneously implementing measurable risk mitigation efforts, b) suspend trade temporarily while pursuing ongoing measurable risk mitigation efforts or c) disengage with a supplier after failed attempts at risk mitigation; implementing the risk management plan; monitoring and tracking performance of risk mitigation efforts; and undertaking additional fact and risk assessments for risks requiring mitigation, or after a change of circumstances.

tices. Finally, importers must make the reports of the third-party audit available to State's competent authorities.

## 5 Concluding Remarks

As is known, under the UNGPs the first and second pillars are independent from each other: as stressed by the principles, the corporate responsibility to respect human rights is autonomous from the ability and willingness of States to fulfil their human rights obligations. However, and in spite of the evolution of international law in this regard, States continue to be the main international actors, and they are bound by human rights obligations which must be fulfilled at national level. Against this background, international lawyers feel the necessity to read the UNGPs' pillars through the lens of States' obligations. The foregoing analysis has shown that the States' obligation to protect against violations perpetrated by private corporations, and in particular its *ex-ante* element (the *obligation to prevent violations*) «*entails* - borrowing the words of the CESCR - a positive duty to adopt a legal framework requiring business entities to exercise human rights due diligence in order to identify, prevent and mitigate the risks of violations» of human rights. This formulation clearly defines the interplay between an element of the first pillar (the *ex-ante* obligation to prevent) and the second pillar.

This kind of interplay, as defined by the CESCR, finds confirmation at the European level, and in particular in the Council of Europe's Recommendation CM/Rec(2016) on human rights and business and in the case-law of the ECtHR which, in this regard, seems very promising. Indeed, adopting a wide notion of private and family life, it has developed a well-established case-law on States' obligation to protect health and life against serious threat arising from polluting activities carried out by private corporations. As specified by the Court, this obligation to protect implies the adoption of «adequate and reasonable measures to prevent or reduce» the polluting hazard. These measures include the regulation of polluting activities carried out by private actors, namely the licensing, setting-up, and supervision them; they also entail the definition of a regulatory framework aiming to impose on private actors, involved in dangerous activities, the adoption of «practical measures to ensure the effective protection» for human health and life. Although the Court has never explicitly referred to the implementation of a human rights due diligence mechanism by corporations involved in dangerous activities, this latter might certainly be qualified among the "practical and effective measures" the Court has referred to. Moving to the *extra-territorial* dimension of the obligation to prevent, the international practice is less homogeneous; indeed, if it has been promoted by the

UNGPs and authoritatively affirmed by human rights treaty bodies, it has never been recognised by the ECtHR.

In conclusion, it is possible to affirm that the requirement of human rights due diligence for corporations is recognised at international and European levels as a component of the States' obligations to prevent business-related human rights violations. The same, however, cannot be said for the extraterritorial dimension of this obligation, and so for the definition of human rights due diligence requirements for transnational corporations. This assumption finds confirmation in the legislative practice whose analysis proves that the requirement of human rights due diligence for transnational corporations is not accepted by law neither at general nor at regional level.

However, this conclusion finds an important exception in human rights violations linked to conflict minerals. In this regard, it is worth recalling that the Group of Experts assisting the Democratic Republic of the Congo (DRC) Sanction Committee of the UN Security Council,<sup>114</sup> was tasked by the Security Council with elaborating recommendations «for guidelines for the exercise of due diligence by the importers, processing industries and consumers of mineral products regarding the purchase, sourcing [...], acquisition and processing of mineral products» coming from the DRC<sup>115</sup>. Following this mandate, in 2010 the Group of Experts submitted its final Report which also includes a specific section on due diligence. Due diligence is defined by the Group of Experts as «a dynamic process whereby individuals and entities discharge their responsibilities with reference to a given standard». The scope of the application of the due diligence process is very comprehensive both from a personal and a geographical point of view. Indeed, it must cover all

<sup>114</sup> The Sanction Committee was established by the UN Security Council Resolution 1533 (2004) to oversee the sanctions measures imposed by the Security Council. According to the UN Security Council Resolution 1533 (2004) the Group of Experts is mandated «To examine and analyse information gathered by MONUC in the context of its monitoring mandate; (b) To gather and analyse all relevant information in the Democratic Republic of the Congo, countries of the region and, as necessary, in other countries, in cooperation with the governments of those countries, flows of arms and related materiel, as well as networks operating in violation of the measures imposed by paragraph 20 of resolution 1493; (c) To consider and recommend, where appropriate, ways of improving the capabilities of States interested, in particular those of the region, to ensure the measures imposed by paragraph 20 of resolution 1493 are effectively implemented; (d) To report to the Council in writing before 15 July 2004, through the Committee, on the implementation of the measures imposed by paragraph 20 of resolution 1493, with recommendations in this regard; (e) To keep the Committee frequently updated on its activities; (f) To exchange with MONUC, as appropriate, information that might be of use in the fulfilment of its monitoring mandate as described in paragraph 3 and 4 above; (g) To provide the Committee in its reports with a list, with supporting evidence, of those found to have violated the measures imposed by paragraph 20 of resolution 1493, and those found to have supported them in such activities for possible future measures by the Council».

<sup>115</sup> UN Security Council, *The Situation concerning the Democratic Republic of the Congo*, UN Doc. S/RES/1896 (2009), para. 7.

mineral products coming from the so-called “red-flag locations”, which include not only the eastern part of the DRC but also other countries where minerals products transit, such as in particular Rwanda, Burundi, Uganda, Kenya, the United Republic of Tanzania and the Sudan. Moreover, the Group of Experts recommended that due diligence apply not only to importers, processors and consumers of mineral products but also to «other main participants in the supply chain of minerals from red flag locations»<sup>116</sup>. The due diligence process defined by the Group of Experts is based upon five steps which significantly recall the Recommendation on Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas adopted by the OECD. The framework for risk-based due diligence in the mineral supply chain, elaborated by the Group of Experts, was endorsed by the UN Security Council which, in its Resolution 1952 (2010), calls upon all member States to «take appropriate steps to raise awareness of the due diligence guidelines»<sup>117</sup> elaborated by the Group of Experts and

*«urge importers, processing industries and consumers of Congolese mineral products to exercise due diligence by applying the aforementioned guidelines, or equivalent guidelines, containing the following steps as described in the final report [...]: strengthening company management systems, identifying and assessing supply chain risks, designing and implementing strategies to respond to identified risks, conducting independent audits, and publicly disclosing supply chain due diligence and findings»*<sup>118</sup>.

In conclusion, the five-step framework for risk-based due diligence in the mineral supply chain, defined in the OECD Guidance, which largely characterises the EU Conflict Minerals Regulations, was also endorsed by the UN Security Council in its Resolution 1952 (2010). In the light of that, the requirement of a five-step framework for risk-based due diligence for transnational corporations operating in the mineral supply chain - which is an essential component of the extraterritorial States' obligation to prevent human rights violations in mining sec-

<sup>116</sup> UN Security Council, *Final report of the Group of Experts on the DRC*, UN Doc. S/2010/596, para. 309.

<sup>117</sup> UN Security Council, *Resolution 1952 (2010) on Extension of Measures on Arms, Transport, Financial and Travel against the Democratic Republic of the Congo Imposed by Resolution 1807 (2008) And Expansion Of The Mandate Of The Committee Established Pursuant To Resolution 1533 (2004)*, UN Doc. S/RES/1952 (2010), para. 8. This affirmation has been also said in several other Resolutions on the DRC, such as S/RES/2360 (2017), para 22; S/RES/2339 (2017), para 18; S/RES/2293 (2016), para 25; S/RES/2198 (2015), para 23; S/RES/2136 (2014), para 22; S/RES/2078 (2012), para 15; a similar affirmation is included in the Resolution S/RES/2219 (2015), para 32 on the Côte d'Ivoire.

<sup>118</sup> UN Security Council, *Resolution 1952 (2010)*, cit., para. 8.

tor - can be qualified as a rule of PCIL (at least) at the European level.

As for the personal scope of application of this rule - and therefore the specific notion of "Europe" we are referring to -, it can be identified as concerning only the EU Members States. As previously stressed their membership to an international organisation - to which they transferred several aspects of their sovereignty - does not require ascertaining the consent of each State in order to prove the existence of a rule of PCIL. However, it is decisive that in the Council of the EU - which represents the Members States' *governments* - the EU Regulation on Conflict Minerals was adopted with the favourable vote of all Members States. By contrast, the scope of application cannot be extended to the States which are members of the Council of Europe (needless to say, we are referring to the States which are not EU Member States). In this regard, the case law of the ECtHR and the Recommendation on human rights and business adopted by the Committee of Ministers are not sufficient to affirm that the rule at issue binds the members States of the Council of Europe, as well.

Before closing, it is necessary to recall that this paper has only covered the *ex-ante* element of the obligation to protect against business-related human rights violations. Although not analysed on this occasion, the *ex-post* aspect, concerning the access to effective remedy for victims, is of utmost importance; indeed, as demonstrated by numerous studies<sup>119</sup>, several obstacles may dramatically prevent victims from having access to effective remedy.

---

**119** MARX, BRIGHT, PINEAU, WOUTERS, *Corporate Accountability Mechanisms in EU Member States for Human Rights Abuses in Third Countries*, in *European Yearbook of Human Rights*, 2019; MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, cit., pp. 302 ff.; ZERK, *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*, Report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights, 2014; SKINNER, McCORQUODALE, DE SCHUTTER, *The Third Pillar - Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2013. In this regard, cf. also Human Rights Council, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, UN Doc. A/HRC/32/19 (2016).

# L'evoluzione del contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale

Angela Troisi

Dottore di ricerca in Diritto degli affari e diritto tributario d'impresa nella LUISS Guido Carli di Roma, Italia

**Abstract** The digital revolution has influenced the relationship between banks and several categories of investors and savers, characterized by new expectations about services and products. This phenomenon may have a specific impact on the traditional segment of banking litigation, that will be increasingly affected by cases related to new digital technologies applied to banking and financial systems. The work examines the hypotheses of actions for damages, restructuring of debt positions, as well as the hypotheses of contractual irregularities deriving from new investment and financing policies proposed to (inexperienced) customers by intermediaries, close to the traditional banking channel, but distinct from the latter by virtue of different business models. Paragraphs 2 and 3 provide an in-depth analysis of the current situation of banking litigation and the potential evolution that the latter may face due to the spread of digital evolution, particularly the cases related to revolving financing, *ius variandi*, anatocism and bank usury. The last paragraph is dedicated to an assessment of how financial education carried out by the Supervisory Authorities can contribute to reducing the incidence of bank litigation in the digital banking sector.

**Keywords** Fintech. Banking Litigation. Revolving Financing. Ius Variandi. Bank Usury.

**Sommario** 1. Premessa. – 2. L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni post-crisi 2008-2009. – 3. Le fattispecie di contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale. – 4. Conclusioni.



## Open access

© 2019 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Troisi, Angela (2019). "L'evoluzione del contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale". *Ricerche giuridiche*, 8(1), 75-88.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/006

## 1 Premessa

L'evoluzione tecnologica che negli ultimi anni ha interessato i mercati bancari e finanziari internazionali sta facendo registrare molteplici mutamenti nel paradigma operativo creditizio, con riflessi sulle strategie di medio-lungo periodo degli appartenenti al settore e sul rapporto di questi ultimi con la propria clientela di riferimento. Ed invero, la complessità dell'innovazione *smart* dei processi e dei servizi sta influenzando le attività di intermediazione degli operatori specializzati, non solo in termini di un necessario incremento dei livelli di efficienza, ma anche con riferimento all'adozione di nuove politiche di redditività e di fidelizzazione della clientela.

In tale quadro, la rivoluzione digitale ha favorito l'emergere di un rinnovato rapporto tra le banche e le categorie di investitori e di risparmiatori, caratterizzato da nuove aspettative nella fruibilità dei servizi e dei prodotti. Ciò ha condotto, peraltro, alla nascita di attori bancari e finanziari che, pur non rispondendo alle tradizionali logiche d'intermediazione<sup>1</sup>, finiscono con l'influenzare l'intero settore e, dunque, anche l'*agere* dei soggetti specializzati nel *retail banking*.

Inoltre, proprio il settore della banca *retail* ha fatto registrare negli ultimi anni una graduale apertura nei confronti di nuovi *player* favoriti dall'accelerazione tecnologica ed in grado di incidere sull'offerta di credito disponibile sul mercato mediante la realizzazione di metodi alternativi di *credit scoring*; questi ultimi appaiono spesso fondati sull'uso di *big data* e valutazioni sociometriche<sup>2</sup>, con potenziali riflessi anche sul servizio offerto, in termini di diversa valutazione dello *standing* creditizio dei soggetti prenditori di fondi.

E' evidente che la creazione di nuovi spazi di mercato – occupati da potenziali *competitor* della banca tradizionale –, congiuntamente all'individuazione di una molteplicità di servizi alternativi tra loro, finiscono con l'aumentare i momenti di interazione (anche solo telematica) tra operatori specializzati del settore e la clientela al dettaglio la quale, essendo caratterizzata talvolta da scarsi livelli di conoscenza delle materie economico-finanziarie<sup>3</sup>, risulta maggiormente esposta a rischi di *misunderstanding* e/o incompleta comprensione delle informazioni disponibili.

---

**1** Ci si riferisce, in particolar modo alla categoria di operatori digitali (come Apple, Amazon, Enel etc.) che godono di *network* estesi di clientela su scala globale e di infrastrutture tecnologiche in grado di estendere le attività anche nei settori dei servizi finanziari.

**2** Cfr. SIDDIQI, *Intelligent Credit Scoring: Building and Implementing Better Credit Risk Scorecards*, 2017, New Jersey.

**3** Cfr. BANCA D'ITALIA, *I livelli di alfabetizzazione finanziaria della popolazione adulta italiana: l'esperienza della Banca d'Italia*, in *Quaderni di Economia e Finanza*, n. 435, giugno 2019.

Peraltro, agli attori tradizionali si stanno gradualmente affiancando intermediari dalla natura completamente digitale<sup>4</sup>, non a caso denominati *pure digital*, privi di una rete fisica di filiali e tesi a massimizzare i livelli di redditività ed efficienza mediante un diverso approccio al servizio bancario che in alcuni casi può non trovare conferma in una irrobustita consapevolezza dei rischi finanziari in capo alla clientela, specie se rappresentata dalla categoria del piccolo risparmiatore.

Emergono in tal modo nuovi modelli di *business*, fondati sull'integrazione dei nominati canali fisici e digitali, ai quali segue non solo una diversa composizione dei mercati di riferimento, ma anche una maggiore varietà di rischi di natura patrimoniale e finanziaria, alla cui gestione è demandata non solo l'intermediario, ma anche le Autorità di settore<sup>5</sup>.

È presumibile attendersi, peraltro, una diversa incidenza di tali assetti operativi sul tradizionale segmento del contenzioso bancario, in prospettiva sempre più caratterizzato da fattispecie legate proprio alle nuove tecnologie digitali applicate ai sistemi bancari e finanziari. Vengono in considerazione, in particolare, le ipotesi di azioni risarcitorie, ristrutturazioni delle posizioni debitorie, nonché irregolarità contrattuali derivanti dalle nuove politiche di investimento e di finanziamento proposte alla clientela (inesperta) da una variegata molteplicità di operatori, vicini al tradizionale canale bancario, ma da quest'ultimo distinto in virtù di modelli di *business* differenti ed attraenti per il piccolo risparmiatore. Tali soggetti, peraltro, non sono legati alle ordinarie logiche bancarie, risultando in tal modo capaci di fare profitto in modalità diverse dal calcolo del margine di intermediazione creditizia, legate nella maggior parte dei casi a strategie "multisettores" e "multifunzione", anche non direttamente connesse ai servizi offerti al risparmiatore/investitore.

Vi è di fondo un'estensione dell'operatività finanziaria in mercati con livelli maggiori di complessità, nell'ambito dei quali l'azione del regolatore e dell'Autorità deve muoversi verso la ricerca di nuove tecniche di minimizzazione delle asimmetrie informative tra la parte debole e quella forte del rapporto contrattuale, onde - in prospettiva - gestire la conflittualità e meglio orientare gli strumenti propri del contenzioso bancario.

---

<sup>4</sup> Ne sono alcuni esempi di successo la giapponese Jibun Bank, la statunitense Movenbank e, nel mercato italiano, Fineco Bank e Widiba (la banca on-line del Gruppo MPS, lanciata nel settembre 2014).

<sup>5</sup> Cfr. CAPRIGLIONE, SACCO GINEVRI, *Metamorfosi della governance bancaria*, Torino, 2019.

## 2 L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni post-crisi 2008-2009

L'innovazione tecnologica e le relative implicazioni sulla regolazione dell'attività esercitata dagli intermediari creditizi interagiscono con la tematica della "contrattazione bancaria", specie nei suoi riflessi sul mercato e sulla tutela della controparte debole, rappresentata generalmente dal piccolo risparmiatore.

Come già anticipato, di fondo vi è l'interpretazione e risoluzione delle distonie del mercato finanziario, caratterizzato da asimmetrie informative, donde la necessità di attuare linee di correttezza operativa anche in un contesto finanziario caratterizzato da costante mutevolezza; ciò evitando di tenere comportamenti distorti dalla ricerca di una crescente profittabilità che spesso induce gli operatori del settore a non rispettare i requisiti di forma e gli obblighi contrattuali imposti dalla legge per la stipulazione dei contratti.

In tale quadro, il contenzioso bancario appare lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle problematiche comuni legati alla rinegoziazione delle posizioni debitorie, al risarcimento danni per irregolarità contrattuali, nonché per qualsivoglia fenomeno di usura ed anatocismo.

Dal punto di vista tecnico, rientrano in tale categoria le procedure stragiudiziali volte a gestire la conflittualità tra intermediario e clientela di riferimento mediante l'utilizzo di strumenti variegati, tra i quali rilevano i cd. piani di rientro concordato, gli accordi di saldo e stralcio e, più in generale, gli accordi di gestione e consolidamento del debito. Ed invero, l'applicazione di una logica deflattiva del contenzioso giudiziale ha condotto negli ultimi anni ad uno sviluppo crescente dei cd. *Alternative Dispute Resolution* che, secondo autorevole dottrina, agiscono «*simplifying the preliminary investigations, accelerating and concentrating the procedures and searching for solutions based on new and differentiated experiences*»<sup>6</sup>.

In particolare, l'Arbitro bancario e finanziario presso la Banca d'Italia, fin dalla sua costituzione nel 2009, si è reso protagonista di una politica di tutela costante delle controparti deboli della contrattazione di settore, anche affrontando questioni direttamente connesse all'applicazione delle nuove tecnologie nel sistema bancario e finanziario. Ed invero, nel decennio di sua attivazione, l'ABF ha fatto registrare numeri crescenti, a dimostrazione sia dell'attenzione ai principi di trasparenza e correttezza comportamentale, sia - per

---

<sup>6</sup> Cfr. PELLEGRINI, *Alternative Dispute Resolution Systems in Italian Banking and Finance: Evolution and Goals*, in AA.VV., *Italian Banking and Financial Law*, a cura di Siclari, Londra, 2015, p. 132; ID, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2008.

converso - di una maggiore esposizione del risparmiatore a rapporti finanziari di dubbia convenienza ed affidabilità<sup>7</sup>.

Ciò ha condotto anche ad una maggiore consapevolezza da parte del risparmiatore stesso della necessaria tutela che il regolatore, specie a seguito dell'emanazione della legge n. 262/2005, cd. legge sul risparmio, gli ha offerto mediante un'architettura normativa più efficiente del passato; tale tendenza ha evidenziato, peraltro, anche un atteggiamento talvolta eccessivamente aggressivo da parte del cliente bancario che, nelle vesti di cattivo prenditore di fondi in procinto di subire un netto declassamento della propria posizione debitoria, sembra tendere all'utilizzo delle ADR solo per allungare le tempistiche procedurali e l'iscrizione alla Centrale dei Rischi. Non a caso, come rilevato dalla dottrina, l'analisi del rapporto tra accoglimento dei reclami e la situazione debitoria del cliente fornisce al lettore evidenza di una correlazione inversamente proporzionale: al peggiorare della tipologia di debiti vantati dal creditore (generalmente suddivisibili dalla banca in crediti *in bonis* e sofferenze) diminuisce il tasso di accoglimento dei ricorsi da parte dell'ABF, donde l'evidente pretestuosità della "denuncia" da parte del cliente dei malfunzionamenti ovvero delle scorrettezze attribuiti all'intermediario creditizio<sup>8</sup>.

L'evoluzione del contenzioso bancario negli anni successivi alla crisi del 2008-2009 ha posto al centro dell'attenzione, sia del regolatore, sia della dottrina, il rapporto intermediario-cliente e i livelli di trasparenza ad esso connessi; le dispute destinate all'esame dei sistemi alternativi di risoluzione traggono per lo più origine dalla sussistenza di cd. *deficit* comunicativi, ancor più accentuati dalle turbolenze finanziarie che hanno interessato i mercati internazionali<sup>9</sup> a partire dallo scandalo dei noti mutui *subprime* americani<sup>10</sup>. Con particola-

<sup>7</sup> Si veda a titolo esemplificativo, la *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario*, giugno 2018, nell'ambito del quale si evidenziano le principali caratteristiche dei ricorsi presentati, specie in termini di tematiche affrontate e partecipazione della clientela bancaria.

<sup>8</sup> Cfr. COSMA, *La gestione dei reclami nelle banche e l'ABF: nuove evidenze e strategie organizzative*, in *Bancaria*, 2018, n. 6, ove l'A. evidenzia che, al fine di ridurre l'incidenza di tali distorsioni operative, sarebbe auspicabile introdurre misure che aumentino il costo dei comportamenti opportunistici della clientela e riducano, al contempo, l'incidenza di dispute inutili o faziose che ostacolo la capacità delle ADR di comporre conflitti e generare valore relazionale.

<sup>9</sup> Per una valutazione della risposta alla crisi attuata da Germania e Francia, cfr. GUTMANN, *The French Reaction to the Crisis*, in AA.Vv., *Financial Crisis and Single Market*, Roma, 2012, p. 91 ss., ove si mette in evidenza che la crisi del 2008 ha avuto molteplici sviluppi, trasformandosi gradualmente in «*a budgetary crisis, an investment crisis ad a moral crisis*»; cfr. LAMPERT, *The German Reaction to the Crisis*, op. cit., p. 95 ss., ove si sottolinea come «*the German reaction to the crisis included measures to stabilize the banking sector as well as measures to stimulate the depressed economy*».

<sup>10</sup> Per una autorevole riflessione sulle grandi crisi finanziarie dei mercati occidentali, cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi a confronto (1929 e 2009): il caso italiano*, Torino, 2009.

re riferimento all'offerta di nuovi servizi finanziari, la regolamentazione nazionale ed europea ha negli anni individuato molteplici strumenti informativi in grado di migliorare la conoscenza dei prodotti da parte della clientela inesperta, tra i quali rilevano le cd. guide pratiche, i fogli informativi e i documenti di sintesi<sup>11</sup>. Tali indicazioni normative potrebbero, tuttavia, non risultare completamente adeguate al contesto operativo di una parte della soggettività creditizia (si pensi, ad esempio, alle *startup* finanziarie che basano la loro attività su tecnologie innovative e alle varie tipologie di piattaforme di investimento *online*), per la quale gli obblighi informativi imposti dalle Autorità di settore potrebbero non coprire l'intera compagine di comunicazioni necessarie al risparmiatore inesperto per comprendere non solo i rischi finanziari e patrimoniali legati al singolo investimento, ma anche le tecnologie e le strategie dalle quali muove l'offerta presentata dall'intermediario sul mercato.

Di fondo vi è anche il graduale cambiamento nelle politiche operative messe in atto dagli intermediari, i quali si stanno sempre più orientando verso criteri di selezione quantitativi, trascurando talvolta la dimensione personalistica del rapporto ed incrementandone la standardizzazione delle attività, anche nella misurazione del merito creditizio. Il processo valutativo potrebbe dimostrarsi, infatti, non esaustivo, nella misura in cui lo stesso si basi su un set prestabilito di informazioni (riguardanti essenzialmente la situazione patrimoniale e finanziaria dei singoli individui) privo di un sistema di monitoraggio strutturato in grado di produrre un *rating*, esperto ed aggiornato che tenga conto delle variabili di natura qualitativa connesse al progresso tecnologico digitale.

Tale constatazione assume ancor più rilevanza se si considera l'attuale andamento del sistema bancario nazionale, il quale - in un'ottica di armonizzazione con le realtà degli altri Stati membri - tende verso fenomeni aggregativi finalizzati ad accrescere gli assetti dimensionali degli intermediari creditizi, donde un miglioramento del ruolo strategico di questi ultimi in un contesto concorrenziale internazionale.

Ne costituisce un esempio significativo la recente trasformazione del sistema bancario cooperativo italiano che mira ad accrescere i livelli di stabilità sistemica complessiva, nonché a consentire agli appartenenti al settore una migliore capacità di assorbimento degli *shock* di mercato. Il decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18, convertito con legge 8 aprile 2016, n. 49, introducendo gli artt. 37 *bis* e 37

---

**11** Cfr. URBANI, *La «trasparenza» nello svolgimento dell'attività*, in AA.Vv., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di Capriglione, Padova, 2019, p. 525 ss., ove si mette in evidenza che le norme di trasparenza nei mercati europei hanno assunto negli ultimi anni particolare rilevanza, vuoi in termini di maggiore tutela del contraente debole, vuoi con riferimento al mantenimento di adeguati livelli di concorrenza tra gli operatori del settore.

ter del Testo unico bancario, ha radicalmente modificato il contesto operativo delle tradizionali BCC, obbligando queste ultime a mutare la loro storica identità strategica mediante l'adesione ad un nuovo gruppo bancario unico<sup>12</sup>; la Banca d'Italia ha provveduto, per tal via, ad emanare puntuali disposizioni attuative (contenute nella Circolare n. 285 in materia di "Disposizioni di Vigilanza per le banche") che disciplinano il procedimento di costituzione e i requisiti minimi organizzativi della capogruppo, il contenuto del contratto di coesione, le caratteristiche della garanzia in solido, nonché i requisiti di specifici gruppi provinciali.

In tale quadro, la dottrina ha prontamente evidenziato i rischi legati a tale mutamento ordinamentale, nella misura in cui le nuove configurazioni societarie rischiano di mettere a repentaglio significativi aspetti fondanti della cooperazione del credito. Tra questi, rileva certamente la capacità delle BCC di operare a stretto contatto con il territorio (e la clientela) di riferimento, minimizzando l'effetto delle asimmetrie informative nel rapporto banca-cliente (mediante l'identificazione di uno stretto legame di fiducia e affidamento prolungato nel tempo)<sup>13</sup>, con conseguenze positive – dunque – sulla sfera del contenzioso bancario, nonché nell'ambito dei costi di acquisizione e mantenimento della clientela.

L'applicazione delle logiche del gruppo bancario alla cooperazione del credito segna anche una svolta nelle politiche di gestione del rapporto banca-cliente che, nel contesto originario della "banca del territorio", miravano ad evitare la realizzazione di lunghi e complicati contenziosi, diversamente da quanto accade – invece – nelle realtà imprenditoriali di grandi dimensioni, nell'ambito delle quali eventuali problematiche creditizie vengono, il più delle volte, esternalizzate nelle mani di un soggetto terzo – tipicamente una società di recupero credito – che distrugge *ob torto collo* l'originario rapporto fiduciario intercorrente tra il prenditore di fondi e l'intermediario, allontanando gli interessi delle parti e sostituendosi alla banca nell'individuazione di efficienti misure di risoluzione della problematica finanziaria<sup>14</sup>.

**12** Cfr. CAPRIGLIONE, *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, supplemento n. 4, p. 3 ss.

**13** Cfr. CAPRIGLIONE, *La riforma delle BCC al vaglio del nuovo Governo*, in *Diritto bancario*, giugno 2018; SEPE, *Il tramonto delle banche di credito cooperativo*, in *Giustizia civile.com*, 2016, pp. 1-8; PELLEGRINI, *La funzione delle bcc in un mercato in trasformazione. Ipotesi di riforma e specificità operativa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, Supplemento n. 4, p. 62 ss.; LEMMA, *Ancora sulla riforma delle BCC*, in *Riv. dir. banc.*, aprile 2018; ROSANO, *L'applicabilità della nuova disciplina sulle crisi bancarie alle banche di credito cooperativo*, in *federalismi.it*, n. 6, 2017.

