



LUISS Law Review

N. 2/2022

INDICE

PARTE PRIMA

CONTRIBUTI

<i>Il sovrano non ha abdicato, ma è stato deposto. Noterelle sul ruolo dell'assemblea di società in crisi o insolventi</i> , di Nicola De Luca	6
<i>Il meccanismo del payback e la spesa farmaceutica al vaglio del giudice amministrativo</i> , di Marianna Trimarchi	21
<i>Deepfake: quali conseguenze e rimedi se a “metterci la faccia” è l'intelligenza artificiale?</i> di Carmine Andrea Trovato e Elisa Simionato	48
<i>Libertà di stabilimento e legge applicabile alle società nell'Unione europea</i> , di Paolo Tullio	73
<i>L'intervento pubblico per contrastare la povertà tra teoria e prassi</i> , di Aldo Sandulli	97

PARTE SECONDA

NOTE A SENTENZA DEGLI STUDENTI

<i>Nota a sentenza Cass. pen., sez. II, 07/07/2022, n. 27023</i> , di Davide Schettini	115
AUTORI	122

LUISS Law Review

LLR - LUISS Law Review

Rivista scientifica online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

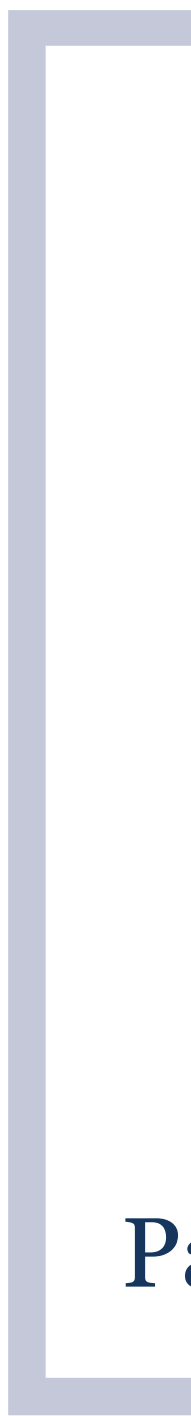
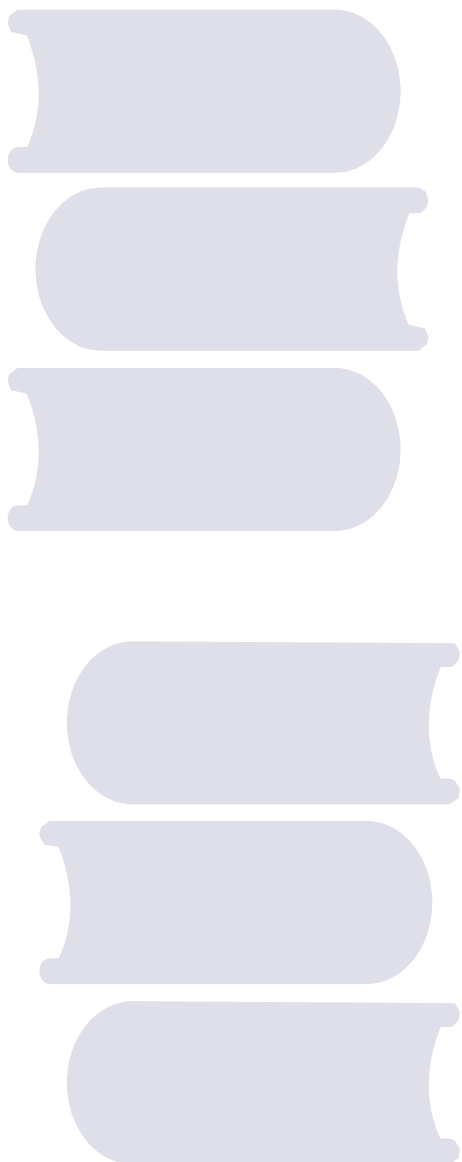
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009



Parte prima

Contributi



Il sovrano non ha abdicato, ma è stato depresso. Notarelle sul ruolo dell'assemblea di società in crisi o insolventi

di NICOLA DE LUCA

SOMMARIO: 1. IL SOVRANO NON HA ABDICATO, MA È STATO DEPOSTO. – 2. AMMINISTRATORI E SOCI NELLE RISTRUTTURAZIONI SOCIETARIE. – 3. MODIFICAZIONI STATUTARIE E ALTRE DELIBERAZIONI DELL'ASSEMBLEA NELLE SOCIETÀ IN RISTRUTTURAZIONE O IN LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE. – 4. ASSERTITA CONFORMITÀ (MA REALE CONTRASTO) DELLE NUOVE PREVISIONI RISPETTO AL QUADRO EUROPEO. – 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