**14** Per approfondimenti sulla strumentazione procedurale, cfr. BASSO, *Brevi cenni ad alcuni principi processuali del contenzioso bancario*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 9, p. 30 ss.

### 3 Le fattispecie di contenzioso bancario nell'era della tecnologia digitale

L'innovazione tecnologica pone sicuramente nuove sfide al regolatore bancario e ai connessi criteri ordinatori della contrattualistica di settore. Il rapporto tra erogatori del credito e prenditori dei fondi si fonda, infatti, su nuove tipologie di interazione digitale che hanno indotto il legislatore alla definizione di assetti normativi *ad hoc* (come nel caso dell'*equity crowdfunding*<sup>15</sup>) al fine di supportare lo sviluppo di tale nuove forme di *business*, ma al contempo garantire una efficace e costante tutela delle controparti deboli<sup>16</sup>. Tali considerazioni - in prospettiva - si estenderanno a ricomprendere anche le fattispecie del contenzioso bancario, per le quali la materia del contendere tocca già sempre più spesso aspetti legati al *fintech* e all'utilizzo di canali finanziari digitali<sup>17</sup>.

Come si è anticipato, l'uso del digitale nell'intermediazione creditizia sta generando effetti sulla sfera degli interessi protetti nella fase precontrattuale dalla disciplina sulla "trasparenza", fino a ricomprendere anche la fase contrattuale, nella quale è necessario prendere in considerazione vuoi la funzione della forma scritta volta ad assicurare l'effettività della tutela del cliente disposta dalla normativa speciale, vuoi l'ipotesi normativa di modificazione unilaterale delle condizioni contrattuale (il cd. *ius variandi*).

Con particolare riferimento alla fase contrattuale, risulta interessante l'indagine riguardante l'interazione tra le nuove formule tecnologiche e l'assetto normativo che consente di derogare alla regola della forma scritta, anche con riferimento alle linee di credito cd. *revolving* per le quali le somme prelevate dal cliente devono essere restituite (in base ai piani di rientro) per essere utilizzate successivamente dall'ente creditizio al fine di alimentare la riserva disponibile dell'affidato. A ciò si aggiunga, inoltre, il fenomeno del *marketlending place*, quale strumento innovativo di *peer to peer lending* che sfrutta la tecnologia delle piattaforme finanziarie *online* e consente, in alcuni

<sup>15</sup> Cfr. TROISI, *Crowdfunding e mercato creditizio: profili regolamentari*, in *Contratto e Impresa*, 2014, n. 2, p. 519 ss.; CARATOZZOLO, *La disciplina italiana dell'Equity Crowdfunding: tra incentivazione degli emittenti e tutela degli investitori*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2013, n. 4, p. 256 ss.

<sup>16</sup> Cfr. LEMMA, *Fintech Regulation. Exploring New Challenges of the Capital Markets Union*, in corso di stampa, Springer, Switzerland.

<sup>17</sup> Si vedano, in particolare, le decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario riguardanti l'utilizzo dei sistemi di autenticazione e di utilizzo dei conti correnti (mediante carte di debito e similari) che mostrano come la tecnologia (e i suoi ultimi sviluppi) assumano sempre più un ruolo centrale nell'interazione tra il cliente e la banca.

casi, la realizzazione di rapporti creditizi simili al credito rotatorio<sup>18</sup>.

Dal punto di vista normativo, la necessaria tutela della clientela bancaria e finanziaria – quale principio a fondamento del contenzioso bancario – si esplica mediante il riferimento all'art. 117 TUB, disposizione incentrata sull'ammissibilità della deroga alla forma scritta (e relativa consegna al cliente) nei casi in cui essa sia riconducibile alle previsioni del contratto di conto corrente stipulato per iscritto (al quale il contratto accessorio deve essere funzionalmente collegato); soluzione questa che segna l'arresto dei delicati problemi che, in passato, hanno dato contenuto al dibattito con riguardo alle attività successive alle stipulazioni originarie<sup>19</sup>. Ed invero, la "prospettiva atomistica" sottolineata dalla dottrina con riferimento ai singoli atti di utilizzazione del credito, riscontrabili proprio nei citati contratti *revolving*, conferma la non applicabilità del requisito della forma scritta alle singole interazioni banca-cliente volte a ripristinare la disponibilità finanziaria originaria<sup>20</sup>.

In altri termini, si versa in presenza di fattispecie riconducibili al secondo comma del citato art. 117 TUB, in virtù del quale «il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma», in vista di una semplificazione del cd. «formalismo negoziale»<sup>21</sup> per privilegiare – invece – «le esigenze di celerità e di snellezza del traffico giuridico»<sup>22</sup> che si fonda sull'utilizzo di sistemi digitali e tecnologie in continuo cambiamento.

L'evoluzione operativa in atto ha avuto gradualmente riflessi anche nel settore del contenzioso bancario, nell'ambito del quale – come si è anticipato – le questioni oggetto di controversia hanno inglobato problematiche direttamente legate all'uso da parte degli intermediari creditizi di tecnologie di ultima generazione. Con riferimento ai contratti di credito rotativo, significativa è la posizione assunta dall'ABF nel ritenere nullo il contratto di finanziamento *revolving* allorché la concessione del nuovo prestito sia avvenuta in condizioni diverse da

<sup>18</sup> Ad oggi si contano diverse piattaforme online che funzionano come *marketlending place*, a cui si affidano non solo privati cittadini, ma anche società online in cerca di prodotti di finanziamento da offrire alla propria clientela.

<sup>19</sup> Cfr. DE ANGELIS, *Commento sub art. 117*, in AA.Vv., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2018, p. 1871 ss., ove l'A. evidenzia «la natura aperta della disciplina in esame, atta a ricomprendere non soltanto i tradizionali contratti nominati agli artt. 1834 ss. c.c., ma anche tutte le fattispecie frutto dell'incessante produzione contrattuale, soprattutto atipica, dell'industria finanziaria».

<sup>20</sup> Cfr. DI BRINA, PICARDI, *Il contenzioso bancario*, Milano, 2019, p. 25 ss., ove si sottolineano gli aspetti principali riguardanti le formule di credito rotativo attualmente disponibili nel settore bancario.

<sup>21</sup> Cfr. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, n. I, p. 780.

<sup>22</sup> Cfr. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 1874.

quelle stabilità dal contratto iniziale, versandosi in presenza di un'operazione economica del tutto nuova sul piano sostanziale<sup>23</sup>.

L'effettivo disallineamento tra gli interessi del cliente e quelli dell'intermediario finanziatore emerge ancor più se si considerano i casi di "frode tecnologica", fondata sull'utilizzo del credito rotativo come strumento per l'acquisto telematico, periodico ed inconsapevole, di servizi e beni d'uso comune. In tale contesto, lo strumento tecnologico (alla base di molteplici formule d'acquisto online) può contribuire ad incrementare l'opacità di taluni rapporti contrattuali, specie se sottoscritti da risparmiatori dotati di una scarsa conoscenza finanziaria e digitale<sup>24</sup>.

Analogamente, la tematica dello *ius variandi*, che incide sul dogma della immutabilità del contratto, pone nell'ambito del contenzioso bancario la problematica riguardante la modificabilità dei contratti bancari nel corso della durata dell'erogazione del servizio. Di fondo vi è l'affermazione da parte del regolatore (ex art. 118 t.u.b.) del legame tra il nominato potere di cambiare taluni aspetti del contratto e la riferibilità alle condizioni economiche esistenti al momento della stipula negoziale e, dunque, la necessità di adeguare il contratto alle mutate esigenze del mercato<sup>25</sup>.

Non deve trascurarsi, peraltro, di evidenziare il carattere vessatorio di una clausola siffatta, all'uopo sottolineandosi che dette modifiche non possono essere introdotte *ad nutum*, con ciò volendo ribadire che la modifica unilaterale del contratto necessita di un giustificato motivo da intendere - secondo la specificazione contenuta in una nota Circolare del Ministero dello sviluppo economico del 2007 - come comprensivo degli "eventi di comprovabile effetto sul rapporto bancario"<sup>26</sup>.

Tale affermazione sottende, peraltro, un equilibrato bilanciamento del rapporto tra diritto comune e speciale; ed invero, a fronte di una stretta coerenza con i criteri che contraddistinguono i contratti di durata disciplinati in sede civilistica, la dottrina è al contempo protesa a non sottovalutare, nella definizione del sinallagma funzio-

**23** Si veda, a titolo esemplificativo, la decisione ABF Collegio di Napoli, n. 9474/2015 (nell'ambito della quale il credito *revolving* era stato offerto da un soggetto non rientrante nella categoria di agente in attività finanziaria), nonché le decisioni ABF Collegio di Coordinamento n. 3257/2012, ABF Collegio di Milano n. 650/2012, ABF Collegio di Roma n. 6183/2013. Inoltre, cfr. ABF, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2012, p. 35.

**24** Cfr. CRISCIONE, *Carta di credito con «frode» oltre il plafond: l'importo va restituito*, editoriale pubblicato da *Il Sole 24 Ore*, 12 gennaio 2019.

**25** Cfr. SARTORI, *Commento sub art. 118*, in *Commentario alle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1897, ove l'A. specifica che «la modifica delle condizioni contrattuali deve, infatti, rispettare l'esigenza di adeguamento del rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili *ex ante*».

**26** Cfr. OLIVIERI, *Usi e abusi dello «ius variandi» nei contratti bancari*, in *An. giur. econ.*, n. 1, 2011.

nale del negozio, gli elementi tipicamente proprio di una caratterizzazione in chiave bancaria dei rapporti di cui trattasi<sup>27</sup>.

Ciò chiarisce la ragione per cui il “giustificato motivo” non può essere individuato in termini generici; donde la prospettiva di un’interpretazione, che si potrebbe definire restrittiva della congruità della modifica, circoscritta in un ristretto ambito, del resto condivisa anche dalle nominate decisioni dell’ABF<sup>28</sup>. Anche in tale contesto, ci si attende una crescente incidenza della tecnologia digitale e delle nuove forme di *business* creditizio nelle motivazioni (legittime o meno) che muovono gli intermediari a modificare unilateralmente le condizioni contrattuali che li legano alla clientela di riferimento; ciò anche in considerazione del fatto che il fattore tecnologico e digitale rappresenta oggi un’essenziale variabile di costo per il settore bancario e finanziario, soggetto – peraltro – a continue valutazioni in termini di efficacia ed efficienza<sup>29</sup>.

Nell’ambito del contenzioso bancario specifici interrogativi si pongono, inoltre, anche con riferimento alle problematiche relative all’anatocismo bancario<sup>30</sup> e all’usura, vale a dire il calcolo degli interessi nei contratti di conto corrente (dove la subordinazione dell’anatocismo alla parità delle condizioni contrattuali delle parti) e la caratterizzazione in chiave oggettiva dell’usura, disposta con la nota legge n. 108 del 1996<sup>31</sup>, volta a superare l’originaria quantificazione del compenso, determinato in sede di negoziazione “in modo flessibile, essendo legato all’andamento dei tassi di mercato”. Vengono in considerazione variabili di natura etica, volte ad evidenziare le specifiche responsabilità di quelle banche che, mosse da intenti spregiudicati, pongono in essere comportamenti distorti al mero fine di conseguire una crescente profittabilità, spesso approfittando della posizione di debolezza, dovuta a fattori diversi, della propria clientela.

**27** Cfr. DI BRINA, PICARDI, *op. cit.*, p. 43 ss.

**28** Particolarmente interessante risulta, al riguardo, la decisione dell’ABF, Collegio di Coordinamento, n. 26498 del 12 dicembre 2018, nell’ambito della quale il Collegio tratta la materia dello *jus variandi* negando, nella fattispecie in discussione, la possibilità in capo all’intermediario di modificare unilateralmente il contratto di conto corrente (aumentandone i costi di gestione) adducendo come giustificato motivo l’introduzione di nuovi e più pressanti obblighi finanziari derivanti dalla regolamentazione dell’Unione bancaria europea e, in particolare, dall’istituzione del Fondo Unico di Risoluzione.

**29** Cfr. DERMINE, *Digital Disruption and Bank Lending*, in *European Economy*, 2017, n. 2, p. 63 ss.

**30** Con tale termine si fa riferimento al calcolo degli interessi non solo sul capitale, ma anche sugli interessi scaduti; questi ultimi vengono sommati al capitale, producendo a loro volta interessi e, di conseguenza, un debito maggiore per il soggetto prenditore di fondi.

**31** Inoltre, dal maggio 2011 il limite degli interessi usurari è calcolato aumentando il TEGM di un quarto, cui deve aggiungersi un margine di ulteriori quattro punti percentuali. In tale quadro, la differenza tra il limite e il tasso medio non deve essere superiore a otto punti percentuali. Per approfondimenti tecnici, cfr. DI NAPOLI, *L’usura nel contenzioso bancario*, Milano, 2017.

Ed invero, la questione del cd. tasso soglia appare ancora oggi molto dibattuta, laddove la giurisprudenza e la dottrina si interrogano sulla praticabilità delle politiche di misurazione del costo bancario decise dal regolatore e sulla garanzia di tutela degli interessi del risparmiatore<sup>32</sup>. In termini di contenzioso bancario, la questione è altrettanto rilevante e le decisioni in materia coprono da diversi anni una buona parte delle attività stragiudiziali poste in essere dai Collegi dell'Arbitro Bancario e Finanziario<sup>33</sup>.

Infine, ulteriori interrogativi si pongono con riferimento ai contenziosi in materia di "abusiva concessione del credito", specie se quest'ultima incide sulle fasi di ristrutturazione dei crediti delle imprese in crisi. Com'è noto, la responsabilità della banca che abusi del proprio potere di concedere il credito identifica un comportamento improprio che, ad avviso della Cassazione<sup>34</sup>, può concretare nei confronti dei terzi una colpa extracontrattuale a causa dell'affidamento nei medesimi generato da un finanziamento che determina una situazione di apparente solvibilità; in tal modo la banca ritarda la manifestazione di una "irreversibile manifestazione di dissesto" pregiudicando gli interessi dei creditori dell'impresa sovvenzionata, anche (e forse con particolare incidenza) nei settori di produzione di beni e servizi ad alto valore tecnologico.

Sicché si è in presenza di condotte che spesso rendono l'ente finanziatore arbitro delle sorti future delle imprese finanziate; l'intenso potere negoziale della banca si avvale del bisogno di credito del cliente, indotto a rispettare un preciso piano gestionale imposto dall'ente finanziatore per conseguire propri interessi. Ancora una volta si individua un percorso anomalo dell'*agere* bancario che, orientandosi all'eterodirezione del soggetto prenditore del credito, si sostanzia in una posizione dominante attuata in violazione dei principi fondanti della regolazione speciale.

Alla luce di quanto precede, è necessario interrogarsi su quali possano essere le implicazioni sulle tematiche analizzate rivendenti dai cambiamenti recati dalla recente regolazione post-crisi che ha

---

**32** Cfr. PETRELLA, RESTI, *Usura bancaria: i rischi di un'applicazione paradossale e fuorviante della legge*, in *Banca, impr. soc.*, 2017, p. 123 ss.; CIAN, *Costo del credito bancario e usura. Ancora sulle commissioni bancarie, sullo ius variandi e sull'azzeramento del tasso oltre soglia*, in *Obblig. e contr.*, 2012, p. 655 ss.

**33** Per approfondimenti sulle decisioni in tema di usura, cfr. BANCA D'ITALIA, *Relazione sull'attività dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, 2017.

**34** Si veda, nello specifico, la sentenza n. 11695, del 14 maggio 2018, della Cassazione Civile, sez. I, ove si sottolinea che «in materia di concessione abusiva del credito, sussiste la responsabilità della banca, che finanzia un'impresa insolvente e ne ritardi perciò il fallimento, nei confronti dei terzi, che in ragione di ciò abbiano confidato nella sua solvibilità ed abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa allorché sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa».

modificato in maniera significativa la previgente disciplina speciale e, in particolare, la normativa riguardante la gestione delle crisi bancarie. È noto, infatti, che detta regolazione incide sotto molteplici aspetti sulla stessa nozione di “concorrenza”, intesa come fattore d'integrazione del mercato: al riguardo rileva la promozione di impulsi all'incremento dei rapporti negoziali, all'espulsione dal mercato dei soggetti incapaci di operare correttamente in esso, al governo delle innovazioni tecnologiche utilizzate nella ricerca di nuove forme operative finalizzate a superare, in nuove modalità, le asimmetrie informative che impediscono una paritaria gara competitiva.

In tale contesto, è necessario assicurare sempre la responsabilità degli intermediari creditizi e, come già sottolineato, assicurare un *agere* di questi ultimi conforme alla sana e prudente gestione. Le nuove regole di certo incidono sulla costituzione e circolazione di libertà imprenditoriale che, sulla base di un procedimento euristico, si consegue quando le imprese sono autonome nel definire le scelte operative da opporre agli altri agenti economici; donde la sopravvivenza della funzione essenziale dell'accordo e delle sue modalità di conclusione.

#### 4 Conclusioni

Dalle considerazioni che precedono si evince come, nel giro di pochi anni, il livello di tecnologia applicato al *retail banking* sia completamente mutato, orientando il rapporto banca-cliente verso una interazione sempre più efficiente e multifunzione. Ne discende la considerazione in base alla quale l'uso del digitale segna il passaggio da una “clientela condizionata” (dal rapporto diretto con l'intermediario bancario fisico) ad una “clientela autonoma” e supportata dalla tecnologia nel rapporto con la finanza e il mercato bancario. E' evidente che tale trasformazione debba essere necessariamente supportata da un'azione costante da parte delle Autorità di settore volta ad incrementare i livelli di “educazione finanziaria” tra i destinatari delle attività bancarie e finanziarie.

Atteso che il *fintech* e gli ordinari canali bancari sono destinati a convivere in maniera efficiente e duratura sui mercati europei, è necessario - dunque - un graduale adattamento alle nuove *expertise* da parte dell'intero ecosistema degli appartenenti al settore, degli organismi di vigilanza e delle diverse categorie (professionali e *retail*) di risparmiatori e di investitori; questi ultimi dovranno, in altri termini, acquisire maggiore consapevolezza della complessità del mondo finanziario digitale, anche in virtù di un potenziale incremento del ricorso al contenzioso bancario come strumento di gestione di eventuali conflitti connessi ai nuovi modelli operativi.

Dal punto di vista del contenzioso, d'altronde, non è facile prevedere la futura incidenza del settore *fintech* sui livelli di litigiosità or-

dinari; tuttavia, nel caso di una repentina crescita delle fattispecie legate all'attività di intermediari caratterizzati da un alto livello di digitalizzazione, non va sottaciuto il rischio che gli stessi non siano ancora preparati a sostenere costi (organizzativi e gestionali) di portata maggiore rispetto a quanto inizialmente preventivato. Anche in tale occasione, l'operatività degli organismi stragiudiziali, come il più volte nominato ABF, assumerà un ruolo di cruciale rilevanza, in virtù sia delle contenute tempistiche di risoluzione dei conflitti, sia nella loro veste di organi votati all'identificazione di forme di «compensazione sociale»<sup>35</sup> tra le diverse categorie di attori economici coinvolti in controversie di natura finanziaria e bancaria.

---

**35** Cfr. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, cit., p. 316, ove l'A. evidenzia come «la vessatorietà del sinallagma contrattuale e tutte le altre cause di alterazione del rapporto negoziale [...] si riflettono, comunque, sulla formazione del «giudizio di responsabilità» a carico degli intermediari, ponendosi a fondamento di un indirizzo giurisprudenziale che appare talora preordinato alla realizzazione di forme di «compensazione sociale» più che alla reintegrazione di diritti violati».

---

# I (primi) centocinquanta anni del Diritto dell'economia a Ca' Foscari

Giuliana Martina

Professore associato di Diritto commerciale nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

**Abstract** The Association of Economic Law Professors has organized its fourth annual conference on “Economics’ places. Sovereignty dimensions” in Venice on 29 and 30 November 2018 to celebrate the 150th anniversary of Ca' Foscari University of Venice, where Economic Law studies keep being carried out successfully.

**Keywords** Economic law. Ca' Foscari University.



**Edizioni**  
Ca' Foscari

## Open access

© 2019 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Martina, Giuliana (2019). “I (primi) centocinquanta anni del Diritto dell'economia a Ca' Foscari. *Ricerche giuridiche*, 8(1), 89-92.

Il quarto convegno annuale *I luoghi dell'economia. Le dimensioni della sovranità* è stato organizzato dall'Associazione dei docenti di Diritto dell'economia a Venezia il 29 e il 30 novembre 2018 nell'ambito delle iniziative promosse dal Dipartimento di Economia dell'Università Ca' Foscari per festeggiare i centocinquanta anni dell'Ateneo. La scelta della sede, pertanto, non è stata casuale: Ca' Foscari, infatti, è luogo deputato allo studio dell'economia e del commercio sin dal lontano 1868, anno di fondazione della Regia Scuola Superiore di Commercio, che avviò i suoi corsi nel mese di dicembre, risultando la prima in Italia e la seconda in Europa dopo l'Istituto Superiore di Commercio di Anversa, ideato nel 1847 ma aperto sei anni dopo, nel 1853.

È noto che alla nascita a Venezia della Scuola Superiore di Commercio dette un importante contributo anche Luigi Luzzatti il quale, alcuni anni prima, aveva dato alle stampe il volume *La diffusione del credito e le banche popolari* (Padova, 1863) in cui, come si legge nel Dizionario Biografico degli Italiani della Treccani, egli «propugnava la funzione sociale del credito, facendo confluire in un originale *mixtum compositum* esigenza di risparmio volontario e offerta di capitali a basso costo, accumulazione finanziaria e attenuazione del rischio, lotta all'usura e prospettive di sviluppo», ed inoltre introduceva «il principio della responsabilità limitata al posto di quella illimitata, insistendo pure sul voto capitarario, sui bassi tassi d'interesse, sul potenziamento delle riserve, sul frazionamento degli impieghi per settore e per destinatari»: tutti temi, per gli studiosi del Diritto dell'economia, di strettissima attualità, e in Veneto particolarmente avvertiti per le note vicende che hanno riguardato due tra le più importanti banche popolari.

Scrivono lo storico veneziano Marino Berengo nel saggio intitolato *Fondazione della Scuola Superiore di Commercio di Venezia* (Venezia, 1989), che Luzzatti maturò l'idea «di costituire a Venezia un polo corrispondente a quello che cinque anni prima il ministro Carlo Matteucci aveva creato a Pisa per le Lettere e le Scienze fisiche, matematiche e naturali; a riempire il vuoto dell'economia e del commercio si doveva ora provvedere così».

E sin dai suoi primi, ma non incerti passi, la Scuola Superiore veneziana, all'epoca diretta dall'economista Francesco Ferrara, rivelò una peculiare attenzione verso gli studi giuridici, almeno verso quelli ritenuti condivisibilmente necessari alla formazione di un economista a tutto tondo, com'è provato dall'attivazione già nel 1871 degli insegnamenti di Istituzioni di diritto civile, di Diritto commerciale (così declinato: generale, cambiario, marittimo) e di Diritto industriale.

Non è questa la sede per ripercorrere le tante e fondamentali impronte lasciate dai giuristi che si sono avvicendati in centocinquanta anni di storia accademica veneziana. Tuttavia, non può farsi a meno di ricordare alcune figure: Feliciano Benvenuti, unico giuri-

sta - almeno sin qui - assurto agli onori del Rettorato nel decennio 1974-1983 - Francesco Carnelutti e Tullio Ascarelli, negli anni venti del secolo scorso incaricati rispettivamente di Procedura civile e di Diritto commerciale, Walter Bigiavi, negli anni trenta incaricato prima, straordinario e ordinario poi di Diritto commerciale, successivamente incaricato di Diritto del lavoro, e poi Alberto Trabucchi (Diritto civile e privato), Arturo Dalmartello (Diritto commerciale), Giorgio Oppo (Diritto della navigazione), Anteo Genovese (Diritto privato e Diritto commerciale), Guido Rossi (Diritto commerciale), Agostino Gambino e Giulio Partesotti, che di Bigiavi era stato allievo nella scuola bolognese.

E si deve proprio a Giulio Partesotti - il quale ha dedicato tante delle sue energie di studioso al diritto cartolare e al diritto delle assicurazioni - la scelta di conferire nella sede di Ca' Foscari autonomia didattica a taluni dei filoni di ricerca che oggi si inseriscono a pieno titolo nel settore scientifico disciplinare del Diritto dell'economia: così è stato innanzitutto per la Legislazione bancaria, il cui insegnamento risulta impartito a Ca' Foscari sin dalla metà degli anni settanta del secolo scorso, per il Diritto del mercato finanziario, nonché per il Diritto delle assicurazioni; insegnamenti assegnati, quando non impartiti dallo stesso Giulio Partesotti, a studiosi che, pur nella varietà di provenienza geografica o accademica, sono accomunati dalla spiccata sensibilità verso i tre ordinamenti settoriali a cui, in particolare, attengono gli studi relativi alla regolamentazione delle attività economiche i quali - secondo l'attuale declaratoria ministeriale relativa al settore scientifico disciplinare IUS/05 - sono volti ad approfondirne i profili sia pubblicistici sia privatistici.

Grazie a tali insegnamenti, generazioni di studenti cafoscarini, innanzi tutto gli studenti immatricolati al corso di laurea magistrale in Economia e finanza, hanno raggiunto e seguitano a raggiungere una solida preparazione giuridica che si somma a quella maturata nel triennio anche in virtù dell'insegnamento di Diritto bancario. Ai corsi poc'anzi ricordati altri si sono aggiunti negli anni, in particolare a seguito dell'allargamento degli orizzonti spaziali dei mercati *lato sensu* finanziari e della loro dimensione sempre più sovranazionale, ma anche dell'attivazione nei corsi di laurea di *curricula* in lingua inglese.

Al tempo stesso - e come naturale conseguenza delle esigenze che si ponevano con l'inserimento nei corsi di studio di materie giuridiche sempre più orientate all'approfondimento della regolamentazione delle attività economiche - si è assistito a Ca' Foscari nell'ultimo decennio all'incremento del novero dei settori scientifico-disciplinari oggi raggruppati nell'Area 12 con la scelta di incardinare alcuni colleghi nello IUS/05 dapprima nell'ambito della Facoltà di Economia e, dopo la soppressione delle Facoltà in attuazione della cosiddetta legge Gelmini, nel Dipartimento di Economia. Ma il Diritto dell'eco-

nomia ha trovato una sua naturale sede altresì nel Dottorato di ricerca in “Diritto, mercato e persona” (già “Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro”), una fucina di giuristi in erba che, soprattutto nei periodi di internazionalizzazione, aprono a nuove prospettive di indagine le proprie ricerche ed arricchiscono il personale bagaglio culturale attraverso la contaminazione delle idee e l'incrocio dei saperi.

Dunque, Ca' Foscari e l'Aula Magna nella quale le diverse sessioni dei lavori si sono svolte, intitolata a Silvio Trentin – altro insigne e fine giurista cafoscarino, pubblicitista – hanno rappresentato il luogo ideale in cui ospitare il quarto convegno annuale dell'Associazione dei docenti di Diritto dell'economia che – come già ricordato – si è voluto dedicare ai luoghi dell'economia e alle dimensioni della sovranità, esattamente centocinquanta anni dopo la fondazione di un Ateneo votato sin dal suo esordio alle scienze economiche, e allo studio del diritto nel *proprium* di tale contesto.

Merita aggiungere, infine, che le diverse questioni portate ad emersione e le molteplici suggestioni suscitate sia dai relatori sia dagli interventori hanno reso il convegno veneziano un'occasione irripetibile per i cultori di una materia che, anche in ragione della sua complessità, è in continuo divenire.

## Papers



# La destinazione *post mortale* dei dati raccolti dal titolare del trattamento

Fabio Trolli

Dottorando di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

**Abstract** The absence of rules in case of data controller's death, in the recent regulation on data protection, points out the necessity to examine this circumstance on the basis of the regulatory principles governing data processing operations and inheritance law. The outcome of the analysis is that, considering the data controller's irreplaceable obligations, there is no exception to the ordinary inheritance rules, and the heirs shall not succeed in the data controller's duties, but will only respond, eventually, for his lack of diligence.

**Keywords** Succession *mortis causa*. Holder of the treatment. GDPR. Personal data.

**Sommario** 1. Il problema della successione a causa di morte del titolare del trattamento dei dati personali. – 2. I còmpiti del titolare del trattamento dei dati e la loro trasmissibilità *mortis causa*. – 3. Il subentro degli eredi nella posizione contrattuale o nella attività del defunto. – 4. La posizione giuridica degli eredi nella conservazione dei dati raccolti dal defunto. – 5. Misure di *accountability* e sorte *post mortale* dei dati raccolti dal titolare del trattamento. – 6. Sintesi dell'analisi e considerazioni conclusive.



Edizioni  
Ca' Foscari

## Open access

© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Trolli, Fabio (2019). "La destinazione *post mortale* dei dati raccolti dal titolare del trattamento". *Ricerche giuridiche*, 7(1), 95-118.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/005

## 1 Il problema della successione a causa di morte del titolare del trattamento dei dati personali

Il contributo prende le mosse dall'assenza, nell'attuale normativa, di una disposizione che consideri le conseguenze del decesso del titolare del trattamento<sup>1</sup>, in quanto il legislatore ha solamente disciplinato l'accesso ai dati a seguito della morte dell'interessato (art. 2 *terdecies*, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)<sup>2</sup>.

La mancanza di una regola espressa, volta a regolare questi effetti successori, richiede uno sforzo di coordinazione all'interprete, il quale è chiamato a considerare il sistema delle regole che disciplinano il fenomeno del trattamento dei dati personali a fianco dei tradizionali principi del diritto ereditario.

A tal proposito, fra le conseguenze che possono scaturire dalla morte del titolare del trattamento, risulta evidente che, da un lato, la semplice distruzione dei dati potrebbe essere contraria agli interessi del soggetto cui appartengono e, dall'altro lato, il subentro del successore non dovrebbe pregiudicare l'interessato, il quale deve essere pòsto in grado di accedervi per esercitare i propri diritti<sup>3</sup>.

Muovendo dalla recente evoluzione del sistema, è noto che l'emergenza della protezione dei dati personali abbia segnato un punto di

**1** Vista l'ampia definizione che viene offerta del titolare del trattamento ed i còmpiti ad esso assegnati dalla regolamentazione, questa problematica può interessare il decesso di numerosi soggetti, specie i professionisti, quali medici, avvocati, commercialisti, che trattano dati, per lo più sensibili, di clienti, ovvero titolari di imprese individuali.

**2** Su cui si è già svolta la riflessione della dottrina; si v. CINQUE, *La successione nel "patrimonio digitale": prime considerazioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 645 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *La successione nei dati personali e nei beni digitali*, nota a TAR Sardegna, 18 febbraio 2013, in *Riv. giur. sarda*, p. 433 ss.; MAGNANI, *L'eredità digitale*, in *Notariato*, 2014, p. 519 ss.; CRISTIANI, *Il diritto alla protezione dei dati personali oltre la vita nell'era digitale*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 2031 ss.; CAMARDI, *L'eredità digitale. Tra reale e virtuale*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 65 ss.; MARINO, *La «successione digitale»*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 167 ss.; SASSO, *Privacy post-mortem e "successione digitale"*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 553 ss.; RESTA, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 85 ss. Sia consentito, inoltre, un richiamo a TROLLI, *La successione mortis causa nei dati personali del defunto e i limiti al loro trattamento*, in *Jus civile*, 2019, p. 313 ss.

**3** Ciò trovava conferma nella previgente disposizione dell'art. 16 cod. *privacy*, il cui testo dettava che «In caso di cessazione, per qualsiasi causa, di un trattamento i dati sono: a) distrutti; b) ceduti ad altro titolare, purché destinati ad un trattamento in termini compatibili agli scopi per i quali i dati sono raccolti; c) conservati per fini esclusivamente personali e non destinati ad una comunicazione sistematica o alla diffusione; d) conservati o ceduti ad altro titolare, per scopi storici, statistici o scientifici, in conformità alla legge, ai regolamenti, alla normativa comunitaria e ai codici di deontologia e di buona condotta sottoscritti ai sensi dell'articolo 12». Oggi l'articolo risulta abrogato in ragione di una nuova prospettiva da cui muove il legislatore comunitario, che vuole anticipare la tutela dell'interessato al momento di predisposizione del trattamento dei dati personali, su cui si tornerà più diffusamente *infra*.

svolta nella tutela giuridica della persona, e la necessità di offrire delle adeguate regole alla fenomenologia del «dato personale» abbia condotto alla disciplina da ultimo concretizzatasi nella recente emanazione del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, che ha oltretutto richiesto l'adattamento del già vigente d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

La pervasività delle regole poste a tutela dei dati personali<sup>4</sup>, oltre alla loro provenienza comunitaria, a ben vedere, comporta una certa difficoltà ad inquadrare, con sicurezza, questo insieme di norme nelle categorie tradizionali note alla scienza giuridica, specialmente civilistica<sup>5</sup>; si richiede un maggiore sforzo di sistemazione concettuale per quegli istituti che risultano inediti agli ordinamenti domestici. Ciò pone, al contempo, problemi di disciplina e di metodo. Occorre chiarire che nella presente sede ci si vuole concentrare maggiormente sulle questioni pratiche, lasciando gli aspetti teorici, peraltro di assoluta rilevanza, alle poche considerazioni che vengono svolte in apertura e chiusura del ragionamento.

Gli interpreti, dinanzi a siffatto panorama normativo, non hanno esitato a far dialogare la disciplina sui dati personali non solo con quei settori che beneficiano di speciali disposizioni<sup>6</sup>, bensì anche con tutti gli altri ambiti giusprivatistici che vengono toccati dalla nuova regolamentazione, quali, a titolo di esempio, il diritto dei contratti<sup>7</sup>, specie quelli stipulati da consumatori<sup>8</sup>, la famiglia<sup>9</sup>, il diritto del-

<sup>4</sup> CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto, Torino, 2019, p. 12.

<sup>5</sup> Non ostante apprezzabili tentativi, cfr., a titolo di esempio, OLIVO, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 157 ss.; IULIANI, *Note minime in tema di trattamento di dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, *passim*, spec. p. 316 ss.

<sup>6</sup> Si rimanda alle norme della Parte Seconda del Codice *privacy*, specialmente ai Titoli IV e seguenti. In dottrina, GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 165 ss.

<sup>7</sup> D'altronde, lo stesso legislatore comunitario sembra orientato in tal senso, laddove con la recente Direttiva (UE) 2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, richiede, all'art. 3, la salvaguardia delle regole contenute nel Reg. (UE) 2016/679. V., per tutti, CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Gius. civ.*, 2019, p. 499 ss.

<sup>8</sup> V., a titolo di esempio, GUGGIOLI, *Tutela della privacy e consumatore*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 263 ss.

<sup>9</sup> Valga il rapporto fra *privacy* ed il diritto di autodeterminazione del minore, su cui v. IRTI, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Gius. civ.*, 2019, p. 617 ss.; CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Jus Civile*, 2018, p. 831 ss.; NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inform.*, 2018, p. 27 ss.

la proprietà intellettuale<sup>10</sup>, non esente il diritto delle successioni a causa di morte.

Ciò è consentito dalla tecnica normativa nella regolazione sulla *privacy*, che presenta, almeno, due peculiarità: da un lato, la enunciazione, a fianco di pur numerose disposizioni precettive<sup>11</sup>, di norme di principio<sup>12</sup>; dall'altro lato, è del tutto inedita la modalità di recepimento, o meglio adattamento, del Reg. UE 2016/679, che oggi si trova a convivere con la versione aggiornata del così detto Codice *privacy* grazie all'emanazione del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, e ciò ha permesso, al legislatore domestico, di poter intervenire regolando fattispecie inerenti a delle materie escluse, in origine, dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria<sup>13</sup>.

Non si negano le affermazioni di chi ritiene che il così detto Codice *privacy*, assieme alla disciplina del Reg. UE 2016/679, si caratterizzi «per una spiccata vocazione ordinamentale»<sup>14</sup>, non di meno proprio la pervasività del fenomeno dei dati personali comporta la necessità di ricercare una soluzione che trovi giustificazione nel sistema.

A tali caratteristiche, completando il quadro di riferimento, occorre aggiungere la consapevolezza della incompletezza del (mero) dato normativo a governare uno spazio, quello animato dalla tecnologia, che vive di regole fortemente condizionate dalla tecnica<sup>15</sup>, nonché la presenza di una serie di tutele che solo parzialmente possono essere ricondotte nel campo del diritto privato<sup>16</sup>.

**10** MONTALDO, *Il ritratto fotografico digitale tra diritto d'autore, diritti della persona e tutela della privacy*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2369 ss.

**11** Cfr., sul punto, CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impresa*, 2018, p. 1115.

**12** Discorre di un «regolamento "ontologicamente" flessibile», PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, II, *Il Regolamento europeo 2016/679*, Torino, 2016, *passim*, spec. pp. 43 e 46. Cfr., altresì, sul punto PAGALLO, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. inform.*, 2009, p. 708 ss.

**13** CUFFARO, *Quel che resta di un codice: il D.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento al codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1181 ss.; TOSI, *Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo Codice privacy*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, pp. 16 ss.; FACCIOLO, CASSARO, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *Dir. ind.*, 2018, p. 561.

**14** CALZOLAIO, s.v. *Protezione dei dati personali (dir. pubbl.)* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, p. 615, il quale conferma che «il codice rappresenta l'ordinamento della protezione dei dati personali in Italia».

**15** Detta altrimenti, l'approccio deve essere necessariamente integrato fra scienza, tecnica e normativa, e il diritto incide sulla architettura *hardware* e *software*, così CALZOLAIO, *op. cit.*, p. 611.

**16** BERLINGÒ, *Il fenomeno della datafication e la sua giuridicizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 656; CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., p. 1119; RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. informatica*, 2007, p. 551;

L'indagine, circoscritto il problema e ricostruito brevemente il contesto ordinamentale, non potrà che prendere le mosse dalla natura e dai compiti del titolare del trattamento, per poi proseguire alla ricerca dei principi che il Reg. UE 2016/679 detta per il trattamento dei dati personali: essi saranno da valutare, quindi, alla luce del sistema delle regole sulla successione per causa di morte, con riferimento alle ipotesi in cui l'erede subentri, o meno, nella posizione del *de cuius*, considerando, a tal proposito, l'attività posta in essere dal titolare.

## 2 I compiti del titolare del trattamento dei dati e la loro trasmissibilità *mortis causa*

La figura del titolare del trattamento riveste una posizione di assoluta centralità nella disciplina sulla *privacy*: l'importanza dei suoi compiti viene riconosciuta sin dalla prima regolamentazione sui dati personali, anche se viene a mutare il ruolo che assume alla luce del recente intervento del legislatore eurounitario.

Volgendo lo sguardo subito alla attuale disciplina, il titolare del trattamento, come è noto, è la persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che singolarmente o assieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali (art. 4, n. 7, Reg. UE 2016/679)<sup>17</sup>.

Codesta nozione è volutamente ampia, ed abbraccia ogni situazione in cui un soggetto si ritrovi a trattare i dati della persona, secondo la definizione offerta dall'art. 4, n. 2, Reg. UE 2016/679, con l'eccezione dell'esclusione della disciplina per quelle informazioni inerenti alla sfera personale e domestica (art. 2, par. 2, lett. c), Reg. UE 2016/679). Essa esprime una posizione di garanzia che difficilmente può essere ridotta a una categorizzazione dogmatica, in quanto è una diretta manifesta-

---

BOCCHINI, *La legge 675 e la tutela amministrativa dei diritti della persona umana*, in *Riv. not.*, 1998, p. 141 ss. Altresì, l'opinione di VETTORI, *Privacy e diritti dell'interessato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, pp. 899-900, a detta del quale, con riferimento alla previgente disciplina, ci si trova dinanzi a disposizioni che unificano il trattamento e la competenza giurisdizionale delle situazioni di diritto o di interesse nei confronti di un potere privato o pubblico.

<sup>17</sup> BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del data protection officer*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 125; D'OTTAVIO, *Ruoli e funzioni privacy principali ai sensi del Regolamento*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di Panetta, Milano, 2019, pp. 148-149; PELINO, *I soggetti del trattamento*, in *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Bolognini, Pelino e Bistolfi, Milano, 2018, pp. 128-129.

zione della prospettiva funzionale da cui muove il legislatore europeo<sup>18</sup>.

Qualora si volesse tentare di sistemare concettualmente il ruolo del titolare del trattamento, si potrebbe notare la vicinanza dei suoi compiti con la categoria dell'ufficio di diritto privato, che è stato definito, con felice sintesi, come la posizione giuridica soggettiva attiva in cui il titolare svolge una attività che si sostanzia «nell'espletamento di una funzione, cioè di una attività che costui, in virtù di un interesse proprio alla cura interessi altrui, ha il potere ed il dovere di porre in essere»<sup>19</sup>.

Rispetto all'attività posta in essere dal titolare del trattamento dei dati, l'inedita circostanza delle riconosciute possibilità del trasferimento, impiego, utilizzo, finanche commercializzazione dei dati personali<sup>20</sup>, impedisce di poter riconoscere in capo a questi un mero potere rappresentativo avente ad oggetto la cura di un interesse (solamente) dell'interessato, dovendosi piuttosto ammettere che questi debba perseguire i propri fini compatibilmente con la tutela dei dati raccolti<sup>21</sup>.

Accennata la questione sulla qualificazione giuridica del ruolo, prendendo le mosse dalla nozione di titolare del trattamento di cui all'art. 4, n. 7, Reg. UE 2016/679, può svolgersi una prima considerazione in ordine alla situazione in cui si ritrova l'erede di questi, allorché, col decesso del titolare, entri in contatto con i dati personali raccolti al fine del trattamento. Infatti, la definizione del regolamento sposta l'attenzione sul momento finalistico, cioè sulla decisione in ordine ai fini ed ai mezzi del trattamento.

Nel contesto della regolazione comunitaria l'accento non è posto sui divieti in capo al titolare del trattamento, bensì sulle particola-

**18** Espressamente, PANETTA, *Privacy is not Dead: It's Hiring!*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di Panetta, Milano, 2019, p. 18; altresì, CASTELLANETA, *L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente*, in *Notariato*, 2018, p. 263.

**19** Ponendosi l'accento, allora, su ragioni di carattere pubblicistico, che connotano un ruolo oggettivamente orientato alla tutela di interessi in conflitto. Cfr., almeno, CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974, *passim*, spec. p. 151 ss.; MACIOCE, *Ufficio (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 667. Già, AUR. CANDIAN, *Del c.d. «ufficio privato» e, in particolare, dell'esecutore testamentario*, in *Tem*, 1952, p. 379 ss.

**20** Lo stesso art. 1 Reg. UE 2016/679 richiama la necessità di regolare il fenomeno della circolazione dei dati, quale circostanza di assoluta novità nella disciplina comunitaria.

**21** Giova riportare l'opinione di N. BRUTTI, *op. cit.*, p. 126, a mente del quale il titolare del trattamento rappresenta un centro di imputazione di alcune situazioni di diritto, ma anche di obbligo, inerenti al trattamento dei dati personali altrui. Altresì, FARACE, *Privacy by design e privacy by default*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 490, per il quale i caratteri essenziali della figura sono la necessità e l'autonomia.

ri cautele a questi imposte nel gestire i dati personali, frapponendo, a norme di principio, regole di dettaglio<sup>22</sup>. È bene muovere da queste ultime, lasciando le considerazioni sui principi ad un secondo momento della trattazione<sup>23</sup>.

Allora, giova ricordare che il titolare del trattamento deve tenere il registro del trattamento dei dati (art. 30 Reg. UE 2016/679); attuare, nei casi previsti dalla legge, la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati personali (art. 35); notificare al Garante una violazione ai dati raccolti (art. 33) ovvero provvedere alla notifica allo stesso interessato (art. 34).

La questione, allora, è se questi obblighi passino agli eredi del titolare e la risposta merita di essere ricercata distinguendo differenti ipotesi in cui può esserci un trattamento dei dati, vale a dire ove questo avvenga nello svolgimento dell'attività di impresa o professionale, ovvero nel caso siano ceduti in esecuzione di un rapporto contrattuale di cui il defunto era parte, essendo funzionali all'adempimento ed all'esecuzione degli obblighi negoziali.

Sarà oggetto di particolare attenzione, in seguito, l'ipotesi in cui l'erede non subentri nel trattamento dei dati, ma si ritrovi nella loro disponibilità materiale.

### 3 Il subentro degli eredi nella posizione contrattuale o nella attività del defunto

Soffermandosi sull'ipotesi in cui il rapporto contrattuale, al quale accedono i dati ceduti, di cui era parte il precedente titolare, permanga in capo all'erede<sup>24</sup>, la questione coinvolge, a ben vedere, non solamente la successione a titolo universale, bensì anche quella a titolo particolare, quale, ad esempio, la disposizione del contratto mediante legato<sup>25</sup>, ovvero la cessione del contratto, di cui agli artt. 1406 ss. c.c., inscrivendo-

<sup>22</sup> FARACE, *op. cit.*, p. 493; IULIANI, *op. cit.*, p. 305 ss.

<sup>23</sup> *Infra*, par. 5.

<sup>24</sup> La circostanza, come noto, dipende dalla natura del rapporto contrattuale, su cui v., almeno, BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*<sup>9</sup>, Torino, 2018, p. 17; CASTELLANO, *La successione per causa di morte*, in *Successioni e donazioni*, a cura di Fava, Milano, 2017, p. 44; CACCAVALE, *Contratto e successioni*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, p. 605 ss.

<sup>25</sup> Precisamente, il legato di posizione contrattuale, su cui v. BONILINI, *Dei legati*<sup>2</sup>, sub. art. 649, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2006, p. 142 ss.; altresì, cfr. PADOVINI, *Le posizioni contrattuali*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 528; TATARANO, *Il testamento*, Napoli, 2002, p. 456; GRADASSI, *Clausole testamentarie in tema di legato di posizione contrattuale*, in *Riv. not.*, 1999, p. 43 ss.

si nella più ampia problematica della circolazione dei dati personali<sup>26</sup>.

A tal proposito, può senz'altro soccorrere quella giurisprudenza del Garante della *privacy* che, con riferimento alla previgente disciplina, aveva avuto occasione di chiarire come la cessione del ramo di azienda comporti effetti civilistici non solamente sulla titolarità dei beni e dei rapporti giuridici, ma anche sulla titolarità del trattamento dei dati personali.

Conseguentemente, subentrando l'acquirente per legge nella stessa posizione dell'alienante, l'Autorità affermava che questo trasferimento non necessitasse di alcun consenso, perché il trattamento sarebbe stato giustificato dalla base giuridica di cui all'art. 24, co. 1, lett. b), del cod. *privacy*, mentre permaneva l'obbligo di informativa, contenuto nell'art. 13 del medesimo, salvo le eccezioni previste dalla disciplina<sup>27</sup>.

Il Garante della *privacy* pone l'accento sulla continuità nella stessa posizione giuridica soggettiva a seguito della trasmissione dell'azienda, e le conclusioni che raggiunge non dovrebbero mutare rispetto alle differenti fattispecie della cessione del contratto<sup>28</sup>, di quella dell'intera azienda<sup>29</sup>, del legato di rapporto contrattuale o della successione universale a causa di morte: queste sono tutte agevolmente riconducibili all'ampio concetto di successione, quale categoria

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, RESTA, *Diritti della personalità e autonomia contrattuale*, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*<sup>2</sup>, a cura di Alpa e Resta, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2019, p. 543 ss.; Id., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, p. 323 ss., spec. p. 338 ss.; Id., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, Padova, 2019, p. 95 ss.; MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2014, p. 287 ss.

<sup>27</sup> Il riferimento è ai recenti provvedimenti n. 460 del 9 novembre 2017, n. 664 del 17 dicembre 2015 e n. 97 del 19 febbraio 2015, questi ultimi due relativi ad un conferimento di azienda in società.

<sup>28</sup> In particolare, accogliendosi la natura unitaria della cessione del contratto, su cui v. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*<sup>3</sup>, Milano, 2019, p. 674; DE NOVA, *La cessione del contratto*, in *Il contratto*<sup>4</sup>, a cura di Sacco e De Nova, Torino, 2016, p. 1729 ss.; BENEDETTI, *La cessione del contratto*, Milano, 1998, p. 7 ss. *Contra*, invece, CICALA, *Il negozio di cessione del contratto, Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, *passim*. In giurisprudenza, v., almeno, Cass., 23 luglio 2018, n. 19489, in *Plurim*; Cass., 02 giugno 2000, in *Contratti*, 2000, p. 977 ss., con nota di BESOZZI, *La cessione del contratto ad effetti reali*. In merito alla cessione del contratto quale successione a titolo particolare del rapporto giuridico, v., per tutti, CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950. L'eventuale consenso, necessario, del contraente ceduto, comunque, dovrebbe rilevare quale consenso alla continuazione nel trattamento dei dati personali, laddove la dottrina ha posto in luce che quest'ultimo possa ritenersi «assorbito» in quello civilistico, così PELINO, *Condizioni di liceità dell'art. 6.1*, in *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Bolognini, Pelino e Bistolfi, Milano, 2018, p. 288.

<sup>29</sup> Cfr., sul punto, FEDI, *Diritto dell'impresa e protezione dei dati personali*, in *Le società*, 2018, p. 1091.

dogmatica che trova la propria definizione nel mutamento soggettivo del rapporto a fronte dell'identità di contenuto fra il diritto preesistente e quello in capo al nuovo titolare<sup>30</sup>.

Questa conclusione non sembra smentita dall'introduzione della nuova regolamentazione, in quanto l'art. 6, lett. b), Reg. UE 2016/679 consente il trattamento dei dati personali quando sia necessario per eseguire obblighi derivanti da un contratto di cui sia parte lo stesso interessato, e gli artt. 13 e 14 mantengono in vigore la necessità dell'adempimento della informativa, con le relative eccezioni<sup>31</sup>: l'erede, quindi, dovrà integrare la precedente informativa, salvo ravvisarsi una delle ipotesi di esenzione ammesse dalla regolamentazione, col fine pratico di consentire, così, all'interessato, di porsi nelle condizioni per far valere i propri diritti sui dati personali.

Prima di affrontare le ulteriori ipotesi di subentro, è bene indugiare ulteriormente sulle peculiarità, che si è già avuto modo di accennare, delle modalità di gestione del titolare del trattamento: egli raccoglie e trattiene, similmente ad un custode, i dati personali degli interessati, ma non per questo è assimilabile a un semplice depositario, perché tratta le informazioni in essi contenute e ne determina le finalità: proprio apprezzando questa duplice natura, spiccatamente contraddistinta dalla attività che pone in essere il titolare del trattamento, può trovarsi una adeguata risposta agli interrogativi che sorgono con l'apertura della successione, scindendo l'aspetto legato alle sue funzioni da quello della materiale disponibilità che questi aveva delle informazioni<sup>32</sup>.

Occorre, dal primo punto di vista, porre in luce che gli adempimenti imposti dal Reg. UE 2016/679 al titolare del trattamento debbano qualificarsi quali obblighi di fare, giustificati in virtù della posizione giuridica di garanzia che riveste; pertanto, bisogna misurarsi con la regola generale della intrasmissibilità delle obbligazioni infungibili<sup>33</sup>, ovverosia quelle dettate in ragione della particolare qualità o

<sup>30</sup> Esprimono così il concetto di successione BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Torino, 1960, p. 29, nota 5; NICOLÒ, *Successione nei diritti*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, 1971, p. 611; DE CUPIS, *Successione. I. Successione nei diritti e negli obblighi*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 1251; CARNEVALI, *Successione: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, p. 4.

<sup>31</sup> PELINO, *I diritti dell'interessato*, in *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Bolognini, Pelino e Bistolfi, Milano, 2018, p. 180 ss., spec. pp. 183-184.

<sup>32</sup> Ci si avvantaggia, così, del metodo tracciato da accorta dottrina che ha in tal modo inteso affrontare, approdando a convincenti conclusioni, la nota problematica della successione degli obblighi di rendiconto, rimandandosi, allora, per ampie note di indagine, a GHIDONI, *L'obbligazione di rendiconto*, Napoli, 2018, p. 37 ss.

<sup>33</sup> Così, BONILINI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, vol. 1, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 297.

abilità di chi ne sia obbligato<sup>34</sup>.

A ciò, però, si contrappongono le esigenze dell'impresa, in quanto il trattamento dei dati è spesso funzionale allo svolgimento dell'imprenditore che raccoglie le informazioni per erogare i propri servizi e vendere i prodotti della sua attività<sup>35</sup>, e si giustifica alla luce di una delle basi giuridiche richieste dall'art. 6 Reg. UE n. 679/2016.

Viene qui in rilievo il trattamento effettuato a seguito del rilascio del consenso da parte dell'interessato, che differisce dal consenso negoziale e pertanto instaura un rapporto di natura differente rispetto a quello contrattuale<sup>36</sup>: si pone piuttosto l'accento sulla tutela dei dati personali in funzione delle esigenze del trattamento e delle qualità del soggetto che lo effettua<sup>37</sup>. Ciò sembra giustificare la conseguenza per cui, al decesso di quest'ultimo, il subentrante non possa trattare i dati personali e, di contro, deve richiedere nuovamente che l'interessato presti il consenso per continuare a volgere il trattamento.

Tale circostanza troverebbe rispondea col dato positivo, richiamando alla mente quelle regole che il legislatore pone per disciplinare la sorte dei negozi caratterizzati dallo spiccato elemento personalistico a seguito del venir meno di uno dei contraenti: si guardi, anzitutto, al mandato, in cui la legge consente la trasmissibilità del rapporto qualora abbia ad oggetto l'esercizio dell'attività di impresa (art. 1722, co. 1, n. 4, c.c.). La dottrina maggioritaria, sul punto, ne restringe la portata al solo caso del mandante imprenditore, disconoscendo la permanenza del contratto qualora il mandatario eserciti una

**34** Almeno, MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, p. 8 ss.; FERRONI, *Obblighi di fare ed eseguibilità*, Camerino-Napoli, 1983, p. 57 ss.; GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, p. 109 ss.; da ultimo, SICLARI, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 583 ss.

**35** V. FEDI, *op. cit.*, p. 1087 ss. Poi, BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Milano, 2018, p. 10 ss.; CUFFARO, *op. cit.*, 1088 ss.

**36** In particolare, BRAVO, *Lo "scambio dei dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impresa*, 2019, p. 38 ss.; GIOVANNANGELI, *L'informativa agli interessati e il consenso al trattamento*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*. Commentario al Regolamento UE n. 2016 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (*Codice Privacy*), a cura di Panetta, Milano, 2019, p. 133; RESTA, ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.

**37** Il consenso, infatti, è informato, nel senso che l'interessato deve conoscere quantomeno l'identità del titolare e le finalità del trattamento. In particolare, l'art. 13, par. 1, lett. a), prevede che l'informativa contenga l'identità e i dati di contatto del titolare del trattamento e, ove applicabile, del suo rappresentante. Sul punto, v. FEDI, *op. cit.*, p. 1094; ZANOVELLO, «*Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, nota a Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, p. 1781. Già, PATTI, *Consenso*, Sub. art. 23, in *La protezione dei dati personali. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, I, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 2007, p. 541 ss.

attività economica<sup>38</sup>, alla luce della *ratio* che sottende alla norma<sup>39</sup>.

Rilevano, ancora, le regole sull'appalto, che, per previsione codicistica, non si scioglie per morte dell'appaltatore, salvo che la considerazione della sua persona sia stata motivo determinante del contratto (art. 1674 c.c.)<sup>40</sup>; poi, quelle sull'agenzia (art. 1751, ult. co., c.c.), o, ancora, le norme che consentono la trasmissione del rapporto ma, al contempo, garantiscono un diritto di recesso alla parte<sup>41</sup>.