The paper focusses on the role of shareholders in reorganization procedures under the new Italian crisis and insolvency code. The newest version of such a code, allegedly adopting the Directive on restructuring and insolvency (namely: on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132), entrusts the directors of a company or a partnership with exclusive powers to draft the restructuring plan, including amendments to the articles of association, capital increases or other extraordinary transactions, without any need of shareholders' vote. Indeed, once the proposal is accepted by the creditors and is confirmed by the Court, the directors of the company are entitled to execute the entire proposal. As the paper argues, however, this regulation seems to contradict the longstanding *acquis communautaire* defining the role of shareholders in capital increases (from *Karella & Karellas*, to *Pafitis*, to *Dyamantis*, and others). It also contradicts the increasing consensus on the need of shareholders' engagement in important decisions and requires rethinking.

1. Il sovrano non ha abdicato, ma è stato depresso. Il codice della crisi e dell'insolvenza, nella sua lunga gestazione – durata più di tre anni tra l'elaborazione, l'approvazione e l'entrata in vigore – ha profondamente inciso sul ruolo dell'assemblea nelle società di capitali.

Come noto, nel 2019, in occasione della pubblicazione in gazzetta ufficiale del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, sono stati modificati gli artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 c.c. (ad opera dell'art. 377 c.c.i.), per prevedere – sia permessa una semplificazione – che, qualunque sia il tipo societario prescelto, la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori.

Si trattava di una scelta criticabile¹, che cancellava di fatto una distinzione invece utile tra diversi modelli societari, e comunque manifestamente eccessiva rispetto all'obiettivo perseguito. Così, pur senza modificare l'art. 377 c.c.i., che resta formulato come originariamente concepito, il legislatore, *melius re perpensa*, ha apportato (con il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) dirette modificazioni agli artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies* e 2475 c.c. per precisare il proprio obiettivo – ben più contenuto – di rimettere esclusivamente agli amministratori, nelle società diverse dalle società per azioni, solo l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086, comma 2, c.c., non anche l'intera gestione dell'impresa.

Alla luce di questa correzione, ferma restando la distinzione tra tipi, residua aperto il dubbio se per determinate scelte c.d. di interesse primordiale dei soci, anche là dove non vi sia una disposizione espressa di legge – come l'art. 2479, comma 2, n. 5), c.c. in materia di s.r.l., relativamente alle decisioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale e che comportano una rilevante modificazione dei diritti dei soci – sussista una competenza implicita dell'assemblea².

¹ Basta il rinvio a G.D. MOSCO, Il riparto delle competenze gestionale nella s.r.l. dopo il codice della crisi, in *Riv. soc.*, 2019, 1032; e a G.B. PORTALE-N. DE LUCA, Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 36.

² La tesi affermativa è stata sostenuta, dopo la riforma del diritto societario, da G.B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum G.F. Campobasso, 2, Torino, 2006, 10. La stessa guadagna consensi, e v. S. CERRATO, *Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il «sovrano» ha veramente abdicato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 133, *ivi* 157; N. DE LUCA, *Da "Holzmüller e Gelatine" a "Bulli e Pupe". Competenze implicite dell'assemblea e limiti legali ai poteri degli amministratori nelle società di capitali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 377, *ivi* 380 ss.; D. GALLETTI, *La trasformazione dell'impresa ad opera dell'organo amministrativo*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, 657, *ivi* 659; AU. MIRONE, *sub art. 2361*, in *Le società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini-A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 414 s.; M. MAUGERI, *Sulle competenze «implicite» dell'assemblea nella società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 86, *ivi* 91 ss.; ID., *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, 336; ID., *sub art. 2364*, in *Commentario al codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, 1509 ss.; M. MIOLA, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 703; V. PINTO, *Brevi osservazioni in tema di deliberazioni assembleari e gestione dell'impresa nella società per azioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2004, 439, *ivi* 449 ss.; ID., *sub art. 2364*, in *Società per azioni*, a cura di P. Abbadessa-G.B. Portale, Milano, 2016, 857 ss.; E.R. RESTELLI, *Azioni senza indicazioni del valore nominale e disciplina del prezzo di emissione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 406, *ivi* 423, nt. 56. Nello stesso senso, v. anche A. TUCCI, *Gestione dell'impresa sociale e supervisione degli azionisti*, Milano, 2003, 25 ss.; nonché V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da V. Buonocore e continuato da R. Costi, Torino, 2019, 63 s., tuttavia, limitatamente alla cessione dell'intera azienda (all'affitto non temporaneo e al conferimento effettuato in società sotto il controllo di terzi).