Pertanto, una interpretazione sistematica di queste disposizioni dovrebbe confortare l'idea per cui l'erede, che continui nell'esercizio dell'attività di impresa del defunto, non potrà subentrare nel trattamento legittimato dall'autorizzazione dell'interessato, ma dovrà richiedere a questi un nuovo consenso informato, ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a), Reg. UE n. 679/2016, per poter trattare le informazioni che riceve con l'azienda; contestualmente, dovrà offrire l'informativa di cui all'art. 13 Reg. UE 679/2016. Qualora ciò non accada, il successore non potrà provvedere ad alcun (lecito) trattamento, salvo ravvisarsi una delle altre basi giuridiche richieste dall'art. 6 Reg. UE n. 679/2016<sup>42</sup>.

Al di fuori dell'ipotesi testè citata, vale a dire il caso in cui il *de cuius* esercitasse una attività di impresa, è frequente che il trattamento sia funzionale alla prestazione professionale del titolare. Tale

**38** N. GROSSI, *Morte, interdizione e inabilitazione del mandante e del mandatario*, in *Il mandato*, a cura di Alcaro, Milano, 2000, p. 581 ss.; LUMINOSO, *Mandato, spedizione, commissione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Milano, 1984, p. 154; MINERVINI, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, VIII, I, Torino, 1952, p. 212. In giurisprudenza, Cass., 28 marzo 1966, n. 822, in *Gius. civ.*, 1960, I, 1, p. 1101 ss.

**39** Dettata in ragione dell'elemento dell'*intuitu personae* del negozio, così Cass., 11 luglio 1987, n. 6061, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 7 ss. In dottrina, NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1994, p. 32; MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Commentario del Codice civile*, IV, Torino, 1991, p. 623; DOMINÈDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 131; BILE, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, Roma, 1961, p. 231; MINERVINI, *op. cit.*, p. 211.

**40** Cass., 13 gennaio 1959, n. 65, in *Gius. civ.*, 1959, p. 1123 ss.

**41** Così, a titolo di esempio, la disciplina della locazione (art. 1614 c.c.), dell'affitto (art. 1627 c.c.), del comodato (art. 1811 c.c.), oppure del conto corrente (art. 1833 c.c.).

**42** Nel caso di successione negli obblighi contrattuali si è già pòsto in luce il richiamo della base giuridica di cui alla lett. b), mentre potrebbero venire in rilievo i casi in cui il trattamento si renda necessario per adempiere un obbligo legale (lett. c), sia funzionale alla salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica (lett. d), sia necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento (lett. e) o per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore (lett. f).

attività, coerentemente con la natura fiduciaria dell'incarico<sup>43</sup>, viene naturalmente meno con il decesso del professionista<sup>44</sup>, e allora si esaurirà l'attività di trattamento e, con questa, i doveri imposti dal legislatore comunitario.

#### 4 La posizione giuridica degli eredi nella conservazione dei dati raccolti dal defunto

Chiarite le ipotesi in cui l'erede permanga nel rapporto contrattuale o nell'attività del defunto, l'analisi è chiamata a compiere un passo ulteriore, ed affrontare i casi, ben più problematici, in cui i successori non intendano o debbano trattare i dati personali raccolti precedentemente dal *de cuius*.

A tal proposito, si deve considerare la circostanza che, comunque la si voglia qualificare<sup>45</sup>, l'informazione è naturalmente incorporata in un supporto, il quale segue le normali vicende ereditarie del titolare<sup>46</sup>, sicché gli eredi potranno essere soggetti a quegli adempimenti restitutori richiesti dall'interessato inerentemente al proprio dato<sup>47</sup>.

Infatti, deceduto il titolare, l'erede verrà in contatto con i dati da questi trattati, entrando nella disponibilità materiale di essi<sup>48</sup>: rac-

<sup>43</sup> Distinguono, giustamente, fra contratti basati sull'*intuitus personae* e quelli che non lo sono, MARINELLI, CAROCCIA, F. *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Napoli, 2013, p. 32. Cfr., poi, PERULLI, *Lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Mes-sineo e continuato da Mengoni, Milano, 1996, p. 231.

<sup>44</sup> Lo scioglimento del vincolo è voluto dalla legge per tutelare gli interessi di una o entrambe le parti, ricondotto il rapporto alla categoria dei contratti a carattere personale, cfr. BONILINI, *op. cit.*, p. 301; PADOVINI, *op. cit.*, pp. 533-535.

<sup>45</sup> Già, in argomento, PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 327 ss. Più di recente, in ordine alla informazione come "nuovo" bene, merita un richiamo la riflessione di CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 955 ss.

<sup>46</sup> Sulla successione nelle informazioni, v., per tutti, ZOPPINI, *Le «nuove proprietà» nella trasmissione ereditaria della ricchezza (note a margine della teoria dei beni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 213 ss.

<sup>47</sup> Così è per le carte e i documenti ritrovati dagli eredi di colui che è tenuto al rendiconto, v. GHIDONI, *op. cit.*, p. 41; già, GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano*<sup>3</sup>, VIII, *Estinzione delle obbligazioni (Continuazione e fine) - Compensazione - Confusione - Perdita della cosa dovuta - Azioni rescissorie - Prescrizione*, Firenze, 1893, p. 258.

<sup>48</sup> Giova richiamare un parere del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Firenze, del 28 luglio 2017, reperibile in rete al seguente indirizzo, <https://bit.ly/3nZLmsE>. Il Consiglio dell'ordine, affermato l'obbligo di custodia dei fascicoli dell'avvocato, tratto dall'art. 33 del Codice deontologico forense, ammette che quest'obbligo «con il decesso dell'avvocato si trasmette agli eredi, se esistenti; diversamente deve essere assolto dal curatore dell'eredità giacente. L'alternativa è che siano chiamati tutti i clienti e re-

chiusi in supporti fisici, dovrà conservarli senza mutare la destinazione o i fini del trattamento per cui erano raccolti; così, non ostante nella definizione di trattamento sia ricompresa la «conservazione» dei dati (art. 4, n. 2, Reg. UE 2016/679), non si deve dar troppo peso alla lettera della disposizione, e il successore non assumerà la qualità di titolare del trattamento per il solo fatto di subentrare al *de cuius*, non concorrendo a determinare le finalità della gestione delle informazioni.

Questa posizione di custodia in cui versa l'erede, giova subito chiarire, è ben differente rispetto a quella cui è tenuto lo stesso titolare, invece segnata dai numerosi e penetranti obblighi imposti dai principi di lecita, corretta e trasparente gestione dei dati (art. 5 Reg. 2016/679)<sup>49</sup>: basti, a tal fine, il solo richiamo all'obbligo di informativa (art. 13), ovvero ai già citati doveri di notifica all'Autorità di controllo in caso di violazione dei dati personali (art. 33) e di comunicazione all'interessato (art. 34), che sono pertanto tutti inestensibili all'erede, solamente tenuto alla mera conservazione materiale delle informazioni.

Una fonte di notevole incertezza, va rilevato sul punto, è data dalla assenza di qualsiasi indicazione normativa sulla durata di questo obbligo di conservazione che, a rigore, dovrebbe perdurare fino a che sia possibile l'impulso dell'interessato, in esercizio dei diritti di cui agli artt. 15 ss. Reg. UE 2016/679<sup>50</sup>.

Qualora l'erede venga a modificare, con il proprio comportamento arbitrario, la situazione di conservazione dei dati, nella misura in cui si possa ritenere che egli determini in autonomia i fini del trattamento, dovrebbe soggiacere agli obblighi regolamentari<sup>51</sup>. Ciò deriva dalla circostanza per cui, la nozione di titolare, si è visto, è desunta dal momento finalistico del trattamento: la conseguenza di queste affermazioni, d'altronde, trova coerenza con la regola prevista dall'art. 28, co. 10, Reg. UE 2016/679, che prevede la sanzione civile dell'assunzione della qualifica di titolare per il responsabile del trattamento che violi gli obblighi assunti e determini autonomamen-

---

stituiti loro i documenti e gli atti inerenti [a]i fascicoli sopra indicati. Non è infine consentita alcuna gestione dei fascicoli dell'avvocato deceduto, neppure urgente, da parte del Consiglio dell'Ordine».

**49** LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 66.

**50** Specialmente quello della portabilità (art. 20 Reg. UE n. 679/2016), a dimostrazione della possibile esistenza di un interesse al trasferimento dei dati ad un altro titolare che li possa trattare. Si pone, giova solo accennare, a tal proposito, un problema nella imprescrittibilità delle pretese degli interessati che imporrebbe, allora, obblighi di conservazione senza limiti di tempo in capo agli eredi del titolare.

**51** Come, a titolo di esempio, la necessità di richiedere il consenso per il trattamento dei dati sensibili, ex art. 9 Reg. UE 2016/679, la riespansione degli obblighi di notifica in caso di *data breach*, l'aggiornamento dell'informativa e del registro del trattamento.

te le finalità della gestione<sup>52</sup>.

A ulteriore supporto di questo ragionamento, giova ricordare che la possibilità di trattenere le informazioni personali dopo la cessazione del trattamento sembrava confortata dal dettato dell'art. 16 cod. *privacy* nella previgente versione<sup>53</sup>: ammettendo che fra le cause della cessazione del trattamento potesse ricomprendersi il decesso del titolare, la norma consentiva, infatti, la conservazione dei dati «per fini esclusivamente personali»<sup>54</sup>.

Definita la situazione in cui si ritrova il successore, è bene chiarire l'eventualità della chiamata a succedere di più persone al defunto: qualora subentrino più eredi al titolare del trattamento dovrebbe essere agevole l'impiego analogico dell'art. 1772, ult. co., c.c., dettato in merito alla pluralità di depositari<sup>55</sup>. Come è noto, la disposizione prevede che, se vi siano più depositari, il depositante abbia la facoltà di chiedere la restituzione a quello tra essi che detenga la cosa, e questi deve darne pronta notizia agli altri: la violazione di tale obbligo comporterebbe, a ben vedere, una diretta e immediata responsabilità degli eredi dal danno cagionato con la divisione degli archivi dei dati, qualora questa comporti un pregiudizio o un ritardo nell'esercizio delle ragioni dell'interessato.

Epperò, non deve sfuggire la preoccupazione che, in caso di più successori, la divisione degli archivi sui dati personali possa pregiudicare l'esercizio delle prerogative dell'interessato.

Questo timore, in particolare, non è affatto inedito, ed ha mosso il legislatore nel dettare alcune norme del diritto positivo: ci si riferisce alle disposizioni previste a tutela delle banche dati nella legge 22 aprile 1941, n. 633, sul diritto d'autore, così come novellata dal d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169.

Infatti, è sicuramente apprezzabile la previsione dell'art. 115 l. aut., che dispone l'indivisibilità del diritto di utilizzazione dell'opera, entro cui ora si ricomprende anche la banca dati, per tre anni dalla

---

**52** Sul punto, cfr. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 60.

**53** Si rinvia al testo riportato *supra* alla precedente nota 2.

**54** Senonché, questa disposizione oggi risulta abrogata dall'intervento regolamentare, che insiste piuttosto sulla predeterminazione delle modalità del trattamento, alla luce del principio di *accountability*, su cui ci si soffermerà in seguito.

**55** Cfr., per un commento della disposizione, SCALISI, *Il contratto di deposito. Del deposito in generale, del deposito in albergo, del deposito in magazzini generali*, sub. art. 1772, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2011, pp. 117-119; IVONE, *Pluralità di depositanti e depositari*, sub. art. 1772, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Dei singoli contratti. Artt. 1655-1802*, II, a cura di Valentino, Torino, 2011, pp. 792-793; FIORENTINO, *Del deposito*<sup>2</sup>, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub. art. 1772, Bologna-Roma, 1970, pp. 90-92, i quali tutti richiamano la pluralità di interessi sottesi alla disciplina di cui all'art. 1772 c.c.

morte dell'autore<sup>56</sup>: accogliendo l'opinione che valuta con particolare ampiezza il requisito oggettivo della creatività dell'opera, vale a dire la novità e l'originalità<sup>57</sup>, nelle banche dati<sup>58</sup>, il richiamo a questa disciplina potrebbe rivestire una certa utilità rispetto alle raccolte di dati personali, contenute in archivi e riportate nei registri del trattamento (art. 30 Reg. UE 2016/679)<sup>59</sup>.

Terminata l'indagine sulla sorte degli obblighi facenti capo al titolare del trattamento, occorre pertanto valutare, come ultimo passo del ragionamento, come si pongano, rispetto alla vicenda della sua

**56** Il successivo articolo 116 l. aut. prosegue disponendo che l'amministrazione e la rappresentanza degli interessi della comunione siano conferite a uno dei coeredi o ad una persona estranea e, in caso di mancato accordo, l'amministrazione è affidata alla SIAE. In dottrina, sul punto, v. almeno UBERTAZZI, *Diritto d'autore*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, p. 429, il quale fa peraltro salva una diversa disposizione del *de cuius*, e così anche MORRI, *Il diritto d'autore. Le lettere missive ricevette dal de cuius*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, pp. 696-697. Altresi, MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, sub. art. 2580, Bologna-Roma, 2008, p. 337 ss. e, già, AULETTA, in AULETTA, MAGNINI, *Marchio. Diritto d'autore sulle opere di ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub. art. 2581, Bologna-Roma, 1977, p. 194.

**57** Almeno, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto di impresa*<sup>7</sup>, Torino, 2014, p. 197, per il quale l'originalità «può consistere anche nel modo personale di esposizione di argomenti noti»; P. AUTIERI, *L'oggetto*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*<sup>5</sup>, Torino, 2016, pp. 581-582. Si ammetteva che già prima dell'intervento del d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169 trovassero tutela nella legge sul diritto d'autore le raccolte di semplici dati, purché aventi carattere creativo, su cui, almeno, VERCELLONE, GRECO, *Le invenzioni ed i modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Torino, 1968, XI, II, p. 376; ARE, *L'oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1963, p. 361.

**58** AUTIERI, *op. cit.*, pp. 590-593. In giurisprudenza, v. Trib. Bologna, Sez. spec. di impresa, 4 luglio 2017, in *Giur. it.*, 2018, p. 1145 ss., con nota di ANDOLINA, *Tutela delle liste clienti tra concorrenza sleale, segreto industriale e banche dati*; Trib. Bologna, Sez. spec. di impresa, 10 agosto 2011, in *Il diritto industriale*, 2012, p. 229 ss., con nota di DAL RE, *Una raccolta di SMS può configurare un'opera letteraria ai sensi dell'art. 1 l. aut.*, ed ivi la giurisprudenza citata nel commento.

**59** Pertanto, la determinazione della finalità del trattamento dei dati raccolti potrebbe integrare i requisiti della originalità e novità dell'opera, distinguendo così la tenuta dell'insieme dei dati personali da una mera raccolta occasionale di informazioni, e concretizzandosi nella tenuta del registro del trattamento: v., per tutti, su questa attività, PALAZZOLO, *La banca dati e le sue implicazioni civilistiche in tema di cessione e deposito alla luce del reg. (UE) n. 2016/679*, in *Contr. e impresa*, 2017, p. 613 ss., spec. pp. 615-616 e p. 628, a mente del quale il «trattamento del dato personale per l'uso consentito dalla legge, non può prescindere, infatti, dalla sua catalogazione e conservazione da parte dell'utilizzatore nella banca dati che si forma a seguito dell'autorizzazione o del consenso al trattamento, quale luogo virtuale di custodia». Non sembra un caso che le prime regolazioni sulla *privacy* richiamavano espressamente le banche dei dati personali, è il caso dell'art. 1, co. 2, lett. a), l. n. 675/1996 e art. 4, co. 1, lett. p), d.lgs. 196/2003; si v., per un approfondimento, LAMBO, *La disciplina sul trattamento dei dati personali: profili esegetici e comparatistici delle definizioni*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, a cura di Pardolesi, Milano, 2003, p. 61 ss.

In merito all'adempimento della tenuta del registro, poi, v. almeno, ARCELLA, *GDPR: il Registro delle attività di trattamento e le misure di accountability*, in *Notariato*, 2018, p. 393 ss.

successione *mortis causa*, i principi descritti dal Reg. UE 2016/679.

## 5 Misure di accountability e sorte *post mortale* dei dati raccolti dal titolare del trattamento

Una delle maggiori novità nella regolamentazione della *privacy*, riconosciuta dalla concorde dottrina, è l'attenzione che la normativa pone su quelle misure che il titolare del trattamento deve adottare per prevenire il rischio nella gestione dei dati personali<sup>60</sup>, sintetizzata nel noto principio di *accountability*<sup>61</sup>, attorno al quale devono ora misurarsi gli interrogativi del problema anzi posto.

Rimanendo sulle questioni nascenti con la morte del titolare del trattamento, non sembrano esserci particolari difficoltà qualora i dati personali raccolti da parte del titolare siano conservati in supporti fisici, facilmente accessibili dagli eredi, laddove risulta assai più complessa la possibilità che questi siano catalogati in archivi telematici, protetti da *password* o chiavi d'accesso<sup>62</sup>.

In merito a ciò, già da tempo l'elaborazione della prassi ha consentito di fronteggiare questa evenienza ammettendo disposizioni testamentarie a titolo particolare aventi ad oggetto la *password*<sup>63</sup>, tali da consentire l'accesso al legatario per il tempo dopo che il titolare sia deceduto.

A ciò si aggiunga l'ausilio che può rivestire la nomina di un responsabile del trattamento, il quale assume la gestione per conto del ti-

---

**60** Ricorda PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, cit., p. 59, che «al centro sta sempre prima l'attività e la responsabilità del titolare e solo dopo il trattamento in quanto tale»; altresì, FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 10 ss.; MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 144 ss.

**61** Cfr., sul punto, A. D'OTTAVIO, *op. cit.*, p. 151. Per N. BRUTTI, *op. cit.*, p. 141, la *ratio* del nuovo sistema di tutela dei dati si sposta verso l'obiettivo di garantire un livello di sicurezza non astratto, bensì concreto. Altresì, V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 1116 ss.; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Le obbligazioni di compliance in materia di protezione dei dati*, in *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, a cura di Bolognini, Pelino e Bistolfi, Milano, 2018, p. 324 ss.; RICCI, *Trattamento di dati sensibili e principio di responsabilizzazione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2648.

**62** Talvolta è la stessa legge a prevedere una particolare procedura in caso di morte del professionista, ed a tal proposito valga il richiamo all'art. 39 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, con cui il legislatore risalente, ma avveduto, regolava il caso del decesso del notaio. Giova porre in luce che, comunque, si pongono gli stessi problemi sopra descritti qualora il notaio conservi dei documenti e dei dati in archivi telematici.

**63** DI LORENZO, *Il legato di password*, in *Notariato*, 2014, p. 144 ss.; BECHINI, *Password, Credenziali e successione mortis causa*, Studio n. 6-2007/IG approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica del Consiglio Nazionale del Notariato l'11 maggio 2007 reperibile su <http://ca.notariato.it/approfondimenti/6-07-IG.pdf>; v. altresì, la nota critica di MASTROBERARDINO, *Il patrimonio digitale*, Napoli, 2019, pp. 210 ss.

tolare (art. 28 Reg. UE 2016/679): l'investitura, in particolare, non è obbligatoria, anche se la designazione rientra a pieno titolo nelle misure di *accountability* previste dal regolamento<sup>64</sup>.

La natura giuridica del rapporto fra il titolare ed il responsabile è stata variamente qualificata dalla dottrina<sup>65</sup>, che ha in particolare considerato la possibilità che egli sia un lavoratore subordinato del titolare, o un prestatore d'opera intellettuale, ovvero ancora un suo mandatario<sup>66</sup>. Se si volesse dare seguito a tale ultima proposta, non si potrebbe negare la possibilità di affidarsi al responsabile anche per il tempo dopo la morte del titolare, ammessa pacificamente la validità del così detto mandato *post mortem exequendum*<sup>67</sup>, che indichi al responsabile del trattamento di provvedere a destinare queste informazioni ritornandole agli interessati, ovvero trasferendole ad altri titolari che siano in grado di trattare meglio i dati compatibilmente con una delle basi giuridiche previste dall'art. 6, Reg. UE n. 2016/679<sup>68</sup>.

Questo caso poteva a ragione essere ricompreso nel secondo comma del previgente art. 16 cod. *privacy*, il quale, alla lett. b), ammetteva che i dati, a seguito della cessazione del trattamento, potessero venire «ceduti ad altro titolare, purché destinati ad un trattamento in termini compatibili agli scopi per i quali i dati sono raccolti»; ciò, oggi, mancando una analoga disposizione nel Reg. UE n. 2016/679, potrebbe consentirsi solamente valorizzando una differente base giuridica che consenta il trattamento, quale, a titolo di esempio, l'art. 6,

<sup>64</sup> PANETTA, *op. cit.*, pp. 19-20; poi, BOLOGNINI, PELINO, BISTOLFI, *op. cit.*, p. 328.

<sup>65</sup> Si è posto in luce che una delle maggiori novità del Regolamento è quella per cui dalla nomina con atto meramente unilaterale del titolare, di cui al Codice *privacy*, si passa con il GDPR alla possibilità di utilizzare qualunque atto giuridico, incluso un contratto, per regolare i rapporti tra titolare e responsabile, così PANETTA, *op. cit.*, pp. 19-20, il quale aggiunge che la definizione contrattuale dei rapporti fra titolare e responsabile consente di meglio definire gli obblighi e le responsabilità delle parti soprattutto in caso di *data breach*.

<sup>66</sup> BRUTTI, *op. cit.*, pp. 126 e 134 ss.; LAMBO, *op. cit.*, pp. 106-107; VECCHI, *Definizioni*, Sub. art. 4, comma 1°, lett. f), g), h), in *La protezione dei dati personali. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della privacy»)*, I, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 2007, p. 72. Discorre di delega, PELINO, *I soggetti del trattamento*, cit., pp. 126 e 147. Diversamente, sotto la previgente normativa, FADDA, Sub. art. 8, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di Gianantonio, Losano e Zeno-Zencovich, Padova, 1997, p. 82, per il quale si sarebbe in presenza di un negozio atipico; altra opinione, poi, lo identificava nel negozio di c.d. *outsourcing*, così SICA, *Principi generali*, in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, diretto da Sica e Stanzone, Bologna, 2004, p. 20.

<sup>67</sup> Sull'impiego del mandato *post mortem* nel contesto della così detta successione digitale, cfr. MAGNANI, *op. cit.*, pp. 530-531; RESTA, *La "morte" digitale*, in *Dir. infor.*, 2014, p. 891 ss.; CAMARDI, *op. cit.*, p. 85 e, *amplius*, TROLLI, *op. cit.*, p. 323 ss.

<sup>68</sup> Si pensi al medico che disponga che le cartelle cliniche di pazienti a rischio vengano affidate ad un collega, ovvero un commercialista che preveda il trasferimento dei dati dei clienti ad un altro professionista per gli adempimenti urgenti.

par. 1, lett. c), in merito al trattamento che sia necessario per adempiere un obbligo legale, ovvero quella della lett. d), sul trattamento che serva per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica<sup>69</sup>. In questo ultimo caso, rispetto alla disciplina previgente, deve essere offerta la prova dell'interesse della persona a cui i dati appartengono<sup>70</sup>. A tali fini, sarebbe quanto mai opportuna, in tutte queste ipotesi, la previsione, nell'informativa, della possibilità di siffatto trasferimento<sup>71</sup>.

Rispetto a queste suggestioni, però, occorre domandarsi fino a che punto il principio di *accountability* vincoli il titolare del trattamento a disporre le cautele appena descritte, e quali conseguenze possano derivare dalla loro mancata adozione. La fonte del principio, come è noto, risiede nell'art. 5, par. 2, Reg. UE 2016/679, ma esso viene declinato, nel suo concreto svolgimento, dal successivo art. 24 Reg. UE 2016/679<sup>72</sup>, che dispone, in sintesi, l'obbligo imposto al titolare del trattamento di mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate e volte a garantire, salvo poi essere in grado di dimostrare, che il trattamento dei dati personali sia effettuato conformemente al Regolamento<sup>73</sup>.

Tale principio, dunque, mira alla responsabilizzazione del titolare, che viene quindi gravato dell'onere di dimostrare la dovuta diligenza nel trattamento, eventualmente avvantaggiandosi dell'adesione ai Codici di condotta, o provando la conformità alle regole deontologiche (art. 24, par. 3, Reg. UE 2016/679)<sup>74</sup>. Esso viene necessariamente

**69** La cui regola si apprezza particolarmente considerando la norma dettata dall'art. 1728, co. 2, c.c., per cui «Quando il mandato si estingue per morte o per sopravvenuta incapacità del mandatario, i suoi eredi ovvero colui che lo rappresenta o lo assiste, se hanno conoscenza del mandato, devono avvertire prontamente il mandante e prendere intanto nell'interesse di questo i provvedimenti richiesti dalle circostanze».

**70** Sull'onere della prova, cfr. FEDI, *op. cit.*, p. 1096: esso, giova porre in luce, si presenta particolarmente problematico, in quanto l'erede che subentra nei dati del titolare, senza aver preso parte all'attività, difficilmente avrà contezza dell'oggetto del trattamento e delle esigenze dell'interessato.

**71** Non sembra ostare il riconoscimento dell'infungibilità della prestazione, atteso che, alla luce contesto fattuale in cui si svolge il rapporto e dei rapporti fra l'obbligato e l'interessato, viene affermata la liceità delle clausole che autorizzino sostituzioni nell'adempimento anche a prestazioni connotate da profili di personalità, così POLETTI, *Sulla infungibilità degli obblighi di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2014, p. 752; SICLARI, *op. cit.*, p. 595.

**72** In tal senso, TOMMASI, *La nuova disciplina europea sulla protezione dei dati personali*, in *Studium iuris*, 2019, p. 11.

**73** Si aggiunge che, se ciò risulti proporzionato rispetto alle attività di trattamento, le predette misure includono l'attuazione di politiche adeguate in materia di protezione dei dati da parte del titolare del trattamento (art. 24, par. 2, Reg. UE 2016/679).

**74** Cfr., sul punto, LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, p. 82 ss.; ID., *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 120 ss.; POLETTI, CAUSARANO, *Autoregolamentazione privata e tutela dei dati personali: tra codici di condotta e meccanismi di certificazione*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e*

a concretizzarsi nella predisposizione di cautele nella sicurezza delle operazioni così come previste da puntuali previsioni, fra le quali giova, almeno, il richiamo all'art. 32 Reg. UE 2016/679<sup>75</sup>.

Assai prossimi, poi, sono i principi, complementari a quello dell'*accountability*, della *privacy by design* e della *privacy by default* (art. 25 Reg. UE 2016/679)<sup>76</sup>: il primo, infatti, è di stampo marcatamente tecnico, e prevede che la protezione dei dati debba risultare «integrata» nella tecnologia, o nel servizio utilizzato per il trattamento già al momento della predisposizione materiale dei mezzi di raccolta e conservazione; il secondo implica che i dati vengano raccolti, «per impostazione predefinita», nella minore misura possibile e che le finalità del trattamento siano il quanto più possibile limitate.

Così descritto il quadro che risulta dall'applicazione, in concreto, di questi principi, è evidente che essi protendono all'adozione di misure, giustappunto, «tecniche» ed «organizzative» nella predisposizione, da parte del titolare, dei «mezzi» del trattamento<sup>77</sup>: l'*accountability*, quindi, non si spinge fino a pretendere l'imposizione di obblighi di disposizione negoziale, quale quello di testare lasciando un legato di *password*, ovvero l'affidamento *post mortem* di compiti al responsabile del trattamento<sup>78</sup>.

---

*protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 377; FARACE, *op. cit.*, p. 494.

**75** Così BRUTTI, *op. cit.*, p. 142. Queste misure tecniche di sicurezza, in particolare, sono l'adozione della pseudonomizzazione e la cifratura dei dati personali (lett. a); la capacità di assicurare su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento (lett. b); la capacità di ripristinare tempestivamente la disponibilità e l'accesso dei dati personali in caso di incidente fisico o tecnico (lett. c); la previsione di una procedura per testare, verificare e valutare regolarmente l'efficacia delle misure tecniche e organizzative al fine di garantire la sicurezza del trattamento (lett. d).

**76** Su cui la letteratura è oramai vasta, cfr. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e data protection: principi generali*, cit., pp. 85-86; Id., *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, cit., p. 122 ss.; FARACE, *op. cit.*, pp. 498-501. Altresì, SALVATORE, *Privacy-by-design, l'introduzione del principio nel corpus del GDPR*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di Panetta, Milano, 2019, p. 295 ss.; FACCIOLI, CASSARO, *op. cit.*, p. 561.

**77** Ovverosia gli strumenti impiegati per il trattamento, per esempio gli *hardware* e *software*, così PELINO, *op. cit.*, p. 125.

**78** Una differente tecnica normativa contraddistingue la regolazione di altri ambiti in cui l'attività, posta in essere dall'individuo, riveste caratteri di pericolosità sociale; in merito a ciò, basti guardare a quelle cautele che il legislatore pone alla circolazione degli autoveicoli. Infatti, nella circolazione stradale, da un lato, si riscontrano obblighi negoziali, come quello di assicurare il veicolo circolante e, dall'altro lato, viene offerta una speciale disciplina sulla responsabilità solidale del proprietario con il conducente, ex art. 2054 c.c., che offre maggiori certezze, unitamente alla necessaria pubblicizzazione della proprietà dell'autoveicolo, in quanto bene mobile registrato, ai sensi degli artt. 815 e 2683 c.c. In merito a ciò, sul piano dell'illecito, trattandosi di attività pericolosa, la guida di autoveicoli potrebbe essere ravvicinabile al trattamento dei dati

A conferma di queste affermazioni, occorre porre in luce che la nomina di quest'ultimo sia l'unico strumento negoziale che viene ricompreso nelle misure di *accountability* (art. 28 Reg. UE 2016/679), senza peraltro essere obbligatorio: la designazione del responsabile del trattamento, infatti, è del tutto facoltativa per il titolare, la cui libertà contrattuale permane inalterata.

Questa considerazione trova coerenza con le regole del diritto ereditario, che non ammettono alcuna imposizione alla possibilità di disporre *mortis causa*: l'autonomia testamentaria della persona viene temperata alla luce di interessi differenti da quelli del *de cuius* attraverso l'impiego di altre tecniche di normazione<sup>79</sup>, e specialmente con la previsione di legati *ex lege*<sup>80</sup>.

Residua, sullo sfondo, il rimedio della responsabilità civile, pur nella consapevolezza che questo è spesso inidoneo a garantire piena soddisfazione agli interessati che vedono lesi i propri diritti. Pertanto, la mancata adozione di particolari cautele che comporti il pregiudizio ai dati personali degli interessati potrà semmai essere fonte di risarcimento del danno ai sensi dell'art. 82 Reg. UE 2016/679<sup>81</sup>. Questa disposizione ammette, al terzo paragrafo, la prova della impos-

---

personali qualora si aderisse all'opinione per cui l'attività di gestione dei dati personali abbia carattere di pericolosità ai sensi dell'art. 2050 c.c., su cui v. Cass., 05 settembre 2014, n. 18812, in *Pluris*; Cass., 19 maggio 2014, n. 10947, in *Fam. dir.*, 2016, p. 468 ss., con nota di ASTIGGIANO, *Illecito trattamento dei dati "supersensibili" e risarcimento del danno*; Cass., 28 maggio 2012, n. 8451, in *Pluris*. Sennonché, il legislatore più ponderato, avrebbe potuto maggiormente dedicarsi a regolare il fenomeno del trattamento, specialmente guardando al momento patologico della violazione dei dati personali.

**79** A titolo di esempio, il riconoscimento di una quota di eredità necessaria per mezzo della riduzione delle disposizioni testamentarie o delle liberalità lesive (artt. 536 ss. c.c.), oppure il divieto di pesi o condizioni sui diritti dei legittimari (art. 549 c.c.), ovvero, è il caso testé richiamato delle opere del diritto d'autore, impedimenti alla divisione dei beni (art. 115 l. aut.; art. 720 c.c.). V., almeno, GABRELLI, *Rapporti familiari e libertà di testare*, in *Famiglia*, 2001, p. 11 ss., spec. p. 15 ss.; RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 437 ss.; BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, p. 17 ss., spec. pp. 21-22.

**80** Che, come è noto, alludono ad una nozione oggettiva, contrapposta a quella di eredità, per la quale la legge dà origine ad una successione a titolo particolare, così G. BONILINI, *Il concetto*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 400 ss.; ID., *Dei legati*<sup>2</sup>, cit., p. 17 ss. Cfr., altresì, PADOVINI, *op. cit.*, p. 525 ss., spec. p. 530 ss.; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successioni legittime*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1993, p. 31 ss.; SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile): parte generale* (voce), in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 751; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, VI, Milano, 1962, p. 483 ss.

**81** Si vedano, in particolare, le acute osservazioni di IULIANI, *op. cit.*, p. 310 ss. Altresì, di recente, TOSI, *La responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali*, in *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Milano, 2019, p. 619 ss., spec. p. 666 ss.

sibilità di imputare il danno al titolare del trattamento o, se nominato, al responsabile: occorre, riguardo a ciò e senza potersi diffondere in questa sede, richiamare l'interprete ad una accurata ponderazione delle pretese vantate per i pregiudizi cagionati ai dati personali a seguito della morte del titolare del trattamento che, incautamente, non abbia predisposto adeguate misure di accesso, considerando caso per caso il rimprovero alla luce degli interessi coinvolti nella gestione dei dati<sup>82</sup>.

Gli adempimenti richiesti dal Regolamento, che si inscrivono nel principio di *accountability*, insomma, si presentano alla stregua di un onere<sup>83</sup>: la mancanza della loro adozione, assieme al prodursi del danno verso l'interessato, determina un pregiudizio che è fonte di risarcimento, il quale è un obbligo che sicuramente si trasmette agli eredi<sup>84</sup>.

## 6 Sintesi dell'analisi e considerazioni conclusive

Si è detto della inedita tecnica normativa che ha condotto ad una regolamentazione ricca di norme di principio, occasionata dalla necessità di orientare problemi non facilmente risolvibili<sup>85</sup>, ma dinanzi alla suggestione di poter estendere la loro applicazione oltre ai motivi per cui sono state coniate, ovvero sia il governo della complessità tecnologica, occorre richiamare l'interprete alla coerenza del sistema domestico, entro il quale il Regolamento europeo sulla tutela dei dati personali, grazie al «recepimento» nel così detto Codice *privacy*, si iscrive<sup>86</sup>.

Presentato il problema delle conseguenze della morte del titolare del trattamento, e il conseguente venir meno dell'attività, occorre concludere che si è in presenza di una anomia, che appalesa la

**82** Giova richiamare l'esigenza di bilanciamento espressa dal Considerando 4 Reg. UE 2016/679. Per altra opinione, rimane estraneo, al campo aquiliano, il bilanciamento degli interessi coinvolti, come ritiene IULIANI, *op. cit.*, p. 311; già, però MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi. Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 755.

**83** Si legga, altresì, il Considerando 76 Reg. UE 2016/679. Ciò sembra confermato almeno fintantoché il Garante per la protezione dei dati personali non intervenga a prescrivere, ove necessario, ai titolari o ai responsabili dei trattamenti le misure da adottare per svolgere correttamente il trattamento nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui.

**84** Così come avviene rispetto agli obblighi di rendicontazione, cfr. GHIDONI, *op. cit.*, p. 40.

**85** VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 128.

**86** Un insegnamento, questo, portato avanti dalla prospettiva metodologica di BUSNELLI, "Il trattamento dei dati personali" nella vicenda dei diritti della persona: la tutela risarcitoria, in *Il trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di Cuffaro, Ricciuto e Zeno Zencovich, Milano, 1998, p. 177 ss.

lacuna del dettato normativo<sup>87</sup>, e l'interprete deve faticosamente ricostruire la regola considerando la disciplina del Reg. UE 2016/679 e i principi sulle successioni *mortis causa*.

Pertanto, giova richiamare brevemente i risultati dell'indagine, riportando, per un migliore ordine espositivo, in sede conclusiva, i vari casi che possano presentarsi al momento del decesso del titolare del trattamento con le soluzioni a loro tempo prospettate.

Anzitutto, non viene in rilievo, in quanto fenomeno che non attiene alla successione *mortis causa*, la problematica della sorte dei dati raccolti dalla persona fisica che agisca in qualità di organo di una persona giuridica, pubblica o privata, ove il ruolo è rivestito dallo stesso ente<sup>88</sup>.

Diverso è a dirsi rispetto al titolare persona fisica, dove si sono distinte numerose ipotesi. Qualora l'erede subentri negli obblighi contrattuali del *de cuius*, cui accedevano i dati ricevuti, egli sarà legittimato a trattare le informazioni sulla base dell'art. 6, par. 1, lett. b), Reg. UE 2016/679, dovendo integrare l'informativa precedentemente rilasciata<sup>89</sup>.

Fuori da questo caso, considerando l'attività di impresa o professionale svolta dal *de cuius*, non pone particolari problemi la circostanza che il successore abbia concorso con questi al trattamento: egli sarà da considerare quale co-titolare<sup>90</sup>, e soggiacerà, per ciò, all'intera disciplina regolamentare; ove ne sia rimasto estraneo, invece, occorrerà che, oltre all'aggiornamento dell'informativa, si munisca di un valido consenso informato<sup>91</sup>.

Infine, l'ipotesi più problematica, ossia quella in cui il successore riceveva la disponibilità dei dati incorporati in un supporto, nel qual caso il rischio del pregiudizio dei diritti degli interessati sui propri dati personali sembra spostarsi sul dovere di conservazione degli eredi, piuttosto

---

**87** Acuita dall'abrogazione dell'art. 16 cod. *privacy* nell'asserito superamento di una tutela *ex ante* al trattamento dei dati personali, e nella mancanza di adeguata ponderazione nel «recepimento» della disciplina sulla tutela dei dati personali da parte del legislatore italiano, avvenuta con il d.lgs. 101/2018.

**88** PELINO, *op. cit.*, p. 124; N. BRUTTI, *op. cit.*, pp. 121 e 128. Rimarranno escluse dall'indagine, allora, alcune fattispecie di cessazione dell'ente giuridico privato, ovvero di mutamento di veste giuridica, come nel caso di trasformazione, scissione o fusione di società ovvero enti privi di scopo di lucro, con riferimento alla sorte dei dati personali da questi trattati.

**89** Si v. *supra*, par. 3.

**90** Ai sensi dell'art. 26 Reg. UE 679/2016, su cui v. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 56. Sulla co-titolarietà del trattamento valga il richiamo all'ampia nozione offerta dalla CGUE, Grande sez., 05 giugno 2018, n. 210, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1805, con nota di RICCIO, *Titolarietà e contitolarietà nel trattamento dei dati personali tra Corte di Giustizia e Regolamento privacy*.

**91** Sempre *supra*, par. 3.

sto che sulla pianificazione successoria del titolare del trattamento<sup>92</sup>.

Dal lato del *de cuius*, sotto questo punto di osservazione, non si può imporre alcuna regola di cautela, e l'ordinamento preserva la sua libertà di disporre: ammesso che questi possa designare un responsabile del trattamento che curi le sorti dei dati per il tempo successivo al suo decesso, è stata altresì ricordata la possibilità di consegnare a un testamento le disposizioni per l'accesso ai supporti informatici<sup>93</sup>.

Volendo riportare alcune note conclusive, di carattere più generale, è evidente che le innovazioni tecnologiche contribuiscano a ridefinire alcuni spazi di attività, e, in certi casi, a creare nuove fattispecie giuridiche, sicché l'avanzamento tecnologico è certamente un motivo che spinge al ripensamento di alcuni istituti tradizionali<sup>94</sup>; determina, specialmente, una modifica della vita di società, dove gli individui si ritrovano a operare nella dimensione immateriale della rete<sup>95</sup>, imponendo con vigore nuovi schemi di relazione<sup>96</sup>.

Esse, però, non si spingono fino ad abbracciare il momento del venir meno della persona. Infatti, l'istante della morte rimane, oltretutto solitario, quantomai reale e terreno, e vive di regole giuridiche senza tempo<sup>97</sup>: queste norme manifestano l'insopprimibile esigenza di ciascuno che, nella propria libertà di disporre<sup>98</sup>, possa prevedere senza vincoli di sorta per il tempo in cui non sarà più<sup>99</sup>.

I principi del diritto ereditario, allora, resistono anche alla inedita dimensione di tutela dei dati personali<sup>100</sup>, fatte salve le conseguen-

<sup>92</sup> Si v. *supra*, par. 4.

<sup>93</sup> Si v. *supra*, par. 5.

<sup>94</sup> Ciò è espressamente riconosciuto dal Considerando 6 Reg. UE 2016/679; in dottrina, già PAGALLO, *op. cit.*, p. 706.

<sup>95</sup> BERLINGÒ, *op. cit.*, *passim* spec. pp. 642 ss. e 668 ss. Già ZENO-ZENCOVICH, *Diritto di informazione e all'informazione* (voce), in *Enciclopedia italiana, XXI Secolo, Norme e idee*, Roma, 2009, p. 302, per il quale «il processo di digitalizzazione smaterializza elementi della realtà».

<sup>96</sup> Un lucido affresco del rapporto fra volontà della tecnica rispetto alle esigenze di imposizione del diritto è offerto da IRTI, *Tecno-diritto*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, p. 1298 ss.

<sup>97</sup> Testualmente, BONILINI, *Successione in generale, e successione testamentaria, nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 585.

<sup>98</sup> L'insegnamento è di BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, *passim*, spec. p. 780; trattasi, quindi, di una esigenza di libertà piuttosto che di autonomia: cfr. SACCO, *Autonomia nel diritto privato* (voce), in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, p. 517.

<sup>99</sup> Giova porre in luce l'eccezionale ampiezza dell'autonomia testamentaria: cfr., pur con differenti sfumature, BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato*, Milano, 1990; ID., *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, cit., p. 789 ss.; TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, p. 39 ss.; LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970.

<sup>100</sup> E, in generale, al mutamento delle condizioni sociali, salvo le novelle intervenute con le riforme della famiglia, cfr. BONILINI, *Concetto, e fondamento, della successione*

ze pregiudizievoli, per nulla eccezionali rispetto ad altri àmbiti, di un comportamento del titolare del trattamento che sia risultato incauto e poco diligente, i cui eredi potranno venire chiamati al risarcimento del danno<sup>101</sup>.

L'auspicio, sotto quest'ultimo aspetto, è che si possa confidare nei così detti strumenti di *soft law*, come le raccomandazioni del Garante, i Codici di condotta e le regole deontologiche, i quali possano sensibilizzare i professionisti, titolari del trattamento, a provvedere anzitempo per l'evenienza del loro decesso<sup>102</sup>.

---

*mortis causa*, cit., pp. 41-42. Ma anche la prospettiva di SCALISI, *Persona umana e successioni*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 1989, p. 387 ss. e in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1988, Padova, 1991, p. 137 ss., con il titolo *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*.

**101** Come mostrato *supra*, par. 5.

**102** L'importanza della autoregolamentazione privata, peraltro, è giustamente posta in luce nella dottrina, cfr. POLETTI, CAUSARANO, *op. cit.*, p. 374 ss., spec. p. 413.

---

# ***Fintech: tra piattaforme di crowdfunding, valute virtuali e contrasto del riciclaggio***

Giulia Serafin

Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato e persona nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

**Abstract** The essay briefly describes the Fintech phenomenon. More specifically, it analyses investment-based crowdfunding, lending-based crowdfunding and virtual currencies and the legislative solutions for these activities, in particular from the point of view of the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing.

**Keywords** Fintech. Crowdfunding. Investment-based crowdfunding. Lending-based crowdfunding. Virtual currencies. Money laundering. Terrorist financing.

**Sommario** 1. L'ecosistema *Fintech*. – 2. Attività *Fintech* e opportunità di regolamentazione. – 3. Valute virtuali e piattaforme di *crowdfunding* alla prova dei fatti. – 4. Necessità di una risposta regolamentare. – 5. Il *crowdfunding*. – 5.1 *Investment-based crowdfunding* e disciplina antiriciclaggio. – 5.2 *Lending-based crowdfunding* e disciplina antiriciclaggio. – 6. Le valute virtuali e i nuovi soggetti obbligati alla disciplina antiriciclaggio. – 7. Alcune riflessioni conclusive.



Edizioni  
Ca Foscari

## **Open access**

© 2019 |  Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Serafin, Giulia (2019). "Fintech: tra piattaforme di *crowdfunding*, valute virtuali e contrasto del riciclaggio". *Ricerche giuridiche*, 8(1), 119-144.

DOI 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/006

## 1 L'ecosistema Fintech

L'avanzamento del processo di digitalizzazione dell'economia sta velocemente avanzando anche nel settore finanziario. È ormai un dato di fatto che il mondo bancario e finanziario è pienamente coinvolto da un'ondata di cambiamento che sta trasformando la fisionomia dell'intero settore. Queste trasformazioni vedono l'ingresso di nuovi soggetti, innovazioni nei modelli di business delle imprese, nuovi servizi o servizi prestati con modalità differenti.

Da molti questo impatto viene segnalato come dirompente, un'innovazione finanziaria caratterizzata da elementi che non hanno precedenti nella storia, un fenomeno comunemente noto come *Fintech*, derivante dalla crasi dei termini *financial* e *technology*<sup>1</sup>.

Anche se non esiste una definizione univoca del fenomeno, quella attualmente più accreditata è fornita dal Financial Stability Board (FSB). Secondo il FSB, *Fintech* può essere definita come «*technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on the provision of financial services*»<sup>2</sup>.

Una precisazione del fenomeno *Fintech* è data dall'European Banking Authority (EBA). Pur accogliendo la definizione fornita dal FSB, l'EBA inquadra la *Fintech* specificando alcune tipologie di in-

**1** Sul tema *Fintech* in generale si vedano: ALPA, *Fintech: un laboratorio per i giuristi*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 377 ss.; ARNER, BARBERIS, BUCKLEY, *The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm?*, in *University of Hong Kong - Faculty of Law, Research Paper No. 2015/047* e in *UNSW Law Research Paper No. 2016-62*, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2676553>; BARBERIS, CHISHTI, *The FinTech Book*, Wiley, Hoboken, 2016, *passim*; BOFONDI, GOBBI, *The Big Promise of Fintech*, in *European Economy*, 2017, 2, p. 107 ss.; CAPRIGLIONE, *Considerazioni a margine del volume "Il tramonto della banca universale?"*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 1, p. 1 ss.; DAROLLES, *The Rise of Fintechs and their Regulation*, in *Banque de France, Financial Stability Review*, 2016, 20, p. 85 ss.; FALCONE, *Tre idee intorno al c.d. "FinTech"*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1, p. 351 ss.; LEMMA, *Fintech Regulation: The Need for a Research*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2018, 4, 2, p. 38 ss.; LENER, *Fintech: Diritto, tecnologia e finanza*, in *I quaderni di Minerva Bancaria*, 2018, p. 2, *passim*; MADIR, *What is FinTech?*, in *FinTech. Law and Regulation*, a cura di Madir, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 1 ss.; MINTO, VOELKERLING, WULFF, *Separating Apples from Oranges: Identifying Threats to Financial Stability Originating from Fintech*, in *Capital Markets Law Journal*, 2017, 12, 4, p. 428 ss.; PARACAMPO, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di Paracampo, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss.; PELLEGRINI, *Il diritto cybernetico nei riflessi sulla materia bancaria e finanziaria*, in *Guido Alpa*, a cura di Capriglione, Padova, 2019, p. 351 ss.; PUSCHMANN, *Fintech*, in *Business & Information System Engineering*, 2017, 59, p. 69 ss.

**2** FSB, *Financial Stability Implications from FinTech – Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities Attention*, giugno 2017, p. 7. La stessa definizione viene adottata anche dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria: BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices: Implications of Fintech Developments for Banks*, febbraio 2017, p. 8, disponibile all'indirizzo: <https://www.bis.org/bcbss/publ/d431.pdf>.

novazione che caratterizzerebbero un servizio *Fintech*<sup>3</sup>. Tra queste possono annoverarsi il canale di distribuzione esclusivamente online o mobile, la tecnologia che abilita all'utilizzo dell'*high frequency trading*, la tecnologia che permette di comprare/detenere/vendere le monete virtuali, la *Big data analytics*, la *robo advice*; le piattaforme online; il *cloud computing*; i servizi di aggregazione dei dati; la *distributed ledger technology*; l'identificazione digitale; gli *smart contracts*<sup>4</sup>.

*Fintech*, dunque, è un termine utilizzato per coprire un'ampia gamma di fenomeni che vanno dalla creazione di nuovi sistemi di pagamento, ai canali di finanziamento alternativi; dalla creazione di nuove valute virtuali sino ai nuovi processi attraverso i quali vengono offerti servizi finanziari già conosciuti.

Insomma, sembra che esso possa considerarsi come un «ampio ed eterogeneo ecosistema, che racchiude diverse articolazioni o fattispecie, più o meno diffuse sul mercato, accomunati dal fatto di essere considerati *as financial activities wich provide an added value by means of digital technology*»<sup>5</sup>.

Genericamente, si può pensare ad esso come un ecosistema che identifica una serie di attività che si avvalgono dell'utilizzo di applicazioni tecnologiche altamente innovative come l'uso dei big data e le loro particolari tecniche di analisi, quali la *Big data analytics* e il *machine learning*.

Sin dal suo emergere è sorto un ampio dibattito che ha coinvolto vari organismi a diversi livelli<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> EBA, *Discussion Paper on the EBA's Approach to Financial Technology (FinTech)*, agosto 2017, p. 19.

<sup>4</sup> L'ESMA (European Securities and Markets Authority) utilizza una definizione che si basa sulla descrizione dell'impatto della tecnologia sulle istituzioni finanziarie e sui servizi offerti: «*a type of financial innovation that relies on Information Technology to function, e.g. internet, cloud etc. and that can result in new business models, applications, processes, products, or services with an associated effect on financial markets and institutions and the provisions of financial services*». Si veda: ARMSTRONG (Senior Risk analysis Officer, Innovation and Products Team, ESMA), *Financial Technology: The Regulatory Tipping Points*, settembre 2016, p. 2, disponibile all'indirizzo: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1420\\_financial\\_technology\\_the\\_regulatory\\_tipping\\_points\\_by\\_patrick\\_armstrong\\_0.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016-1420_financial_technology_the_regulatory_tipping_points_by_patrick_armstrong_0.pdf).

<sup>5</sup> PARACAMPO, *FinTech tra algoritmi, trasparenza e algo-governance*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2019, I, p. 214, nt. 2.

<sup>6</sup> Tra i numerosi studi, si vedano: AA.VV., *Fintech and Financial Services: Initial Considerations*, IMF Staff Discussion Note, giugno 2017; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Sound Practices: Implications of Fintech Developments for Banks and Bank Supervisors*, cit.; FSB, *Fintech and Market Structure in Financial Services: Market Developments and Potential Financial Stability Implications*, febbraio 2019; FSB, *Financial Stability Implications from FinTech - Supervisory and Regulatory issues that Merit Authorities Attention*, cit.; IOSCO, *Research Report on Financial Technologies (Fintech)*, febbraio 2017; SCHENA, TANDA, ARLOTTA, POTENZA, *Lo sviluppo del FinTech - Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in *Quaderni Fintech Consob*, marzo 2018.

Anche il dibattito nelle sedi europee si è intensificato, traducendosi in numerosi studi, analisi e proposte<sup>7</sup> e, se inizialmente le Istituzioni europee hanno assunto un approccio c.d. *wait and see*, le spinte di tipo fattuale hanno consigliato un approccio maggiormente interventista. Ad un tempo in cui ci si è limitati ad osservare i fenomeni che l'innovazione tecnologica ha portato nel settore finanziario, è seguito un tempo in cui le Istituzioni europee e gli Stati membri hanno iniziato a enucleare alcuni interventi, almeno con riguardo ai fenomeni meglio studiati.

Tuttavia, il dibattito non si è tradotto, almeno per il momento, in un unitario intervento regolatore dei diversi settori *Fintech*. Per lo più, sono stati i singoli stati che, seguendo gli indirizzi riportati dai vari documenti emersi a livello internazionale ed europeo, si sono occupati di regolare alcune tipologie di attività riconducibili all'ecosistema *Fintech*.

## 2 Attività *Fintech* e opportunità di regolamentazione

Come già premesso, moltissimi studi si sono occupati del fenomeno *Fintech*. Il dibattito si è focalizzato, soprattutto, su alcuni macro-temi, quali la dimensione del fenomeno e la sua diffusione, la mappatura delle attività interessate, i benefici e i rischi ad esso legati e la prospettiva di una loro regolamentazione<sup>8</sup>.

Tra i benefici comunemente sottolineati spiccano sicuramente quelli relativi alla riduzione dei costi e dei tempi delle transazioni, alla maggiore personalizzazione dei servizi e ai benefici in termini di inclusione finanziaria, nonché, più in generale, ad una crescita in termini di competitività dell'intero settore finanziario.

Accanto ai benefici che la *Fintech* è in grado di apportare, non mancano i rischi che, nelle varie sedi, sono stati evidenziati. A parte i rischi specificamente legati ad ogni singola attività che può ricondursi all'ecosistema *Fintech*, più in generale possono qui essere ricordati i rischi legati al fatto che si tratta per lo più di attività non regolate e che essendo offerte tramite canali digitali, travalicano i confini meramente nazionali. Inoltre, il fatto che le entità coinvolte non siano soggette ai rigidi requisiti prudenziali e alle regole di condotta che sono imposte agli intermediari sottoposti a vigilanza pone

---

<sup>7</sup> Si vedano, *ex multis*: COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo*, COM(2018) 109 final, giugno 2018 e la Risoluzione del PARLAMENTO EUROPEO, *Tecnologia finanziaria: influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, (2016/2243(INI)), maggio 2017.

<sup>8</sup> Si rimanda alle note precedenti per i riferimenti bibliografici.

significativi problemi di natura operativa e conduce ad interrogativi in merito alla trasparenza dei servizi resi, senza contare quelli legati ai possibili attacchi informatici ed alle frodi, nonché al rischio che tali attività possano veicolare operazioni illecite.

È ormai noto come alcune delle caratteristiche tipiche delle attività *Fintech* prestino facilmente il fianco ad un loro utilizzo per il riciclaggio di denaro e per il finanziamento del terrorismo. Tra queste caratteristiche vanno richiamate, soprattutto, la difficile tracciabilità delle operazioni, le quali avvengono attraverso sistemi non regolati o parzialmente regolati; nonché la facilità con la quale queste operazioni possono concludersi grazie ai nuovi canali digitali, i quali, a loro volta, richiedono tempi brevi e costi piuttosto contenuti.

Due, in particolare, sono le attività che meritano particolare attenzione quanto agli aspetti appena elencati: il *crowdfunding* e le valute virtuali.

In entrambi i casi si tratta di attività - relativamente - nuove, le quali coinvolgono soggetti non vigilati, che operano sfruttando canali digitali. Queste attività sfuggono all'inquadramento in categorie giuridiche già note e, di conseguenza, non sono (o non sono sufficientemente) regolate, il che contribuisce ad esacerbarne la natura già di per sé sufficientemente opaca.

Si pone così il tema dell'opportunità di una loro regolamentazione e, nel caso di risposta affermativa, delle modalità di essa. Come sempre accade quando si pone la questione dell'opportunità o meno di regolare una certa attività, anche in questo caso la scelta di regolamentare le attività *Fintech* si scontra con diverse questioni, le quali possono facilmente intuirsi. L'innovazione è un processo che richiede di per sé un certo spazio di manovra e, di conseguenza, la scelta di disciplinare i soggetti e le attività coinvolte nell'ecosistema *Fintech* potrebbe costituire un ostacolo all'innovazione, traducendosi in vincoli che limitano, appunto, tale spazio. Del resto, anche i costi richiesti agli operatori per adeguarsi alla regolamentazione del settore finanziario potrebbe tradursi in un freno all'innovazione.

Ma se c'è una cosa che l'ultima crisi finanziaria ha insegnato è che la stabilità del sistema finanziario è un interesse che va tutelato, come lo sono la sua trasparenza e la sua efficienza.