Senonché, con l'occasione del recepimento della Dir. (UE) n. 2019/1023, del 20 giugno 2019, riguardante, tra l'altro, i quadri di ristrutturazione preventiva e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione delle imprese in crisi, il legislatore del codice della crisi è nuovamente tornato – con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 – a disciplinare le competenze dell'assemblea, seppure sotto altro aspetto. Anzitutto, è stato affermato il principio secondo cui spetta esclusivamente agli amministratori di una società di qualunque tipo decidere se accedere ad uno strumento di ristrutturazione (sia esso conservativo o liquidatorio), unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano: sul che, seppur in parziale discontinuità dal passato, si può comprendere la scelta operata. Più in particolare, è stato chiarito che, nell'ambito della proposta, è consentito ai medesimi amministratori di proporre qualunque tipo di modificazioni statutarie, tra cui «aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni» (art. 120-*bis*, comma 2, c.c.i.). Ma – ed è qui l'innovazione veramente significativa – le modificazioni statutarie proposte dagli amministratori non sono sottoposte all'assemblea, ma «si considerano approvate con il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza» (art. 120-*quinquies*, comma 1, c.c.i.)³.

Se fino a questa innovazione era lecito chiedersi se l'assemblea, in passato considerata organo sovrano della società, avesse abdicato, oggi la domanda da porsi è piuttosto se non si tratti di un monarca depresso. E se la deposizione sia legittima. Con queste noterelle, mi propongo di dimostrare che non lo è.

Da ultimo, in posizione contrapposta, v. C. ANGELICI, *A proposito di "interessi primordiali" dei soci e "gestione esclusiva" degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 59 e N. DE LUCA, *Gestione dell'impresa e disposizione dell'azienda. Uno studio di diritto comparato*, in *Riv. soc.*, 2022, 366, ove ulteriori riferimenti soprattutto comparatistici.

³ Per prime considerazioni su queste innovazioni, v. G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*², Giappichelli, Torino, 2022, 26 s., 166 ss.; A. NIGRO, *La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it* (11-10-2022); M. CAMPOBASSO, *La posizione dei soci nel concordato preventivo della società*, relazione presentata al Convegno annuale dell'Associazione Gian Franco Campobasso, Pisa, 28-29 ottobre 2022, destinata a *Banca, borsa, tit. cred.*, consultata per la cortesia dell'A.

2. Amministratori e soci nelle ristrutturazioni societarie. Data la novità delle disposizioni di cui si sta trattando è opportuna una ricostruzione sia pur meramente esegetica del sistema nel quale si inseriscono.

Il legislatore del codice della crisi si occupa degli imprenditori in forma collettiva, e in specie delle società, in modo molto più dettagliato che in passato, in qualche modo legittimando l'espressione "diritto societario della crisi", non da tutti parimenti apprezzata⁴. Per quanto più rileva in questa sede, va ricordato come – tanto a norma del codice civile, dal 2019, quanto a norma del codice della crisi, dal 2022 – compete all'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale (art. 2086, comma 2, c.c.)⁵. Tale dovere grava sugli amministratori di qualunque società, di persone e di capitali (artt. 2257; 2380-*bis*; 2409-*novies*; e 2475 c.c.) e impone loro, in caso di crisi, di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale. A queste regole fa riscontro una norma di rinvio inserita (dal 2022) nel codice della crisi, che, ponendo uno

⁴ La locuzione è stata conosciuta da U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. soc.*, 2013, 1138. La stessa è stata variamente utilizzata in seguito e v. N. ABRIANI, *Proposte e domande concorrenti nel diritto societario della crisi*, in *Riv. dir. impr.*, 2017, 269; B. ARMELI, in *Commentario alla riforma delle società*, artt. 2484-2496, a cura di Bianchi e Strampelli, Milano, 2016, 337 ss.; E. BERTACCHINI, *Il ruolo dell'informazione nel «diritto societario dell'impresa in crisi»: la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di tutela dei terzi ed esigenze di conservazione e di continuità dell'impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 317; O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, 33; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa (Diritto societario quo vadis?)*, in *Riv. soc.*, 2016, 1026; P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 62; A. NIGRO, *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Studi in memoria di M. Sandulli*, I, Torino, 2019, 492 ss.; M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 267; SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1280; apparso anche in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*, cit., 578 ss. (per una radicale critica).