Ed allora è necessario chiedersi a quanta parte di trasparenza e stabilità del sistema finanziario si può rinunciare per raggiungere l'obiettivo di una maggiore efficienza in termini di rapidità e di minori costi. È giusto rinunciare a qualsiasi tipo di intervento normativo per non ostacolare l'innovazione?

Per rispondere a queste domande è necessario fare un passo indietro ed analizzare brevemente alcuni casi che possono aiutare a comprendere certi profili di debolezza del *crowdfunding* e delle valute virtuali.

### 3 Valute virtuali e piattaforme di *crowdfunding* alla prova dei fatti

Sin da quando le valute virtuali e il *crowdfunding* hanno cominciato a diffondersi è cresciuto anche l'interesse verso queste nuove attività da parte della criminalità organizzata.

Tra i casi più noti si può ricordare quello relativo al sito denominato Silk Road<sup>9</sup>. Il sito nasceva nel 2011 e consisteva in una piattaforma di *e-commerce* che permetteva liberamente la compravendita di droga. Successivamente, il sito veniva utilizzato anche per lo scambio di numerosi altri beni di provenienza illecita o la cui compravendita è considerata illegale (armi, materiale pedo-pornografico, documenti falsi e così via).

Il sito ovviamente non era accessibile tramite i normali canali di ricerca, ma risiedeva nel *dark web*. Il *dark web* fa parte del *deep web* e per accedervi sono necessari particolari software. Tra questi software il più famoso è Tor, il quale permette di rendere completamente anonime le comunicazioni e le transazioni che avvengono online. In buona sostanza, Tor impedisce la tracciabilità dei segnali internet, spalmandoli su una serie di server e rendendo così quasi impossibile risalire agli indirizzi IP di venditore e compratore.

Naturalmente, le transazioni che avvenivano nel sito Silk Road non potevano utilizzare i sistemi di pagamento normalmente utilizzabili sui siti di *e-commerce*, poiché questo avrebbe compromesso l'anonimato delle relative transazioni. Così, il fondatore del sito, Ross Ulbricht, aveva previsto che il prezzo della compravendita venisse saldato utilizzando esclusivamente bitcoin. Grazie ai bitcoin veniva mantenuto un elevato tasso di anonimato anche nei pagamenti.

Anche se le autorità conoscevano l'esistenza del sito ed i traffici illeciti che ivi avvenivano, ci volle molto tempo per riuscire a risalire alle identità degli amministratori e dei fornitori del sito. Il suo fondatore veniva tratto in arresto nell'ottobre del 2015 ed accusato di vari reati, tra i quali traffico di droga, riciclaggio di denaro e persino tentato omicidio. Il sito veniva, infine, chiuso dall'FBI e Ross Ulbricht condannato a diversi anni di reclusione.

---

<sup>9</sup> FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, giugno 2014, p. 11. Il documento riporta altri due casi famosi, uno dei quali è quello della Liberty Reserve, descritto come il più grande caso di riciclaggio di denaro online. In breve, la società forniva un servizio online per effettuare transazioni in tutto il mondo senza alcun sistema di verifica su chi effettuava le transazioni e su chi riceveva il denaro, offrendo anche un servizio a pagamento volto a nascondere il proprio numero di conto durante le transazioni. Sul caso, si vedano anche SANTORA, RASHBAUM, PERLROTH, *Online Currency Exchange Accused of Laundering \$6 Billion*, in *The New York Times*, 2013, 28 maggio; TRAUTMAN, *Virtual Currencies Bitcoin & What Now After Liberty Reserve, Silk Road, and Mt. Gox?*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, 2014, 20, 4, p. 91 ss.

Molte sono poi le campagne di raccolta di fondi promosse attraverso i *social media* che celano, nella realtà, canali di finanziamento da destinare alle organizzazioni terroristiche.

Nell'agosto del 2015 Ali Shukri Amin, attraverso Twitter, forniva indicazioni su come servirsi dei bitcoin per celare la fornitura di fondi all'ISIL e agevolare il viaggio dei sostenitori di tale organizzazione terroristica verso la Siria, per combattere a fianco della stessa. Egli suggeriva di ricorrere al c.d. *Dark Wallet* (un bitcoin wallet, che mantiene l'utilizzatore anonimo) e dava istruzioni su come creare un sistema di donazioni, sempre anonimo, per l'invio di denaro al *mujahedeen* (combattente della *Jihad*). Amin verrà poi condannato negli Stati Uniti ad undici anni di reclusione a seguito dell'impiego di Twitter per promuovere ed incoraggiare l'utilizzo delle valute virtuali per finanziare l'ISIL e i suoi sostenitori.

Come le operazioni in valute virtuali, anche il *crowdfunding* si presta di per sé a celare questo tipo di operazioni. Basti pensare che, ad esempio, nella forma del *donation-based crowdfunding* aderendo ad una raccolta di fondi spesso non si ha la certezza della destinazione delle somme donate. Anche modelli più elaborati di *crowdfunding*, quali l'*investment-based crowdfunding* e il *lending-based crowdfunding*, potrebbero facilmente nascondere operazioni volte al riciclaggio del denaro data la velocità delle operazioni, le quali avvengono tutte online, attraverso appositi account, con la (solo) relativa possibilità di identificazione del datore di fondi, che ben potrebbe nascondersi dietro una falsa identità o un prestanome. E i problemi possono aumentare quando le operazioni vengono svolte utilizzando valute virtuali, per poi essere convertite in moneta legale.

Molti sono i casi conosciuti in cui sono state promosse operazioni di *crowdfunding* per raccogliere fondi da destinare a popolazioni bisognose ma che, in realtà, venivano utilizzati per finanziare operazioni terroristiche<sup>10</sup>.

#### 4 Necessità di una risposta regolamentare

Le valute virtuali e il *crowdfunding*, pur rappresentando una notevole opportunità in termini di innovazione finanziaria e di inclusio-

<sup>10</sup> FATF, *Emerging Terrorist Financing Risk*, ottobre 2015, 30 ss., dove si legge: «*Crowdfunding websites allow people to easily set up a fundraising page and collect donations. Yet, crowdfunding is vulnerable to exploitation for illicit purposes, including instances where the true purpose of the funding campaign is masked. Individuals and organizations seeking to fundraise for terrorism and extremism support may claim to be engaging in legitimate charitable or humanitarian activities and may establish NPOs for these purposes. Several cases indicate that the end-use of funds collected through crowdfunding and social networks was not known to donors*».

ne finanziaria, comportano anche pericoli per il sistema finanziario.

I motivi per i quali queste attività appaiono particolarmente attraenti per le organizzazioni criminali sono facilmente intuibili: come già detto, si tratta di canali alternativi rispetto a quello finanziario o bancario dove invece tutto è, in qualche modo, registrato e tracciabile. Si tratta di sistemi nuovi, non ancora sottoposti a regolamentazione e che, pertanto, tendono a sfuggire alle normative previste per prevenire il riciclaggio e il finanziamento al terrorismo<sup>11</sup>.

Le organizzazioni criminali, infatti, cercano di evitare di lasciare traccia delle operazioni finanziarie compiute e di mantenere l'assoluto anonimato sull'identità dei soggetti coinvolti<sup>12</sup>. Di certo, tali operazioni richiedono maggiori competenze digitali, ma l'anonimato che spesso garantiscono è elevato.

Si fa sempre più attuale l'esigenza di elaborare una risposta che sia in grado di evitare che il *crowdfunding* e le operazioni in valute virtuali, nonché le attività *Fintech* più in generale, vengano piegate a scopi illeciti<sup>13</sup>.

Di fronte a queste evidenze si pone, così, il problema della regolamentazione del fenomeno in sé e, soprattutto, della necessità di risolvere i problemi legati alle nuove attività ricomprese nell'ecosistema *Fintech* nel contesto del contrasto del riciclaggio del denaro e del finanziamento del terrorismo.

Il rischio di porre un freno all'innovazione non sembra più un obiettivo così sostenibile, se il prezzo da pagare è quello di vedere interi settori piegati ad usi illeciti.

In questo quadro, dopo un veloce inquadramento dei fenomeni del *crowdfunding* e delle valute virtuali, verranno analizzate le soluzioni legislative offerte per contrastarne il possibile abuso a scopi di ri-

**11** URBANI, MINTO, *La quarta direttiva europea in materia di antiriciclaggio, tra luci, ombre e prospettive*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2017, I, p. 119 ss. Più in generale, l'avvento di internet ha notoriamente posto numerose sfide al contrasto del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo internazionale, e ciò per varie ragioni: le transazioni sono eseguibili in tempi molto minori grazie agli strumenti digitali e a costi contenuti rispetto ai canali tradizionali, il che poi si accompagna ad una tendenziale opacità dei flussi finanziari. Paradigmatico, in passato, è stato il fenomeno dell'introduzione della moneta elettronica. Sul punto, si veda URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, Cedam, Padova, 2005, p. 39 ss.

**12** CIERVO, *Il rischio di money laundering e money dirtying connesso alle piattaforme e alle operazioni di crowdfunding: valutazione e gestione alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, 1-supplemento, 10.

**13** In una recente Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo si fa riferimento specifico alle piattaforme di finanziamento collettivo e alle monete virtuali in ragione della loro esposizione «in maniera significativa ai rischi di riciclaggio/finanziamento del terrorismo»: v. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere*, COM(2017) 340 final, 2017.

ciclaggio o finanziamento al terrorismo.

Si tratta, peraltro, di due fenomeni molto diversi tra loro e, di conseguenza, caratterizzati da approcci completamente differenti.

## 5 Il crowdfunding

Come noto, il *crowdfunding* consiste in un canale alternativo rispetto a quelli tradizionali, che consente di reperire risorse finanziarie e che si avvale di apposite piattaforme digitali<sup>14</sup> grazie alle quali avviene l'incontro tra domanda ed offerta (ossia tra coloro che necessitano di reperire fondi e coloro che desiderano investire risorse in surplus)<sup>15</sup>.

La Commissione europea definisce il *crowdfunding* come «*an emerging alternative form of financing that connects those who can give, lend or invest money directly with those who need financing for a specific project. It usually refers to public online calls to contribute finance to specific projects*»<sup>16</sup>.

Comunemente, si distinguono quattro tipologie di *crowdfunding*<sup>17</sup>. La prima è denominata *donation-based crowdfunding*, laddove i finanziatori devolvono una determinata somma in favore di una specifica iniziativa, generalmente di carattere benefico, culturale o sociale. A fronte di questa donazione il sostenitore non riceve alcun ritorno di carattere economico o finanziario se non, talvolta, informazioni re-

<sup>14</sup> In generale, sulle funzioni delle piattaforme nella moderna economia, si veda ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, in *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, a cura di Falce, Ghidini, Olivieri, Giuffrè, Milano, 2018, p. 78 ss.

<sup>15</sup> FERRARINI, MACCHIAVELLO, *FinTech and Alternative Finance in the CMU: The Regulation of Marketplace Investing*, in *Capital Markets Union in Europe*, a cura di Busch, Avgouleas, Ferrarini, Oxford, 2018, p. 210.

<sup>16</sup> COMMISSIONE EUROPEA (sito), [https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/crowdfunding\\_en](https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/crowdfunding_en). Sempre la Commissione europea si riferisce al *crowdfunding* sottolineando due elementi chiave, la partecipazione del pubblico (della folla) e le piattaforme attraverso le quali avvengono tali operazioni: «*crowdfunding refers to an open call the public to raise funds for a specific project. Crowdfunding platforms are websites that enable interaction between fundraisers and the crowd. Financial pledges can be made and collected through the platform*»: COMMISSIONE EUROPEA, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, SWD(2016) 154 final, Bruxelles, 2016, p. 8.

<sup>17</sup> Va rilevato che, accanto alle quattro tipologie di *crowdfunding* che vengono generalmente individuate, esistono anche forme ibride di *crowdfunding*, nelle quali si assiste alla combinazione di elementi appartenenti a due o più categorie. Inoltre, l'*investment-based crowdfunding* e il *lending-based crowdfunding* conoscono una serie di varianti con riferimento ai modelli di business adottati rispetto al modello di base. Infine, si tenga presente che in alcune elencazioni, accanto alle quattro tipologie classiche di *crowdfunding*, se ne aggiunge una quinta: l'*invoice trading*, che costituisce una forma di finanziamento che avviene tramite cessione e sconto di fatture e sempre per il tramite di una piattaforma digitale. Si vedano: COMMISSIONE EUROPEA, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, cit., pp. 32-33; FSB, *Financial Stability Implications from FinTech - Supervisory and Regulatory Issues that Merit Authorities Attention*, cit., p. 11 ss.

lative al successo dell'iniziativa finanziata<sup>18</sup>.

La seconda è quella del *reward-based crowdfunding* nella quale, a fronte della somma concessa da colui che intende finanziare un determinato progetto o una certa iniziativa, vengono offerti una ricompensa o un premio di tipo non monetario, generalmente proporzionati alla misura del versamento effettuato dal sostenitore<sup>19</sup>.

La terza e la quarta tipologia di crowdfunding sono quelle che coinvolgono più da vicino il settore finanziario. Si tratta dell'*investment-based crowdfunding* e del *lending-based crowdfunding*. Mentre nel primo certi tipi di società emettono quote rappresentative del capitale sociale o titoli di debito (*equity crowdfunding* e *debt crowdfunding*), nel *lending-based crowdfunding* imprese o individui ottengono risorse economiche attraverso operazioni di prestito.

Queste ultime due tipologie di *crowdfunding* sono quelle che qui specificamente interessano e sono accomunate dal fatto che coloro che erogano i fondi si aspettano un ritorno di tipo finanziario: le stesse sono ricomprese all'interno di una macrocategoria denominata *financial-return crowdfunding (FR crowdfunding)*<sup>20</sup>.

Data la rilevanza che queste ultime due forme di *crowdfunding* possono assumere nell'ambito del settore finanziario è ad esse che si è rivolta tutta l'attenzione del legislatore.

### 1.1 *Investment-based crowdfunding* e disciplina antiriciclaggio

Per quanto riguarda l'*investment-based crowdfunding*, esso assume tutte le caratteristiche tipiche di un investimento di natura finanziaria: impiego di capitali, aspettativa di rendimento e assunzione di un rischio connesso all'impiego.

A livello europeo, dunque, la questione più rilevante affrontata è stata il suo possibile inquadramento nell'ambito della disciplina sui servizi e le attività di investimento prevista dalla Direttiva 2014/64/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari (c.d. MiFID II).

<sup>18</sup> Per una disamina del *donation-based crowdfunding* si veda LAUDONIO, *Le altre facce del crowdfunding*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2017, I, p. 261 ss.

<sup>19</sup> Il *reward-based crowdfunding* può assumere due varianti: la c.d. *all or nothing*, nel caso in cui il denaro raccolto verrà utilizzato solo nel caso in cui l'ammontare del finanziamento richiesto sia raggiunto, e la modalità c.d. *keep it all*, in cui si prescinde dal raggiungimento dell'ammontare prefissato. Si veda BOLLETTINARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme online nella prassi e nella recente legislazione*, in *Nuovo dir. società*, 2013, 2, p. 18. Più in generale, sul *reward-based crowdfunding* si veda LAUDONIO, *Le altre facce del crowdfunding*, cit., p. 261 ss.

<sup>20</sup> MACCHIAVELLO, *Financial-Return Crowdfunding and Regulatory Approaches in the Shadow Banking, FinTech and Collaborative Finance Era*, in *European Company and Financial Law Review*, 2017, 14, 4, p. 662.

Anche se non si può escludere del tutto, non è facile inquadrare le singole operazioni di *investment crowdfunding* all'interno del perimetro dei servizi di investimento<sup>21</sup>. Molto dipende dai modelli di business adottati e, in definitiva, è necessaria una valutazione caso per caso<sup>22</sup>. Ciò comporta un elevato tasso di incertezza sulla disciplina applicabile e, nel caso in cui la disciplina della MiFID II non lo fosse, è ragionevole pensare che non sarà nemmeno applicabile la disciplina antiriciclaggio<sup>23</sup>.

A questa incertezza corrispondono approcci regolamentari molto differenti negli ordinamenti dell'Unione europea: alcuni Stati membri ritengono applicabile la MiFID II, altri ne escludono l'applicabilità ritenendo che non sussistano i presupposti della definizione di strumento finanziario o di servizio di investimento. Vi sono poi Stati membri che ritengono applicabili altre discipline vigenti nei propri ordinamenti mentre altri ancora hanno emanato discipline ad hoc<sup>24</sup>.

L'Italia è stato il primo ordinamento nel contesto europeo a darsi di un'apposita regolamentazione del *crowdfunding*. Essa risale al 2012<sup>25</sup> ed è contenuta, a livello di fonte primaria, nel t.u.f. e, a livello secondario, nel Regolamento Consob n. 18592/2013 (di seguito Regolamento Crowdfunding)<sup>26</sup>.

**21** ACCETTELLA, *Raccolta di capitali di rischio tramite portali e forme di intermediazione finanziaria*, in *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, a cura di Corso, Napoli, 2019, p. 179.

**22** Poiché la nozione di servizio o attività di investimento è strettamente correlata a quella di strumento finanziario, andrà prima verificato se è possibile affermare che l'operazione di *investment crowdfunding* ha ad oggetto uno strumento finanziario così come definito dalla MiFID II (in particolare si veda l'allegato 1, sez. C). Sul tema dell'inquadramento delle operazioni di *crowdfunding* nel perimetro della MiFID II si vedano: ESMA, *Opinion: Investment-based crowdfunding*, dicembre 2014, 14 ss.; FERRARINI, MACCHIAVELLO, *Investment-based crowdfunding*, in *Regulation of the EU financial markets - MiFID II and MiFIR*, a cura di Busch e Ferrarini, Oxford, 2017, p. 668 ss.

**23** Ovviamente non è una conseguenza automatica, poiché rileva anche il soggetto che gestisce la piattaforma di *crowdfunding*. Invero, potrebbe anche darsi il caso in cui la piattaforma di *crowdfunding* fosse gestita da un soggetto già di per sé tenuto ad adempiere agli obblighi previsti dalla disciplina antiriciclaggio.

**24** COMMISSIONE EUROPEA, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, cit., p. 18 ss.; ALVISI, *Equity crowdfunding: uno sguardo comparatistico*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, n. 3, p. 11 ss. (estratto, disponibile all'indirizzo [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/alvisi\\_p\\_equity\\_crowdfunding\\_uno\\_sguardo\\_comparatistico\\_2014.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/alvisi_p_equity_crowdfunding_uno_sguardo_comparatistico_2014.pdf)); FERRARINI, *Regulating FinTech: Crowdfunding and Beyond*, in *European Economy*, 2017, 2, p. 121 ss., disponibile all'indirizzo <https://european-economy.eu/2017-2/regulating-fintech-crowdfunding-and-beyond/>; FERRARINI, MACCHIAVELLO, *Investment-based crowdfunding*, cit., p. 672 ss.

**25** La disciplina è stata introdotta con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. decreto sviluppo-bis) convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221.

**26** Per una rapida disamina della disciplina italiana si vedano: BOLLETTINARI, *Il crowdfunding: la raccolta del capitale tramite piattaforme on-line nella prassi e nella recente legislazione*, cit., p. 9 ss.; CARATOZZOLO, *L'utilizzo delle nuove tecnologie per il finanziamento delle imprese: l'equity crowdfunding*, in *FinTech. Introduzione ai pro-*

La disciplina è dedicata a favorire la nascita e la patrimonializzazione di certe imprese. Infatti, da un lato, la possibilità di raccogliere e capitali attraverso portali online è riservata alle PMI, alle imprese sociali, nonché agli organismi di investimento collettivo del risparmio che investano prevalentemente in piccole e medie imprese<sup>27</sup> e, dall'altro, la disciplina si occupa solo dell'*investment-based crowdfunding*, nelle forme dell'*equity* e del *debt crowdfunding*<sup>28</sup>.

Dal punto di vista che qui interessa, ovvero la disciplina di contrasto del riciclaggio del denaro e del finanziamento del terrorismo, preme sottolineare come, anche in mancanza di una normativa che affronti in maniera diretta il problema, è possibile ritenere che la soluzione sia in ogni caso raggiunta in maniera indiretta.

Innanzitutto, la normativa primaria si occupa di disciplinare l'attività di gestione dei portali online<sup>29</sup>, prevedendo quali soggetti pos-

---

*filii giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 154 ss.; CIOCCA, *Il finanziamento delle PMI e la disciplina dell'equity-based crowdfunding*, in *Start-up e PMI innovative: scelte statutarie e finanziamento*, cit., p. 125 ss.; D'IPPOLITO, BUSINELLI, SCIARRONE ALIBRANDI, *Protecting Crowdfunders: Is a MiFID-Mimicking Approach Appropriate?*, in *European Company Law*, 2016, 13, 1, p. 27 ss.; FREGONARA, *L'equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2287 ss.; MACCHIAVELLO, *La travagliata evoluzione normativa dell'equity crowdfunding in Italia, il nuovo regolamento Consob e la prospettiva di regolazione del crowdfunding a livello europeo: una disciplina destinata a breve vita?*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, I, p. 133 ss.; OTTOLIA, *L'equity crowdfunding tra incentivi al reperimento di capitale di rischio per start up innovative e responsabilità*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2014, I, p. 43 ss.; POLICARO, *Lo sviluppo in Italia dell'equity crowdfunding*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2019, I, p. 67 ss.; VITALI, *Equity crowdfunding: la nuova frontiera della raccolta del capitale di rischio*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 371 ss.

**27** Inizialmente, nel d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221 la possibilità di ricorrere alla raccolta tramite portali online era limitata alle sole start up innovative. In seguito, con il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito nella l. 24 marzo 2015, n. 33, tale agevolazione è stata estesa dapprima alle PMI innovative, agli organismi di investimento collettivo del risparmio e alle società di capitali che investono prevalentemente in start up e PMI innovative. Infine, con la l. 11 dicembre 2016 (legge di bilancio del 2017) e il successivo decreto correttivo (d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella l. 21 giugno 2017, n. 96), la possibilità di utilizzare i portali online per la raccolta di capitali di rischio è stata ulteriormente estesa a tutte le PMI, a prescindere dal fatto che siano costituite in forma di s.r.l. o s.p.a. e dal carattere innovativo dell'attività svolta, nonché agli organismi di investimento collettivo del risparmio e alle società di capitali che investono prevalentemente in PMI.

**28** L'ambito di applicazione della disciplina coincideva inizialmente con la sola attività di *equity crowdfunding*. Con la l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019), la possibilità per i gestori di portali di raccogliere capitali attraverso piattaforme online viene estesa anche agli strumenti di debito. Per quanto riguarda la *lending-based crowdfunding* si veda *infra*.

**29** Secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 5-*novies*, t.u.f., «per "portale per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali" si intende una piattaforma on line che abbia come finalità esclusiva la facilitazione della raccolta di capitale di rischio da parte delle piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera (f), primo alinea, del Regolamento (UE) 2017/1129, delle imprese sociali e degli organismi di investimento collettivo del risparmio o di altre società

sano offrire questo tipo di servizio. Infatti, l'attività di *investment crowdfunding* è riservata a due tipologie di soggetti: da un lato, agli intermediari già soggetti a vigilanza, quali banche e imprese di investimento (c.d. gestori di diritto)<sup>30</sup>; dall'altro, l'attività è consentita a soggetti che esercitino professionalmente l'attività di gestione di portali di *crowdfunding* e che abbiano ottenuto un'apposita autorizzazione (c.d. gestori professionali)<sup>31</sup>. Nessun riferimento, né nel t.u.f., né nel d.lgs. n. 231/2007, ai gestori dei portali online quali soggetti obbligati all'osservanza della disciplina antiriciclaggio.

Ovviamente, il problema non si pone in relazione ai c.d. gestori di diritto, soggetti già tenuti al rispetto della normativa antiriciclaggio ai sensi dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 231/2007, in qualità di intermediari bancari e finanziari e in relazione ai rapporti o alle operazioni che instaurino in ragione dello svolgimento della propria attività istituzionale o professionale, qualunque essa sia.

Quanto ai c.d. gestori professionali, invece, fermandosi a questi primi dati legislativi dovrebbe concludersi che non esiste un obbligo diretto per gli stessi di rispettare la disciplina antiriciclaggio.

Tuttavia, va rammentato che i c.d. gestori professionali non possono eseguire direttamente gli ordini immessi nella piattaforma di *crowdfunding*. Infatti, secondo quanto previsto dalla stessa disciplina del t.u.f., gli ordini riguardanti la sottoscrizione e la compravendita di strumenti finanziari devono essere trasmessi, al fine di essere eseguiti, esclusivamente a banche, imprese di investimento e altri soggetti vigilati<sup>32</sup>.

---

che investono prevalentemente in piccole e medie imprese nonché della raccolta di finanziamenti tramite obbligazioni o strumenti finanziari di debito da parte delle piccole e medie imprese».

**30** Secondo quanto previsto dall'art. 50-*quinquies*, co. 1, t.u.f., «l'attività di gestione di portali per la raccolta di capitali per le piccole e medie imprese e per le imprese sociali è riservata alle Sim, alle imprese di investimento UE, alle imprese di paesi terzi diverse dalle banche autorizzate in Italia, ai gestori di cui all'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), limitatamente all'offerta di quote o azioni di Oicr che investono prevalentemente in piccole e medie imprese e alle banche, autorizzati ai relativi servizi di investimento [...]».

**31** L'art. 50-*quinquies*, co. 1, t.u.f., prevede l'istituzione di un apposito registro tenuto dalla Consob in cui i gestori dei portali c.d. professionali devono iscriversi. Il Regolamento crowdfunding specifica la disciplina del registro, il procedimento e i requisiti per l'iscrizione.

**32** La scelta, del resto, è una scelta obbligata. Trattandosi, infatti, di una normativa emanata beneficiando dell'esenzione facoltativa prevista dall'art. 3 della MiFID II, è espressamente previsto dallo stesso che gli Stati membri possono non applicare la Direttiva per attività autorizzate e disciplinate a livello nazionale a condizione che (i) non siano autorizzate a detenere fondi appartenenti ai clienti; (ii) non siano autorizzate a prestare servizi di investimento (tranne la ricezione e la trasmissione di ordini in valori mobiliari e quote di organismi d'investimento collettivo e/o attività di consulenza in materia di investimenti relativa a tali strumenti finanziari); (iii) nell'ambito della prestazione di tali servizi sono autorizzate a trasmettere ordini soltanto a intermediari finanziari e bancari soggetti a vigilanza. Tuttavia, la scelta di emanare una norma-

Di conseguenza, anche se nulla è direttamente previsto in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, gli scopi della disciplina antiriciclaggio sono raggiunti in maniera indiretta, poiché, non potendo i c.d. gestori professionali gestire direttamente gli ordini ricevuti sul portale e dovendoli trasmettere a soggetti vigilati, l'adempimento degli obblighi previsti dalla normativa sarà demandato a questi ultimi, ossia a soggetti già tenuti al rispetto di essi<sup>33</sup>.

## 1.2 Lending-based crowdfunding e disciplina antiriciclaggio

Il *lending-based crowdfunding* (noto anche come *peer-to-peer lending*) nasce e si diffonde per permettere a singoli individui di reperire fondi per le più svariate esigenze<sup>34</sup>. A differenza dell'*investment-based crowdfunding*, dove l'operazione risponde all'esigenza di ricercare un finanziamento a titolo di capitale o di debito a fronte dell'emissione di azioni o obbligazioni (o titoli di debito), le piattaforme di *lending crowdfunding* permettono a soggetti che vengono denominati "prenditori" di ottenere una certa somma di denaro in prestito, a titolo di mutuo, e ai c.d. "prestatori" di offrire somme di denaro con l'aspettativa di un ritorno di tipo finanziario. Un elemento estremamente importante è che i finanziamenti non sono qui finalizzati, differenziandosi il *lending-based crowdfunding* da altre forme di *crowdfunding* nelle quali coloro che, a vario titolo, investono del denaro sono mossi dall'interesse specifico di finanziare un determinato progetto o una determinata impresa<sup>35</sup>.

È evidente, dunque, che il *lending-based crowdfunding* assume connotazioni diverse<sup>36</sup> e che, anche se una possibile intersezione con

---

tiva nell'ambito dell'esenzione facoltativa prevista dalla MiFID II è indicativa del fatto che, altrimenti, il nostro legislatore avrebbe considerato l'*investment-based crowdfunding* come un'attività rientrante nell'ambito di applicazione della Direttiva sui servizi e le attività di investimento.

**33** Cfr. art. 50-*quinquies*, co. 1, del t.u.f. e art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 231/2007.

**34** Più diffusamente sul tema *lending-based crowdfunding* si rimanda a: AA.Vv., *Peer to peer lending: mito o realtà*, a cura di Filotto, Roma, 2016, *passim*; CAPOBIANCO, *Il "Peer-to-peer lending"*, in *FinTech*, a cura di Fimmano e Falcone, Napoli, 2019, p. 225 ss.; MASTROPAOLO, *Il social lending: aspetti di diritto sostanziale e di regolamentazione dell'attività*, in *Fintech*, cit., p. 241 ss.

**35** BANI, *Le piattaforme di peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., pp. 164-165.

**36** Accanto al modello più tradizionale, che vede la piattaforma funzionare come un *marketplace* puro, la quale agisce, dunque, come un mediatore mettendo in relazione le parti e facilitando la conclusione del contratto, si individuano almeno altri tre modelli che si basano sul diverso ruolo assunto dalla piattaforma: il *notary model*, il *guar-*

il settore dei servizi e delle attività di investimento è possibile<sup>37</sup>, l'attività che viene in considerazione al fine dell'inquadramento giuridico del fenomeno sembra essere quella dell'erogazione del credito e della raccolta del risparmio. Il quesito da porsi è, quindi, se le piattaforme di *lending-based crowdfunding* esercitino attività bancaria o intersechino il perimetro di un'attività comunque afferente a questo settore, come, ad esempio, l'esercizio del credito disgiunto dalla raccolta del risparmio.

Anche in questo caso la risposta non è univoca, e non lo è perché dipende concrete modalità attraverso cui operano le piattaforme di *lending crowdfunding*.

Come noto, la qualificazione di un'attività come bancaria risiede nell'esercizio congiunto delle attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito<sup>38</sup>. Tuttavia, la normativa europea, mentre vieta l'attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili tra il pubblico a persone o imprese che non sono enti creditizi<sup>39</sup>, non rende oggetto di riserva l'attività di erogazione del credito svolta disgiuntamente dalla precedente.

Tuttavia, l'attività delle piattaforme di *lending-based crowdfunding* non sembra attagliarsi a nessuna delle due attività poiché, in realtà, le piattaforme non svolgono (almeno nella maggior parte dei casi) alcuna forma di intermediazione creditizia. Infatti, dal lato della raccolta essa non assume nessuna garanzia in ordine alla rimborsabilità dei fondi e, dal lato dei crediti, essi non vengono erogati dalla piattaforma per conto proprio, bensì sono i c.d. *crowd-lenders* a fornire il finanziamento<sup>40</sup>.

---

*anteed return model* ed il *balance sheet model*. Si vedano: FSB, *FinTech Credit - Market Structure, Business Models and Financial Stability Implications*, cit. 10 ss.; KIRBY, WÖRNER, *Crowdfunding: An Infant Industry Growing Fast*, in *Orcv-Iosco, Staff Working Paper*, 2014, 3, p. 16 ss.

**37** Sul punto si veda MACCHIAVELLO, *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 63 ss.

**38** L'art. 4, par. 1, n. 1), del Regolamento UE 575/2013 (c.d. CRR), definisce come ente creditizio «un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto». Nel nostro ordinamento la riserva per l'esercizio dell'attività bancaria è prevista dall'art. 10, co. 2, t.u.b.

**39** Art. 9, par. 1, Direttiva 2013/36/UE (c.d. CRD): «Gli Stati membri vietano alle persone o imprese che non sono enti creditizi di effettuare l'attività di raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili tra il pubblico».

**40** Sul punto, anche l'EBA ha escluso che l'attività delle piattaforme di *lending crowdfunding* rientri nella definizione di ente creditizio: EBA, *Opinion of the European Banking Authority on Lending-based Crowdfunding*, febbraio 2015, p. 25. Si veda, inoltre, BANI, *Le piattaforme di peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, cit., 172. La Banca d'Italia, ad esempio, ha ravvisato una violazione della riserva in materia di raccolta del risparmio, ex art. 11, co. 2, t.u.b., e non della più ampia riserva per l'esercizio dell'attività bancaria prevista dall'art. 10, co. 2, t.u.b., nel caso della piattaforma Zopa Italia s.p.a. (la quale, del resto, era già stata autorizzata ad operare in qua-

Poiché il tema dell'inquadramento giuridico di questa attività è complesso e non è univocamente risolto, gli Stati hanno compiuto scelte regolatorie differenti, a seconda del proprio contesto legislativo e dei modelli di business più ricorrenti nelle piattaforme di *lending crowdfunding* in ambito nazionale. Anche in questo specifico settore, dunque, gli ordinamenti nazionali hanno assunto atteggiamenti diversi: vi è chi ha deciso di assoggettare l'attività di *lending crowdfunding* a discipline esistenti, chi l'ha regolata con normative apposite e chi, invece, non ha compiuto alcuna scelta di regolamentazione del fenomeno<sup>41</sup>.

In Italia, il *lending-based crowdfunding* non è sottoposto ad apposita disciplina, tuttavia, la Banca d'Italia, in occasione dell'aggiornamento delle disposizioni generali in materia di raccolta del risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche, ha colto l'occasione per riconoscere lo strumento dell'attività di *social lending* e per fornire alcune prime indicazioni in materia<sup>42</sup>.

Secondo quanto si rinviene in queste prime indicazioni, l'attività è consentita nel rispetto delle norme che regolano le attività riservate a particolari categorie di soggetti e, dunque, alle piattaforme di *lending crowdfunding* è vietata la raccolta del risparmio tra il pubblico.

Tuttavia, sempre stando alle Disposizioni della Banca d'Italia, non costituirebbe raccolta del risparmio né «la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione dei servizi di pagamento dai gestori medesimi, se autorizzati a operare come istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica o intermediari finanziari di cui all'art. 106 del TUB autorizzati a prestare servizi di pagamento ai sensi dell'art. 114-*novies*, comma 4, del TUB», né «la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica effettuata dai gestori a tal fine autorizzati».

In questi ultimi casi si tratta di attività il cui esercizio è espressamente consentito dal t.u.b. ad appositi soggetti e, secondo quanto espresso nelle disposizioni della Banca d'Italia, è possibile per i gestori di portali di *lending crowdfunding* ottenere un'apposita autorizzazione ad operare come di istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica o intermediari finanziari ex art. 106 t.u.b.

---

lità di intermediario finanziario ex art. 106 t.u.b.): PRESTIPINO, *Raccolta del risparmio tra il pubblico mascherata da servizio di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 428 ss.

<sup>41</sup> Per una panoramica sulle scelte adottate dagli Stati dell'Unione europea, si veda: COMMISSIONE EUROPEA, *Crowdfunding in the EU Capital Markets Union*, cit., p. 25 ss. Più specificamente, sulle discipline ad hoc approvate da alcuni Stati membri, si veda: EBA, *Opinion of the European Banking Authority on Lending-based Crowdfunding*, cit., p. 36 ss.

<sup>42</sup> Si tratta del "Provvedimento recante disposizioni per la raccolta del risparmio dei soggetti diversi dalle banche" entrato in vigore il 1° gennaio 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/raccolta-risparmio-soggetti-diversi/index.html>.

Di conseguenza, adeguandosi a quanto previsto dalle disposizioni della Banca d'Italia, i portali di *lending crowdfunding* operanti nel nostro Paese hanno richiesto l'autorizzazione ad operare in qualità di uno dei soggetti appena indicati, oppure hanno preferito avvalersi di soggetti terzi per i pagamenti, operando come soggetti non autorizzati.

In ogni caso, va rilevato come, nonostante manchi una disciplina del *lending-based crowdfunding*, l'indirizzo assunto dalla Banca d'Italia permetta, ancora una volta, l'indiretta ricomprensione nell'alveo dei soggetti tenuti all'osservanza della normativa antiriciclaggio. Di nuovo, infatti, se i portali di *social lending* optano per l'ottenimento di un'autorizzazione ad operare quali istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica o intermediari finanziari ex art. 106 t.u.b., essi sono tenuti al rispetto degli obblighi previsti dal d.lgs. n. 231/2007 in quanto soggetti *ex lege* obbligati.

## 6 Le valute virtuali e i nuovi soggetti obbligati alla disciplina antiriciclaggio

Le valute virtuali<sup>43</sup> sono create da un emittente privato o in via diffusa (da qui la distinzione tra le cc.dd. valute centralizzate e decentralizzate), mancando un'autorità centrale che si occupa della loro emissione. In secondo luogo, ad esse non corrisponde un oggetto fisico (come dei gettoni o la carta moneta), bensì, essendo appunto virtuali sono depositate e movimentate grazie a dei portafogli elettronici (c.d. *wallet*). Le transazioni avvengono attraverso particolari tecnologie e sofisticati protocolli informatici, il più noto dei quali è la

<sup>43</sup> Si prescinde in questo scritto dalla discussa questione relativa all'inquadramento giuridico delle valute virtuali, tema sul quale si rimanda, *ex multis*, ai seguenti contributi: BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inform.*, 2017, n. 2, p. 27 ss.; DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 747 ss.; GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 197 ss.; RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 257 ss.; VARDI, *"Criptovalute" e dintorni: alcune considerazioni sulla natura giuridica dei Bitcoin*, in *Dir. inform.*, 2015, p. 443; YERMACK, *Is Bitcoin a Real Money? An Economic Appraisal*, in *Handbook of Digital Currency*, a cura di Lee Kuo Chuen, Elsevier, Amsterdam, 2015, p. 31 ss. Nel 2015, la Banca Centrale Europea ha fornito una definizione funzionale di valuta virtuale: «*virtual currency can therefore be defined as a digital representation of value, not issued by a central bank, credit institution or e-money institution, which, in some circumstances, can be used as an alternative to money*»: BCE, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, febbraio 2015, p. 25.

*blockchain*<sup>44</sup>. Nella *blockchain* ogni transazione è validata grazie ad un sistema di doppie chiavi crittografiche. Quando la transazione viene validata dai partecipanti, essa diventa tecnicamente irreversibile.

Le caratteristiche delle valute virtuali si comprendono meglio analizzando la nascita del fenomeno e, in particolare, i motivi sottesi all'invenzione del bitcoin, precursore di tutte le valute virtuali coniate negli anni successivi<sup>45</sup>.

In quello che può essere considerato il manifesto del bitcoin, l'ideatore di questa moneta virtuale, descrive l'attuale sistema finanziario come un sistema basato sostanzialmente sulla fiducia e sul ruolo giocato dall'intermediazione finanziaria, un sistema che viene visto come costoso ed irreparabilmente imperfetto. La soluzione è quella di sostituire questo sistema con un altro, il quale elimina la necessità di fare affidamento su un'autorità centrale e sull'intermediazione finanziaria: «è dunque necessario un sistema di pagamento elettronico basato su prova crittografica invece che sulla fiducia, che consenta a due controparti qualsiasi negoziare direttamente tra loro senza la necessità di una terza parte di fiducia»<sup>46</sup>.

**44** Sul tema *blockchain*, si vedano: BELLEZZA, *Blockchain*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 217 ss.; WRIGHT, DE FILIPPI, *Blockchain and the Law: the Rule of Code*, Cambridge (MA), 2019, passim. Più in generale, sulla *Distributed Ledger Technology*, si veda: ANNUNZIATA, *La disciplina delle trading venues nell'era delle rivoluzioni tecnologiche: dalle criptovalute alla distributed ledger technology*, in *Rivista ODC*, 2018, n. 3, p. 40 ss.; Id., *Distributed Ledger Technology e mercato finanziario: le prime posizioni dell'ESMA*, in *FinTech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, cit., p. 229 ss.; KAKAVAND, KOST DE SEVRES, CHILTON, *The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies*, gennaio 2017, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2849251> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2849251>.

**45** Tra i molteplici contributi sul bitcoin, ci si limita qui a citarne, senza pretesa di completezza, alcuni: BOLLEN, *The Legal Status of Online Currencies: Are Bitcoins the Future?*, in *Journal of Banking and Finance Law and Practice*, 2013, 24, p. 372 ss.; BRYANS, *Bitcoin and Money Laundering: Mining for an Effective Solution*, in *Indiana Law Journal*, 2014, 89, p. 441 ss.; GASPARRI, *Timidi tentativi giuridici di messa a fuoco del Bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?*, in *Dir. inform.*, 2015, 3, p. 415 ss.; GRINBERG, *Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency*, in *Hastings Science & Technology Law Journal*, 2012, 4, p. 159 ss.; HACKER, THOMALE, *Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2018, 15, p. 645 ss.; KAPLANOV, *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency and the Case Against Its Regulation*, in *Loyola Consumer Law Review*, 2012, 25, 1, p. 111 ss.; LEMME, PELUSO, *Cripto-moneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, I, p. 381 ss.; M. MANCINI, *Valute virtuali e Bitcoin*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, p. 117 ss.; N. MANCINI, *"Bitcoin": rischi e difficoltà*, in *Banca, impresa, soc.*, 2016, p. 111 ss.; PELLEGRINI, DI PERNA, *Cryptocurrency (and Bitcoin), a New Challenge for the Regulator*, in *Open Review of Management, Banking and Finance*, 2018, 4, 1, p. 6 ss.; WEBER, *Bitcoin and the Legitimacy Crisis of Money*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2016, 40, 1, p. 17 ss.

**46** NAKAMOTO, *Bitcoin: un sistema di moneta elettronica peer-to-peer*, 2008, p. 1, disponibile all'indirizzo [https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin\\_it.pdf](https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_it.pdf).

Dunque, le ragioni della nascita delle valute virtuali possono essere ricondotte, almeno agli esordi, alla volontà di realizzare un sistema *peer-to-peer*, dove le transazioni vengono validate dagli utenti stessi e divengono irreversibili, senza la necessità di alcun soggetto che funga da tramite tra le controparti di un'operazione e dove viene eliminata la necessità della presenza di una parte che ne garantisca la correttezza e che, in ultima istanza, garantisca il funzionamento del sistema<sup>47</sup>.

Se così è nato e si è diffuso il bitcoin, al giorno d'oggi si contano centinaia di valute virtuali che non sono tutte uguali. Nel 2012, la Banca Centrale Europea ha classificato tre distinti schemi di valute virtuali: nel primo schema la valuta è utilizzabile solo all'interno di un circuito virtuale, nel secondo schema essa può essere utilizzata per acquistare beni o servizi virtuali o reali, ma non è convertibile in moneta legale; infine, nel terzo schema, la valuta virtuale ricalca il secondo schema ma, in più, può essere convertita in moneta legale e viceversa, grazie ai servizi offerti da appositi cambiavalute<sup>48</sup>.

In questi schemi si può notare una certa gradazione di intensità rispetto all'interazione della valuta virtuale col mondo reale: si va da un primo tipo di valuta virtuale che non ha alcuna possibilità di fuoriuscire dal perimetro del mondo virtuale, all'ultima tipologia, la quale presenta un livello di probabilità piuttosto elevato di interagire con il mondo reale.

**47** Non è un caso che il bitcoin venga lanciato proprio nel 2008, anno nel quale la crisi finanziaria fa sentire i suoi effetti su scala mondiale e il sistema bancario soffre una enorme crisi di fiducia. Più in generale, l'intero ecosistema *Fintech* comincia ad emergere proprio dopo quegli anni: alcuni autori segnalano che una delle cause che concorrono alla nascita di questi fenomeni è costituito proprio dalle conseguenze della crisi finanziaria del 2008. Certo è che, data la massiccia dose in termini di innovazione tecnologica che supporta l'ecosistema *Fintech*, non si può dire che la crisi finanziaria sia stata l'unico fattore determinante nella crescita del fenomeno. Da sempre, del resto, l'innovazione finanziaria è un processo che richiede tempi lunghi e notevoli "spinte" che possono rinvenirsi in diversi fattori scatenanti.

**48** BCE, *Virtual Currency Schemes*, ottobre 2012, p. 13 ss: (i) *Closed virtual currency schemes. These schemes have almost no link to the real economy and are sometimes called "in-game only" schemes. Users usually pay a subscription fee and then earn virtual money based on their online performance. The virtual currency can only be spent by purchasing virtual goods and services offered within the virtual community and, at least in theory, it cannot be traded outside the virtual community;* (ii) *Virtual currency schemes with unidirectional flow. The virtual currency can be purchased directly using real currency at a specific exchange rate, but it cannot be exchanged back to the original currency. The conversion conditions are established by the scheme owner. Type 2 schemes allow the currency to be used to purchase virtual goods and services, but some may also allow their currencies to be used to purchase real goods and services;* (iii) *Virtual currency schemes with bidirectional flow. Users can buy and sell virtual money according to the exchange rates with their currency. The virtual currency is similar to any other convertible currency with regard to its interoperability with the real world. These schemes allow for the purchase of both virtual and real goods and services.*

Anche la proclamata disintermediazione, soprattutto in quest'ultimo schema di valute virtuali, tende a sfuocare e cominciano a proliferare un numero di soggetti sempre maggiore che offrono svariati servizi aventi ad oggetto, per l'appunto, le valute virtuali: piattaforme dedicate alla *trading, exchangers, wallet providers*<sup>49</sup>.

Proprio alla luce del fatto che la valuta virtuale può entrare in contatto con il mondo reale nascono le maggiori preoccupazioni per i fenomeni di riciclaggio del denaro e finanziamento del terrorismo. Infatti, grazie alla possibilità di convertire la valuta virtuale in moneta legale aumenta la possibilità di un suo impatto sulla stabilità del sistema finanziario e, soprattutto, aumentano le opportunità di eludere la disciplina che ne previene l'utilizzo a scopi illeciti.

Nello specifico, data la natura decentralizzata della maggior parte delle valute virtuali, non esiste una singola entità che possa essere sottoposta alla disciplina antiriciclaggio. Ulteriormente, le transazioni non richiedono che un accesso ad internet e non è necessaria un'identificazione personale. Le transazioni sono irreversibili e l'attività è tipicamente *cross-border*. Il tutto rende difficile il controllo da parte delle Autorità nazionali di vigilanza del settore<sup>50</sup>.

Emerge, con tutta evidenza, la necessità di trovare soluzioni che possano contenere i suddetti rischi onde evitare che le valute virtuali si trasformino in un veicolo per operazioni di riciclaggio di denaro proveniente da attività illecite o di finanziamento al terrorismo<sup>51</sup>.

Più in generale, sul tema della regolazione delle cripto attività, emergono approcci diversi. Mentre in alcuni ordinamenti si è deciso che tali attività andavano del tutto vietate, in altri si è ritenuto di poter far rientrare il fenomeno all'interno di categorie giuridiche già conosciute così da applicare la disciplina per esse prevista; in altri casi l'approccio è stato più deciso e ha comportato l'emanazione di un'apposita disciplina del fenomeno in sé<sup>52</sup>.

In questa fase, emerge la difficoltà di inquadrare i soggetti operanti nel settore delle valute virtuali come tradizionali intermedia-

<sup>49</sup> Per un elenco dei vari servizi nati intorno alle valute virtuali, si vedano: CAPONERA, GOLA, *Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività»*, in *Questioni di economia e Finanza, Banca d'Italia (Occasional Papers)*, marzo 2019, p. 36; DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, in *FinTech*, cit., p. 306 ss.

<sup>50</sup> EBA, *Opinion on "virtual currencies"*, luglio 2014, p. 32 ss.; BCE, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, cit., p. 28.

<sup>51</sup> Più in generale, sul tema delle posizioni espresse dai *regulators* internazionali e domestici si veda: LA ROCCA, *La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, p. 201 ss.; SCALCIONE, *Gli interventi delle autorità di vigilanza in materia di schemi di valute virtuali*, in *Analisi giur. econ.*, 2015, p. 139 ss.

<sup>52</sup> BCE, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, cit., p. 29 ss.; RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, cit., p. 271 ss.

ri, l'impossibilità di definire le valute virtuali quali monete e i rischi legati alla totale mancanza di regolazione, salvo soluzioni limitate. L'ecosistema che circonda le valute virtuali, insomma, è un sistema sfuggente rispetto a tutte le categorie conosciute<sup>53</sup>.

In Italia non esiste una normativa che disciplini il fenomeno in sé, tuttavia, il legislatore ha scelto di inserire quali soggetti obbligati alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2007 in materia di contrasto all'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e finanziamento del terrorismo i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali<sup>54</sup>. Tali prestatori sono individuati in «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale»<sup>55</sup>. Tuttavia, secondo quanto disposto dall'art. 3 dello stesso decreto, l'attività coperta dalla normativa antiriciclaggio è la sola attività di conversione da valuta virtuale in moneta legale e viceversa e, dunque, l'attività riconducibile ai c.d. *exchangers*.

Lo scorso anno, anche le Istituzioni europee hanno deciso di intervenire per adattare il quadro regolamentare già esistente in materia di contrasto del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, emendando la Direttiva 2015/849/UE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo<sup>56</sup>.

Tra le altre cose, allo scopo di tenere in considerazione le tendenze sviluppatesi grazie all'utilizzo delle nuove tecnologie e all'emergere di nuove modalità attraverso le quali le organizzazioni terro-

**53** Parla di elevata "impalpabilità" e di mutevolezza intrinseca del mezzo virtuale: ACCINNI, *Regole antiriciclaggio e risvolti penalistici dell'operatività in valute virtuali*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1518.

**54** La novità è stata introdotta con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, in attuazione della l. 12 agosto 2016, n. 170. Si veda l'art. 3, co. 5, lett. i), d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Nello stesso decreto viene inserita anche una definizione di valuta virtuale: «la rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente» (art. 1, co. 1, lett. qq), d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231). Sul tema delle novità introdotte dalla normativa antiriciclaggio in relazione alle valute virtuali, si vedano: ACCINNI, *Regole antiriciclaggio e risvolti penalistici dell'operatività in valute virtuali*, cit., 1516 ss.; BIXIO, *I nuovi obblighi antiriciclaggio relativi alle valute virtuali*, in *Corr. trib.*, 2017, 32-33, p. 2593 ss.; DE RITIS, *Bitcoin: una moneta senza frontiere e senza padrone? Il recente intervento del legislatore italiano*, in *giustiziaviviva.com*, 2018, n. 3, p. 9; PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di "valute virtuali"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1171 ss.; URBANI, *La disciplina antiriciclaggio alla prova del processo di digitalizzazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, I, p. 691 ss.

**55** Art. 1, co. 1, lett. ff), d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231.

**56** Ci si riferisce alla Direttiva 2018/843/UE (c.d. V Direttiva antiriciclaggio). Si veda DE VIDO, *All that Glitters is not Gold: The Regulation of Virtual Currencies in the New EU Anti-Money Laundering Directive*, in *DPCE online*, 38, p. 59 ss.

ristiche tendono a finanziarsi, si è dato necessario monitorare l'uso delle valute virtuali, considerato l'elevato tasso di anonimato che esse garantiscono e il fatto che i prestatori di servizi legati al mondo delle valute virtuali non sono soggetti all'obbligo di individuazione delle operazioni sospette<sup>57</sup>.

Dal punto di vista della tecnica normativa, la nuova disciplina risulta conforme a quello che è già stato sperimentato negli anni scorsi: al novero dei soggetti obbligati ad adempiere agli obblighi anti-riciclaggio ne vengono aggiunti due, ossia i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzoso (i c.d. *exchangers*) e i prestatori di servizi di portafoglio digitale, ovvero quei soggetti che forniscono «servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali»<sup>58</sup>.

La Direttiva 2018/843/UE contiene anche una definizione di valute virtuali, le quali sono definite come «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata ad una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, monetizzata e scambiata elettronicamente».

Si può rilevare come le caratteristiche delle valute virtuali siano individuate in negativo e come la definizione risulti volutamente ampia, individuando una serie di utilizzi delle stesse in modo da cogliere la maggior parte degli usi ad oggi conosciuti<sup>59</sup>.

In ogni caso, la Direttiva cerca di colpire quei soggetti che costituiscono l'«anello di congiunzione» tra il mondo virtuale e il mondo reale, così da evitare l'introduzione nel sistema finanziario di proventi da attività illecite o l'utilizzo della valuta virtuale per finanziare il terrorismo attraverso la sua conversione in moneta legale.

## 7 Alcune riflessioni conclusive

La novità delle attività *Fintech* pone, senza alcun dubbio, molte difficoltà in tema di scelte regolatorie. Certamente gli interventi sin qui messi in atto dal Regolatore sono quanto mai opportuni e vanno senz'altro salutati con favore. Restano, però, alcuni dubbi e alcune zone d'ombra.

<sup>57</sup> Cfr. 1° e 9° *considerando*, Direttiva 2018/843/UE.

<sup>58</sup> Il c.d. *wallet* è una sorta di conto elettronico in cui è detenuta la valuta virtuale e che ne permette la movimentazione. Più diffusamente, anche sulle varie tipologie di *wallet* esistenti, Di Vizio, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, cit., p. 310 ss.

<sup>59</sup> Cfr. 10° *considerando*, Direttiva 2018/843/UE. Sul punto: ACCINNI, *Regole antiriciclaggio e risvolti penalistici dell'operatività in valute virtuali*, cit., p. 1516 ss.

Sebbene, come si è rilevato nella breve disamina delle tipologie di *investment-based crowdfunding* e *lending-based crowdfunding*, la configurazione dei modelli operativi permetta l'individuazione di alcuni soggetti ai quali viene sostanzialmente demandato l'adempimento delle verifiche e delle segnalazioni richiesto dalla normativa anti-riciclaggio, desta alcune perplessità la scelta di non assoggettare le piattaforme di *crowdfunding* in sé alla disciplina.

Preoccupa la possibilità che emergano forme operative nuove o che residuino modelli di business che non rientrano nel perimetro dell'attuale disciplina<sup>60</sup>. La scelta di non sottoporre a regolamentazione la forma del *donation-based crowdfunding*, inoltre, non sembra ben ponderata. Tale forma di *crowdfunding* ben si presta ad utilizzi illeciti ed ha una notevole diffusione soprattutto attraverso il canale dei *social media*.

L'esistenza di discipline statali diverse e non armonizzate può comportare ulteriori problemi, poiché non è certo che ognuna assicuri la possibilità di applicare la normativa di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo. Ciò potrebbe anche comportare una corsa verso ordinamenti che prevedono norme meno rigide.

Va anche rilevato che, nel 2018, la Commissione europea ha adottato una "Proposta di regolamento relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese"<sup>61</sup>. La proposta è indirizzata all'adozione di una disciplina che accomuna l'*investment-based crowdfunding* e il *lending-based crowdfunding*, ma la sua applicabilità è limitata in più direzioni.

In primo luogo, nell'ambito delle attività di *lending crowdfunding*, tra i prodotti coperti dalla Proposta non sono compresi i prestiti a soggetti qualificabili come consumatori essendo, di contro, assoggettati alla disciplina solo i prestiti alle imprese; in secondo luogo, quanto all'*investment-based crowdfunding*, la Proposta riguarda solamente i valori mobiliari<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Ad esempio, nel caso in cui la piattaforma operi come *marketplace* puro, fungendo da mero mediatore e lasciando agli utenti la conclusione della transazione.

<sup>61</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*, 8 marzo 2018, COM(2018)113, consultabile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018PC0113>. Per un primo commento si rinvia a MACCHIAVELLO, *La proposta della Commissione Europea di un Regolamento in materia di crowdfunding*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 2018, disponibile all'indirizzo: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/capital-markets/la-proposta-della-commissione-europea-di-un-regolamento-materia-di-crowdfunding>.