⁵ In argomento, E. GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, I, 552.

dei principi generali, richiama l'obbligo degli imprenditori collettivi di istituire *assetti adeguati* (e degli imprenditori individuali di adottare *misure adeguate*) affinché lo stato di crisi possa essere rilevato tempestivamente e, conseguentemente, possano essere assunte (senza indugio) le iniziative idonee (o necessarie, per gli imprenditori individuali) per farvi fronte (art. 3, commi 1-2, c.c.i.).

In questo quadro non può stupire che la decisione di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza sia rimessa, in via esclusiva, agli amministratori unitamente alla formulazione del contenuto della proposta e delle condizioni del piano (art. 120-*bis* c.c.i.). Va da sé che la domanda di accesso è sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza della società: a tale soluzione, invero, si giungeva anche in passato quando, invece, la decisione in ordine all'accesso era diversamente declinata a seconda del tipo societario. Secondo la vecchia disciplina (art. 152, comma 1, l. fall.), infatti, ferma la necessità che a sottoscrivere la domanda di concordato fossero gli amministratori dotati di rappresentanza, le relative decisioni sarebbero spettate: a) nelle società di persone, ai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, agli amministratori. Tale disciplina – non si sa se per dimenticanza o per una scelta consapevole, tuttavia dalla motivazione oscura – resta intatta per il concordato nella liquidazione giudiziale delle società (art. 265 c.c.i.).

Come anticipato, nella prospettiva del codice della crisi, l'approvazione dei soci non serve neppure qualora, per l'esecuzione del programma di ristrutturazione, occorranò modificazioni statutarie, tra cui aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni (art. 120-*bis*, comma 2, c.c.i.). Infatti, le modificazioni statutarie proposte con il piano si considerano approvate con il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 120-*quinqüies*, comma 1, c.c.i.). È sufficiente, al riguardo,

che gli amministratori informino i soci dell'avvenuta decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e a riferire periodicamente del suo andamento (art. 120-*bis*, comma 3, c.c.i.)⁶.

Fermo restando il controllo notarile (da reputarsi di mera conformità tipologica) sulla deliberazione assunta dagli amministratori (artt. 120-*bis*, comma 1, e 120-*quinqüies*, comma 2, c.c.i.), la tutela dei soci riposa su previsioni peculiari, che li accomunano più agli stakeholders, quali i creditori (subordinati), che non alla categoria loro propria, quella degli investitori di capitale.

A differenza della legge fallimentare, che vedeva i soci tra coloro che decidono se accedere ad una ristrutturazione societaria e quale debba essere il contenuto della proposta e del piano, secondo il codice della crisi e dell'insolvenza i soci e i titolari di strumenti finanziari che non attribuiscono il diritto incondizionato al rimborso anche parziale dell'apporto (art. 120-*ter*, comma 4, c.c.i.) sono considerati, al pari dei creditori, come una delle categorie di interessati a ricevere un trattamento concorsuale: da *coautori*, dunque, essi si atteggiavano a *destinatari* del piano di ristrutturazione⁷.

Coerentemente, come previsto per i creditori (art. 90 c.c.i.), così anche ai soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale spetta la legittimazione alla presentazione di proposte concorrenti (art. 120-*bis*, comma 5, c.c.i.). In tal caso, la domanda è sottoscritta da ciascun socio proponente.

Quando lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza includa i soci tra i soggetti ai quali lo statuto, anche a seguito delle modifiche previste dal piano, riconosce diritti diversi, la domanda può prevedere la formazione di una classe di soci o più classi (art. 120-*ter*, comma 1, c.c.i.). La formazione delle classi è anzi obbligatoria se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (art. 120-*ter*, comma 2, c.c.i.). I soci, inseriti in

⁶ Eventuali patti di c.d. *change of control* sono inefficaci, in quanto le modificazioni della compagine sociale conseguenti all'esecuzione di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza non costituiscono causa di risoluzione o di modificazione di contratti stipulati dalla società.