<sup>62</sup> La proposta di Regolamento rinvia alla nozione di valori mobiliari contenuta nell'art. 4, par. 1, n. 44, della MiFID II. Tuttavia, al fine di tenere conto le diverse prassi e normative nazionali emerse in merito all'identificazione degli strumenti finanziari che possono essere oggetto di un'operazione di *investment-based crowdfunding*, la bozza di compromesso del Consiglio crea la categoria degli "*admitted instruments*", affiancandola a quella dei valori mobiliari. Nella proposta viene esplicitato il fatto che

Ulteriormente, stando al testo della Proposta, il regime di applicazione è un regime speciale e solo opzionale. In altre parole, gli operatori potrebbero decidere di presentare una domanda di autorizzazione per svolgere l'attività di *crowdfunding* in base alla disciplina contenuta nella Proposta di regolamento oppure optare per il regime nazionale eventualmente applicabile. La disciplina, dunque, si applicherebbe solo ai fornitori di servizi di *crowdfunding* interessati ad operare su base transfrontaliera e sulla base di questo regime speciale. È però possibile che il gestore del servizio decida di operare - o continuare ad operare - secondo la normativa di volta in volta applicabile nello stato dove intenda stabilire la propria attività e a seconda del regime adottato dallo stato stesso.

La Proposta di regolamento contiene, poi, alcune indicazioni riguardanti la normativa antiriciclaggio. Sebbene non sia prevista la soggezione dei fornitori di servizi di *crowdfunding* ad essa, la Proposta non manca di sottolineare che andrebbe valutata la necessità di sottoporre i soggetti autorizzati ai sensi della disciplina in considerazione all'adempimento degli obblighi previsti in materia di contrasto del riciclaggio e al finanziamento del terrorismo. Tra le disposizioni finali della Proposta, in particolare, è previsto un termine entro il quale la Commissione, previa consultazione dell'ESMA, dovrà presentare una relazione con la quale dovrà essere valutata la necessità e la proporzionalità di assoggettare i fornitori di servizi di *crowdfunding* alle disposizioni nazionali di attuazione della Direttiva 2015/849/UE<sup>63</sup>.

Quanto alle valute virtuali, dubbi emergono anche alla luce dei profili di anonimato che le stesse presentano.

Certo, l'assoggettamento alla disciplina antiriciclaggio dei gestori di portafogli elettronici e delle piattaforme di scambio realizza grandi passi in avanti. Da un lato, i gestori dei portafogli elettronici, attraverso l'adempimento degli obblighi di identificazione, consentirebbero l'associazione degli utenti all'indirizzo del portafoglio elettronico. Le piattaforme di scambio, dove gli utenti scambiano tra loro valute virtuali e sono offerti servizi di conversione, monitoraggio e intermediazione consentirebbero di monitorare le transazioni che hanno ad oggetto valute virtuali e coloro che le svolgono<sup>64</sup>.

Tuttavia, anche alla luce di un'attenta lettura dei considerando della direttiva, emerge la perfetta consapevolezza rispetto alle difficoltà

---

l'investimento in strumenti finanziari diversi dai valori mobiliari non viene preso in considerazione poiché comporta rischi che non possono essere adeguatamente gestiti da tale disciplina.

**63** Si vedano il 24° considerando e l'art. 38 della *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai fornitori europei di servizi di crowdfunding per le imprese*.

**64** PASSARETTA, *Il primo intervento del legislatore italiano in materia di "valute virtuali"*, cit., p. 1188.

tà di predisporre un sistema di controlli efficace<sup>65</sup>.

Di fatto, le operazioni in valute virtuali sono senz'altro tracciabili, ma tracciabili solo in senso informatico. Dalla tracciabilità delle operazioni va, infatti, tenuta distinta l'identificabilità dei soggetti che tali operazioni compiono. Avvenendo tali operazioni completamente in rete, l'identificazione è meramente informatica, basandosi sulla sola possibilità di associare l'indirizzo del portafoglio elettronico all'indirizzo IP dal quale ne viene richiesta l'apertura. Altrettanto può dirsi in relazione alle piattaforme di scambio, dove tutte le operazioni sono sì tracciabili, ma la verifica dell'identità di coloro che vi operano, in realtà, si basa su un'identificazione solo informatica<sup>66</sup>. Tuttavia, l'indirizzo IP non è univocamente collegabile ad una determinata persona<sup>67</sup>. In altre parole, resta alto il tasso di anonimato che è intrinseco alla tecnologia adottata.

Inoltre, tali sistemi permettono di identificare i proprietari dei *wallet* e le transazioni in valute virtuali se, e solo se, gli utenti si rivolgono ad una società specializzata che gestisce per conto del cliente il *wallet* e se detta società è regolata. Ciò non avviene se l'utente scarica l'app da internet e gestisce il *wallet* in autonomia, ovvero se compra la valuta virtuale direttamente da un *miner* o svolge esso stesso tale attività.

In questo caso la tracciabilità dei soggetti sarebbe possibile solo attraverso investigazioni della polizia postale sugli indirizzi IP associati ai *wallets*. I soggetti che operano attraverso piattaforme site in giurisdizioni dove dette entità non sono regolate pongono ulteriori problemi di tracciabilità. Esistono, inoltre, appositi software che permettono di oscurare la catena delle transazioni effettuate<sup>68</sup>.

**65** V. 9° considerando, Direttiva 2018/843/UE, dove si dà conto del fatto che: «l'anonimato delle valute virtuali ne consente il potenziale uso improprio per scopi criminali. L'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato [...]».

**66** In questo senso si è espresso anche il Consiglio Nazionale del Notariato nel Quadro Antiriciclaggio n. 3-2018/B.

**67** Ad esempio, potrebbe essere utilizzata una falsa identità oppure uno di quei sistemi che permettono di "rimbalzare" il segnale rendendo impossibile l'identificazione dello stesso indirizzo IP.

**68** Si tratta dei c.d. servizi di *mixing*, i quali rendono impossibile associare una transazione ai conti legati alle parti della stessa. Sul punto, si veda: D'AGOSTINO, *Operazioni di emissione, cambio e trasferimento di criptovaluta: considerazioni sui profili di esercizio (abusivo) di attività finanziaria a seguito dell'emanazione del D.lgs. 90/2017*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1, p. 11 ss. (estratto, disponibile all'indirizzo [http://www.dirittobancaario.it/sites/default/files/allegati/l.\\_dagostino\\_operazioni\\_di\\_emissione\\_cambio\\_e\\_tra](http://www.dirittobancaario.it/sites/default/files/allegati/l._dagostino_operazioni_di_emissione_cambio_e_tra)

Di fondo resta, dunque, il problema che non tutte le transazioni in valuta virtuale utilizzano gli intermediari assoggettati alla disciplina antiriciclaggio, essendo comunque possibile che la valuta virtuale non incontri mai il mondo reale.

Per concludere, non esistono soluzioni semplici. Da un lato, l'estensione della disciplina in materia di antiriciclaggio, sia in modo diretto che indiretto, è una soluzione già sperimentata in passato e che si presta ad una rapida applicazione. Dall'altro lato, però, è una soluzione che lascia alcune zone d'ombra, dovute soprattutto al fatto che tutto si gioca in un mondo virtuale, che mal si presta all'applicazione di regole pensate in tempi diversi e per attività diverse. La proliferazione di nuovi soggetti, e le modalità attraverso le quali operano, rende davvero complesso ogni tentativo di estendere discipline esistenti.

Da un punto di vista sistematico, si può per altro osservare che è riscontrabile una certa tendenza nel rapporto tra contrasto al riciclaggio e forme di vigilanza sull'intermediazione finanziaria. Infatti, la soggezione alla normativa antiriciclaggio di nuovi soggetti ha spesso comportato la successiva attrazione degli stessi nell'ambito dell'intermediazione finanziaria, costituendo dunque il preludio di una più compiuta disciplina del fenomeno nuovo in sé<sup>69</sup>.

In ogni caso, sarebbe auspicabile una maggiore attenzione alla tema da parte del legislatore, in modo da ripensare alcuni profili della disciplina in materia di riciclaggio del denaro e del finanziamento del terrorismo alla luce delle nuove attività dell'ecosistema *Fintech*.

---

sferimento\_di\_criptovaluta\_considerazioni\_sui\_profili\_di\_esercizio\_abusivo\_di\_attivita\_2018\_0.pdf).

<sup>69</sup> Sul punto si veda URBANI, *Disciplina antiriciclaggio e ordinamento del credito*, cit., p. 133 ss. In passato questa tendenza evolutiva è osservabile, ad esempio, nella regolamentazione degli intermediari finanziari non bancari. Infatti, se inizialmente tali intermediari sono stati per lungo tempo sottratti a forme di controllo pubblico, la situazione è mutata proprio in seguito all'emanazione della l. 5 luglio 1991, n. 197 in materia di antiriciclaggio. Cfr. BELVISO, *Gli "intermediari finanziari" (tra storia e nomenclatura)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 165 ss.; CAPRIGLIONE, LEMMA, *Commento sub art. 106 t.u.b.*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>4</sup>, diretto da Capriglione, Padova, 2018, p. 1566 ss.; PELLEGRINI, *Varietà da un riscontro di regolarità alla «supervisione»*. *La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 593 ss.

## **Osservatorio**



# Corte di cassazione, sez. II civile, 7 novembre 2018, n. 28409

Petitti Presidente – Gorjan Relatore – Mistri P.M. (concl. conf.) – Ministero Giustizia (avv. Stato) – R.R.M., R.M., R.G. (avv. Guaraldi)

(cassa App. Ancona 23 giugno 2016)

*Il saggio d'interesse legale stabilito nella disposizione normativa presente nell'art. 1284 c.c., comma 4, trova applicazione esclusivamente quando la lite giudiziale ovvero arbitrale ha ad oggetto l'inadempimento di un accordo contrattuale anche in relazione alle relative obbligazioni restitutorie.*

**Obbligazioni - Obbligazioni pecuniarie - Interessi - Saggio degli interessi interessi ex art. 1284, co. 4, c.c. - Obbligazioni di fonte contrattuale - Applicabilità - Altre obbligazioni - Inapplicabilità**

## **C.c. art. 1284**

*Omissis.* – Con il primo mezzo d'impugnazione l'Amministrazione ricorrente denuncia nullità del decreto emesso dalla Corte di merito per violazione del disposto l. n. 80 del 2001, ex art. 5 ter, poiché la Corte marchigiana non ha rilevato che il ricorso in opposizione fu proposto quando era già spirato il termine perentorio prescritto dalla citata norma. La censura s'appalesa priva di fondamento poiché il Ministero si limita a riproporre la sua eccezione senza in effetti confrontarsi con la specifica precisazione sul punto – errore nell'assun-



### **Open access**

© 2019 | Creative Commons Attribution 4.0 International Public License



**Citation** Sicchiero, Gianluca (2019). "Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile". *Ricerche giuridiche*, 8(1), 147-154.

**DOI** 10.30687/Rg/2281-6100/2019/01/007

zione del dato nell'ambito del processo civile telematico - offerta dai Giudici anconetani.

*Omissis.*

Ha fondamento invece la seconda ragione di doglianza sviluppata dall'Amministrazione con relazione alla falsa applicazione della disposizione in art 1284 c.c., comma 4, poiché la Corte marchigiana ha espressamente riconosciuto che, sulla somma capitale dovuta ai R., corressero gli interessi legali al tasso stabilito in detta norma - interessi commerciali ex d. lgs. n. 231 del 2002 e d. lgs. n. 192 del 2012 di modifica - . La disposizione in questione risulta introdotta nel testo dell'art. 1284 c.c. - che disciplina gli interessi legali quanto a tasso e modalità applicative - con il d.l. n 132 del 2014, al fine di scoraggiare l'inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie e ridurre di conseguenza il ricorso al Giudice ed anche agli arbitri privati. La Corte anconetana argomenta la sua opzione interpretativa osservando come la lettera della norma non pone limite alcuno all'applicazione degli interessi commerciali, poiché correla la debenza di detto saggio di interesse, qualificato siccome legale, al solo avvio della lite giudiziale, anche perché detta disposizione risulta applicabile - comma 5 - pure in relazione al giudizio arbitrale.

Detta argomentazione però ancora non risolve la questione afferente l'ambito di applicazione della nuova disposizione in relazione alla sua strutturazione letterale, poiché si limita ad individuare, siccome di dirimente rilievo, la finalità deflattiva perseguita dal Legislatore, il quale appunto ha inteso rendere più significativo l'effetto negativo per il debitore moroso derivante dall'aver imposto l'espletamento d'inutile lite con la sua condotta colpevole di inadempienza.

Difatti il dato testuale della norma risulta essere dissonante rispetto all'opzione interpretativa accolta dal Collegio anconetano ed al riguardo parte resistente argomenta nelle sue difese in questo giudizio di legittimità prospettando lettura interpretativa a sostegno della soluzione accolta nel decreto impugnato. L'elemento testuale di assoluta rilevanza ai fini della corretta interpretazione della portata applicativa della norma de qua risulta essere l'*incipit* della proposizione di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, - "Se le parti non ne hanno determinato la misura..." - si applica il saggio d'interesse proprio per le transazioni commerciali.

Parte resistente opina che detta clausola abbia il mero scopo di far genericamente salvo l'ambito di autonomia delle parti per quanto possa trovar esplicitazione all'interno di una previsione applicabile a tutte le obbligazioni pecuniarie indipendentemente dalla loro fonte - esclusiva rilevanza della correlazione tra il saggio d'interesse ed l'avvio di lite giudiziale ovvero arbitrale.

Questa Corte invece - conformemente all'opzione interpretativa offerta dal P.G. - ritiene che l'*incipit* della disposizione normativa di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, in effetti abbia la funzione di delimi-

tazione dell'ambito di applicabilità della norma correlandola ad un ben determinato tipo di obbligazioni pecuniarie ossia quelle che trovano la loro fonte genetica nel contratto.

Va, anzitutto, notato come la locuzione utilizzata dal Legislatore sia omologa a quella presente nell'art. 1284 c.c., comma 2, afferente al computo del saggio degli interessi convenzionali, bensì pattuiti in astratto dalle parti ma non determinati in concreto nel loro tasso di computo.

Quindi va rilevato come la struttura letterale della norma lueggia che la proposizione iniziale dianzi ritrascritta, proprio per la sua collocazione nella frase, regge la successiva disposizione circa il saggio d'interesse applicabile in conseguenza all'avvio della lite, lueggiando il diretto collegamento tra la possibilità delle parti di aver previamente pattuito il saggio degli interessi e l'obbligazione fatta valere nella lite giudiziaria od arbitrale, situazione connaturata esclusivamente, nell'ambito delle fonti delle obbligazioni ex art. 1173 c.c., all'ipotesi dell'accordo contrattuale.

La disposizione in questione apparirebbe altrimenti inutile ripetizione della compiuta disciplina in tema di danni da inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie portata nell'art. 1284 c.c., che opera richiamo all'uso agli interessi legali ed espressamente prevede il rispetto del saggio d'interesse superiore a quello legale pattuito dalle parti.

Dunque e la struttura letterale della norma e la necessità di individuare un significato proprio della stessa, altrimenti inutile ripetizione, lueggiano la funzione dell'incipit quale delimitazione all'applicabilità della disposizione in questione.

Un tanto esclude che la citata proposizione iniziale della norma de qua abbia natura di mero inciso per far salva l'autonomia delle parti - già fatta salva in apposita norma -, in una disposizione avente natura universale che correla il saggio d'interesse unicamente all'avvio della lite giudiziale per inadempienza ad obbligazione pecuniaria derivante da qualsiasi fonte.

L'opzione ermeneutica di questa Corte rimane confermata e, non già, inficiata dall'osservazione - fatta dalla Corte anconetana a sostegno della sua statuizione - che il Legislatore ebbe appositamente ad estendere anche al giudizio arbitrale l'applicazione della citata norma.

Difatti, da un lato, appare perseguito lo scopo di scoraggiare l'inadempimento e render svantaggioso il ricorso ad inutile litigiosità e, dall'altro, la disposizione dell'art. 1284 c.c., comma 4, comunque anche in detto giudizio esplica i suoi effetti nei limiti dianzi ricordati.

Infine va considerata proprio la finalità deflattiva perseguita dal Legislatore con l'adozione degli interessi commerciali, aventi saggio assai più elevato degli interessi legali siccome individuati all'art. 1284 c.c., ex comma 1.

Difatti il cenno alla convenzione tra le parti sul punto lumeggia come la *voluntas legis* sia diretta a colpire l'inadempienza, rispetto ad un obbligo liberamente e pattiziamente assunto, anche mediante l'abuso del processo come mezzo per prolungare ai danni del creditore la soddisfazione del suo diritto.

Quindi si deve concludere che la norma di cui all'art. 1284 c.c., comma 4, disciplina il saggio degli interessi legali - e come tali dovuti automaticamente senza necessità di apposita precisazione del loro saggio in sentenza - applicato a seguito d'avvio di lite sia giudiziale che arbitrale però in correlazione ad obbligazione pecuniaria che trova la sua fonte in un contratto stipulato tra le parti, anche se afferenti ad obbligo restitutorio.

Viceversa in relazione alle obbligazioni pecuniarie derivanti dalle altre fonti indicate in art. 1173 c.c., detta disciplina non risulta applicabile poichè nemmeno in astratto è possibile ipotizzare un previo accordo tra le parti interessate circa il saggio d'interesse o le conseguenze dell'inadempimento.

Così nell'atto illecito e nelle obbligazioni derivanti da disposizione di legge - caso esaminato in questo procedimento - per la loro stessa struttura fattuale non è ipotizzabile il previo accordo tra le parti al fine di disciplinare le conseguenze di un fatto genetico dell'obbligazione del quale nemmeno è ipotizzato od ipotizzabile il suo verificarsi da parte di entrambi i soggetti interessati.

Nella specie l'obbligazione indennitaria, dovuta dallo Stato in dipendenza dell'eccessiva durata di un procedimento giudiziale a sensi della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, non può essere determinata, per la stessa strutturazione della disposizione legislativa che la prevede, che a seguito dell'apposito procedimento giudiziario, sicché non risulta ipotizzabile la necessaria possibilità per le parti di disciplinare pattiziamente le conseguenze dell'inadempimento.

Deve quindi questa Corte affermare il seguente principio di diritto "il saggio d'interesse legale stabilito nella disposizione normativa presente nell'art. 1284 c.c., comma 4, trova applicazione esclusivamente quando la lite giudiziale ovvero arbitrale ha ad oggetto l'inadempimento di un accordo contrattuale anche in relazione alle relative obbligazioni restitutorie".

Di conseguenza il decreto adottato dalla Corte d'Appello va cassato in relazione alla statuizione afferente il tasso d'interesse dovuto dall'Amministrazione in relazione alla somma capitale di condanna.

Posto che non v'è necessità di alcun accertamento di fatto per l'applicazione nella specie del principio di diritto dianzi affermato, la Corte può procedere a decidere nel merito disponendo che sulla somma capitale dovuta dall'Amministrazione ricorrente dalla domanda corrono gli interessi legali ex art. 1284 c.c., comma 1. *Omissis*.

# Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile

Gianluca Sicchiero

Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia

**Abstract** The interest rate, required by the fourth paragraph of art. 1284 of the Italian Civil Code, applies to all obligations and not only to contractual obligations.

**Keywords** Interests. Default.

Il quarto comma dell'art. 1284 c.c., introdotto dall'art. 17 del d.l. n. 132/2014, è scritto così: «*se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*».

La disposizione consente due letture, a supporto di una delle quali non vi è alcun argomento nei lavori preparatori<sup>1</sup>: quella affermata dalla Corte di cassazione e quella opposta, per cui in ogni ipotesi di debito avente oggetto una somma di denaro, si applica tale saggio interessi<sup>2</sup>.

Secondo la Corte di cassazione, in quella che ci risulta la prima decisione di legittimità sul tema, la formulazione letterale del quarto comma dell'art. 1284 c.c. non lascerebbe spazio a dubbi: siccome il riferimento testuale della norma è alla mancanza di accordo delle parti sul saggio di interessi di mora, allora la disposizione vale solo in tema di obbligazioni contrattuali, giacché solo in quella ipotesi è possibile che si concordi un saggio di interessi.

**1** Purtroppo nessuna indicazione; nel documento relativo alla conversione del decreto, atto del Servizio Bilancio dello Stato 30 ottobre 2014, n. 152, approvato dal Senato (A.S. 1612) si legge solo che «*La relazione tecnica, riferita al testo iniziale, afferma che la disposizione interviene sulla disciplina del tasso di interesse moratorio durante la pendenza della lite, nel senso che, nel caso di mancanza di specifica previsione, la misura del predetto tasso deve considerarsi pari a quella prevista dalle disposizioni in materia di ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, attuata con D.lgs. n. 231 del 2002*». Invece il "dossier n. 95" della I commissione della Camera, «Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale 29 ottobre 2014» dice che «*l'articolo 17 prevede un aumento (dall'1% all'8,15%) del tasso di interesse moratorio in pendenza di un contenzioso civile o di un procedimento arbitrale*».

**2** La tesi della sentenza cassata, per cui la disposizione si applica a qualsiasi «*rapporto che abbia ad oggetto una somma di denaro dal momento della proposizione della domanda giudiziale o di arbitrato*», è fatta propria ad es. da Trib. Padova, 15 ottobre 2018, inedita (ma ne ilcaso.it).

Questa lettura non ci pare condivisibile.

Intanto l'affermazione della massima ufficiale, secondo la quale la disposizione si applica anche alle obbligazioni restitutorie, è incoerente: qualora un contratto sia dichiarato nullo o annullato, viene così colpito proprio il titolo che ha creato il rapporto e tale fattispecie – regolata dagli artt. 2033 segg. e non dagli artt. 1321 ss. c.c.<sup>3</sup> – non è riconducibile ad un valido accordo che taccia sugli interessi, sicché la motivazione che leggiamo, che non si sofferma in alcun modo sul tema delle restituzioni, è alla lettera apodittica<sup>4</sup>.

Ma non è questo l'argomento centrale, né quello della *ratio legis*, correttamente affermata nella sentenza cassata ma ritenuta insufficiente dalla corte di legittimità.

L'argomento è un altro e di ordine sistematico.

Il legislatore del 1942, disciplinando nel titolo I del libro quarto le obbligazioni in generale, si è riferito a tutte le obbligazioni senza distinzione (art. 1173 c.c.)<sup>5</sup>, ma ha utilizzato ripetutamente un linguaggio che tradisce l'idea che si parlasse di sole obbligazioni contrattuali.

Basti in tal senso leggere l'art. 1174, dove si dice che «*la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditor*»<sup>6</sup>.

Eppure nessuno ha utilizzato l'argomento letterale, qui impiegato dalla Corte di cassazione, per ottenere che gli artt. 1173-1320 c.c. si riferiscano solo a queste, perché non è così.

Nondimeno una tale soluzione ben si potrebbe argomentare dal tenore delle norme sull'adempimento, scorrendo le parole del legislatore del codice; ad es. l'art. 1182 c.c.: «*se il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione*» ecc.

Cosa significa? Che l'art. 1182 c.c. non vale per le obbligazioni restitutorie o da fatto illecito o, con le parole della Corte, per le obbligazioni *ex lege*?

Che nell'adempimento di obbligazioni non contrattuali non si dovrebbe osservare il dovere di correttezza di cui all'art. 1175 c.c.?

<sup>3</sup> Cass., 15 gennaio 2018, n. 715: «*qualora venga acclarata la mancanza di una causa acquirendi in ragione della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, della risoluzione o della rescissione di un contratto o del venire comunque meno del vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo*»; Id., 6 giugno 2017, n. 14013.

<sup>4</sup> Sulle molteplici fattispecie che danno luogo ad obbligazioni restitutorie v. ad es. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, p. 42 ss.

<sup>5</sup> Come risulta anche dal n. 556 della Relazione al codice civile; v. altresì GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 5 ss.

<sup>6</sup> Lo rileva GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 4 ed a conferma basti rileggere i nn. 554 e 555 della Relazione, dove è evidente il riferimento alle obbligazioni di natura contrattuale ed il n. 557, ove affrontando la disposizione dell'art. 1174, si evidenzia l'interesse che si può dedurre anche dalla «*natura della controprestazione*».

Si leggano anche tutte le disposizioni a seguire nel codice: l'art. 1183 («*se non è determinato il tempo*»); l'art. 1184 («*se per l'adempimento è fissato un termine*») e avanti così.

Pensiamo poi al regresso nelle obbligazioni solidali: l'art. 1298 prevede che nei rapporti interni l'obbligazione si divida in quote uguali, «*salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi*».

Se si seguisse il ragionamento della Cassazione, questa disposizione dovrebbe applicarsi solo alle obbligazioni contrattuali e dunque ogni volta che si fosse in presenza di responsabilità indiretta per fatto illecito (quella dei genitori, art. 2048, dei datori di lavoro, art. 2049, del proprietario dell'auto che non sia il conducente, art. 2054), il *solvens* non avrebbe diritto al regresso, dato che l'art. 2055 si riferisce solo al concorso di colpa - che qui può mancare totalmente - e nessun'altra disposizione relativa ai fatti illeciti disciplina il regresso.

Tuttavia non è all'evidenza così; è stato infatti efficacemente evidenziato che «il linguaggio legislativo, che si esprime in termini di obbligazione "contratta", tradisce il convincimento del legislatore di aver regolato, pur sotto il titolo delle obbligazioni in generale, le sole obbligazioni da contratto»<sup>7</sup>; ma appunto è un convincimento che non si è trasformato in disciplina.

L'equivoco ha peraltro una spiegazione, che deriva dalla diversa sistematizzazione della disciplina rispetto al codice previgente.

Si era infatti notato che «l'abrogato codice del 1865 si occupava delle obbligazioni nel libro III, dal titolo "dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose", in rispondenza chiara, anche se non esplicita, con il principio enunciato dall'art. 710 che, tra i modi con cui si possono acquistare e trasmettere i diritti, indicava la convenzione, cioè una delle fonti delle obbligazioni»<sup>8</sup>.

In altre parole, il legislatore era rimasto legato al modo di pensare del passato pur avendo disciplinato ora tutte le obbligazioni<sup>9</sup>.

Chiarito l'equivoco, resta la conclusione: la disciplina delle obbligazioni riguarda tutte le fattispecie indicate nell'art. 1173 e la ragio-

<sup>7</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 20. L'argomento è affrontato anche da BIANCA, *L'obbligazione*, Milano, 1993 (rist. 2015): dopo aver chiarito che «l'obbligazione esprime una figura unitaria che si identifica autonomamente quale che sia la fonte da cui deriva» (*op. cit.*, p. 9), ritiene tuttavia che la disciplina sia dedicata fondamentalmente al contratto (*op. cit.*, p. 11 ss.), argomentando che «il sistema formale del codice prospetta la disciplina dell'obbligazione come disciplina basilare, la quale viene integrata con quella del contratto» (*op. cit.*, p. 13).

<sup>8</sup> D'AVANZO, *Delle obbligazioni in generale, Disposizioni preliminari*, nel *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, p. 1.

<sup>9</sup> Cfr. anche GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 4 ss., spec. pp. 7-8. Un esempio di quel modo di pensare si coglie in COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 18 ss., dove i caratteri dell'obbligazione sono descritti richiamando i requisiti dell'oggetto del contratto.

ne per cui nessuno ha mai affermato teorie contrarie è perché la disciplina dell'adempimento va costruita in termini di sistematicità, al di fuori del solo dato letterale<sup>10</sup>, come impone l'art. 12 prel., che può dare risultati incoerenti; altrimenti da domani dovremo dire che il matrimonio è un contratto (art. 774 c.c.).

L'interpretazione che non condividiamo - ovvero che l'art. 1284 si riferisca ai soli interessi di mora inerenti rapporti contrattuali - è dunque particolarmente grave, perché si innesta proprio nel primo titolo del quarto libro del codice civile e vi introduce un elemento di pesante distonia nella lettura coerente dell'intero impianto della disciplina delle obbligazioni, di cui proprio non abbiamo bisogno.

---

**10** Si possono a tal fine ricordare le parole di MESSINEO, *op. cit.*, p. 37: «si rilevi che la terminologia adoperata dal legislatore del 1942 è assai oscillante e denota mancanza di un sicuro orientamento, per incertezza di concetti».

---



**Quaderni semestrali**  
del Progetto Dottorale di Alta  
Formazione in Scienze Giuridiche  
e del Centro Studi Giuridici  
del Dipartimento di Economia  
dell'Università Ca' Foscari Venezia



Università  
Ca'Foscari  
Venezia