⁷ La felice sottolineatura riportata nel testo è di M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, § 1.

una o più classi, esprimono il proprio voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori. All'interno della classe il socio ha diritto di voto in misura proporzionale alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda. Il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il suddetto termine si ritiene consenziente (art. 120-ter, comma 3, c.c.i.)⁸.

Non sempre, peraltro, può essere riservato un trattamento concorsuale ai soci o ai titolari di strumenti finanziari partecipativi privi del diritto incondizionato al rimborso dell'apporto.

Al riguardo, per *valore riservato ai soci* si intende il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma (art. 120-quater, comma 2, c.c.i.). Ciò significa che il trattamento concorsuale dei soci non tiene conto di nuovi apporti, ma solo del valore residuo.

Se lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prevede il soddisfacimento integrale dei creditori, sia pure con tempi o modi diversi dall'esatto adempimento, ai soci può essere riservato un trattamento concorsuale anche in relazione a quello che sarebbe il valore di liquidazione. Se invece ai creditori è imposto un sacrificio anche quantitativo, ai soci può essere offerto un trattamento concorsuale solo se questo corrisponde al valore eccedente quello di liquidazione, e comunque in misura percentualmente non eccedente quello offerto ai creditori di rango più basso.

Più esattamente, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, il trattamento concorsuale dei soci è legittimo solo se il trattamento proposto a ciascuna delle classi di creditori si dimostra almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello

⁸ Questi profili, meritevoli di un approfondimento che non può compiersi in questa sede, sono oggetto di una prima analisi di BROGI, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Fall.*, 2022, 1290, ivi 1296 ss.

proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci (art. 120-*quater*, comma 1, c.c.i.). Si parla al riguardo di *regola di priorità relativa*, anziché assoluta⁹: è assoluta la regola di priorità che non consente di offrire alcun trattamento ad una classe di rango inferiore se non è stata integralmente soddisfatta la classe di rango superiore; è invece relativa la regola di priorità che consente di riservare un trattamento alle classi di rango inferiore, anche se lo stesso comporta per le classi di rango superiore un trattamento peggiore di quello che sarebbe possibile non offrendo nulla alla classe di rango inferiore, purché sia nel complesso rispettata la graduazione relativa tra le classi¹⁰.

Se la regola di priorità relativa è rispettata, il piano può essere omologato anche in caso di dissenso di una o più classi di creditori (art. 120-*quater*, comma 2, c.c.i.). Data la collocazione nella classe o classi di rango più basso, non basta invece il dissenso dei soci: questi possono però opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 120-*quater*, comma 3, c.c.i.).

A tutela dell'indipendenza degli amministratori, esclusivi responsabili dell'adozione delle più adeguate misure per fronteggiare la crisi, è previsto che dall'iscrizione nel registro delle imprese della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e fino alla omologazione, la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa (art. 120-*bis*, comma 4, c.c.i.). Ovviamente, se ricorrono le condizioni di legge, non può

⁹ In argomento, G. BALLERINI, *Art. 160, comma 2, l.fall. (art. 85 C.C.I.I.), surplus concordatario e soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 625; G. D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Fall.*, 2022, 1223, ivi 1229 ss.; e già ID., *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule e relative priority rule*, ivi, 2020, 1072; ID., *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, ivi, 2017, 1015; ID., *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, ivi, 2017, 316; G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in www.dirittodellacrisi.it; L. STANGHELLINI, *Verso uno statuto dei diritti dei soci in società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2020, 295, ivi 303; G. FERRI jr., *Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative*, in *Riv. soc.*, 2019, 233; D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. soc.*, 2018, 858, ivi 864 ss.

¹⁰ Sul punto M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, § 2.

costituire giusta causa di revoca la presentazione della domanda in sé considerata. Analogamente a quanto generalmente previsto per i sindaci, la deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati.

3. Modificazioni statutarie e altre deliberazioni dell'assemblea nelle società in ristrutturazione o in liquidazione giudiziale. Come è stato anticipato, anche se nella proposta di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza siano previste modificazioni statutarie, non occorre alcuna deliberazione assembleare o, comunque, decisione dei soci, perché è il provvedimento di omologazione a determinare la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano. Il medesimo provvedimento demanda agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione e li autorizza a porre in essere, nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano (art. 120-*quinquies*, comma 1, c.c.i.). In caso di mancata attuazione nei termini, il tribunale, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può nominare un amministratore giudiziario, attribuendogli i poteri necessari a provvedere in luogo di costoro, e disporre la revoca per giusta causa degli amministratori (art. 120-*quinquies*, comma 1, secondo alinea, c.c.i.).

Quest'ultima regola va confrontata con quella dell'art. 118, comma 6, c.c.i., introdotto già nel 2019, sul modello dell'art. 185, comma 6, l. fall. ¹¹, in materia di

¹¹ Sotto tale disposizione di legge, Trib. Napoli, 17 novembre 2021, in *Fallimento*, 2022, 1117, con nota di G. Fauceglia, ha affermato che qualora la proposta di concordato preventivo proveniente dalla debitrice, e successivamente omologata, preveda un aumento del capitale sociale, nel caso dell'insorgere di conflitto tra i soci che impedisca la corretta esecuzione del concordato, il tribunale può nominare un amministratore giudiziario che, in sostituzione dell'organo amministrativo, provveda dapprima alla convocazione dell'assemblea, e dappoi, in caso di difetto deliberativo, ad adottare, in sostituzione dei soci, una deliberazione conforme a quanto previsto nella proposta. Nel caso di specie, nominato l'amministratore giudiziario, questo, anziché avvalersi del potere, previsto dalla legge, di votare in assemblea in luogo dei soci, ha preferito dare esecuzione all'aumento delegato già deliberato e rimasto ineseguito. Tale deliberazione, impugnata dai soci contrari all'operazione, è stata ritenuta legittima e correttamente eseguita (in sede cautelare) da Trib. Napoli, 2 aprile 2022, *Fallimento*, 2022, 1118,

esecuzione del concordato preventivo, secondo cui in caso di mancata o ritardata esecuzione del concordato il Tribunale, se si tratta di società, può revocare l'organo amministrativo¹² e nominare un commissario giudiziale, attribuendogli il potere di compiere gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata «ivi inclusi, se la proposta prevede un aumento del capitale sociale della società debitrice o altre deliberazioni di competenza dell'assemblea dei soci, la convocazione dell'assemblea avente ad oggetto tali deliberazioni e l'esercizio del diritto di voto nelle stesse per le azioni o le quote facenti capo al socio o ai soci di maggioranza». Pare in effetti che se gli aumenti di capitale e le altre modifiche statutarie sono approvate con l'omologazione e gli amministratori hanno *ex lege* il potere/dovere di darvi esecuzione, non dovrebbe più porsi l'esigenza di nomina di un commissario giudiziario per assumere aumenti di capitale o altre deliberazioni di competenza dei soci previsti dal piano.

Come accennato, disposizioni in parte diverse sono previste in caso di concordato nella liquidazione giudiziale, in quanto la competenza decisoria nelle società personali resta attribuita ai soci e le modifiche statutarie non si considerano approvate con il provvedimento di omologazione. Un recente provvedimento ha peraltro ritenuto che la regola dell'art. 185, comma 6, l. fall. (oggi trasfusa, come osservato, nell'art. 118, commi 5 e 6, c.c.i.) potesse essere analogicamente impiegata per dotare il curatore di un fallimento del potere di votare in assemblea una fusione per incorporazione, oggetto di un concordato fallimentare con assunzione¹³. Tale lettura appare peraltro conforme al disposto dell'art. 264 c.c.i. Questa norma prevede, infatti, l'attribuzione al curatore dei poteri dell'assemblea per compiere gli atti e le operazioni riguardanti l'organizzazione e la struttura finanziaria della società previsti nel programma di liquidazione. In tale caso, peraltro, le decisioni che non sono prese in conformità

con nota di G. Fauceglia (confermata da Trib. Napoli, 20 settembre 2022, Pres. Di Martino, Est. Reale, *inedita*).

¹² Tale soluzione era stata di fatto seguita anche sotto il previgente regime, reputandosi che la nomina dell'amministratore giudiziario non deve necessariamente comportare revoca dell'organo amministrativo: e v. Trib. Napoli, 17 novembre 2021, cit.; Trib. Napoli, 22 dicembre 2021, Rel. Savarese, *inedita*.

¹³ V. Trib. Pisa, 14 novembre 2018, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2020, II, 295, con nota di Covino.

della legge o dell'atto costitutivo, possono essere impugnate con reclamo al giudice delegato e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni in materia di impugnazione delle deliberazioni assembleari di società per azioni o di società a responsabilità limitata ¹⁴.

I rilievi appena svolti sono utili per concludere nel senso che, mentre nelle procedure di ristrutturazione l'assemblea viene assolutamente privata delle proprie competenze e – salvo il controllo del notaio – non spetta ai soci alcun potere di reazione, se non quello di presentare una proposta concorrente o sindacare la correttezza del piano sotto il profilo del trattamento concorsuale ¹⁵, nella procedura di liquidazione giudiziale le competenze dell'assemblea rimangono ferme, pur attribuendosi al curatore il potere di esprimere il voto e ai soci quello di impugnare, se lo ritengano necessario, le deliberazioni. Se può dunque essere corretto parlare di un diritto "societario" della crisi nella liquidazione giudiziale, dato che il diritto societario comune resta applicabile pur con dei correttivi, è molto complesso invece parlare di diritto societario nelle procedure di ristrutturazione, nelle quali l'assemblea, e i soci che dovrebbero ivi esprimersi, vengono del tutto privati di competenze e poteri che, ordinariamente, loro competerebbero. Il tutto con il paradosso di una graduazione inversa di invasività del diritto concorsuale, più marcata nella ristrutturazione e più blanda nella liquidazione.

4. Asserita conformità (ma reale contrasto) delle nuove previsioni rispetto al quadro europeo. Le nuove previsioni in materia di poteri degli amministratori e dei soci nei c.d. quadri di ristrutturazione preventiva sono state dichiaratamente emanate in attuazione della Dir. (UE) n. 2019/1023.

Tale direttiva appare tuttavia attuata con disposizioni che ne eccedono il dettato e le motivazioni che lo sorreggono. Al riguardo è di rilievo il Considerando 57, il quale prevede che «sebbene sia necessario tutelare i legittimi interessi degli

¹⁴ Sui poteri dell'assemblea delle società in liquidazione giudiziale, basta il rinvio a A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*⁵, Bologna, 2021, §§ 173-189.

¹⁵ Al riguardo v. l'analisi critica di A. NIGRO, *op. cit.*, p. 8 ss.

azionisti o altri detentori di strumenti di capitale, gli Stati membri dovrebbero garantire che essi *non possano impedire irragionevolmente l'adozione di un piano di ristrutturazione* che ripristinerebbe la sostenibilità economica del debitore». Ciò consente, secondo l'art. 9, par. 2, Dir. (UE) n. 2019/1023 di escludere tali categorie di soggetti, sebbene parti interessate ad un piano di ristrutturazione, dal diritto di voto sull'*adozione di un piano di ristrutturazione*: l'adozione del piano di ristrutturazione consegue alla votazione sulla proposta, non già alla decisione di formulare una proposta di accesso allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza ¹⁶.

Una voce autorevole in dottrina ha già sollevato il dubbio che l'attuazione di tale direttiva sia intervenuta con previsioni incostituzionali, siccome manifestamente eccedenti il presupposto e, comunque, offensive di taluni diritti aventi rilievo costituzionale, come ad es., la proprietà privata ¹⁷.

Al di là dell'eccesso e del correlato dubbio di costituzionalità, si tratta in ogni caso di previsioni contrastanti con il vivente diritto europeo, da tempo consolidato nella giurisprudenza della Corte UE sui c.d. casi greci, ma – apparentemente – dimenticato dal riformatore del codice della crisi. La Corte UE, infatti, ha affermato ¹⁸ che alcuni principi di diritto societario europeo – oggi portati dagli artt. 47, 68, da 72 a 74, e da 79 a 81 Dir. 2017/1132/UE – ostano «ad una normativa nazionale la quale, allo scopo di garantire la sopravvivenza e la continuazione dell'attività delle imprese [che hanno particolare importanza dal punto di vista economico e sociale per la collettività], e si trovano, a causa del loro indebitamento eccessivo, in una situazione eccezionale, stabilisce che può essere deciso con atto amministrativo di aumentare il loro capitale sociale, fermo restando il

¹⁶ E v. sul punto M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, § 3; R. BROGI, *op. cit.*, 1290 s.

¹⁷ Cfr. A. NIGRO, *op. cit.*, 7: «Tutte le considerazioni fin qui svolte parrebbero poter fondare seri dubbi di incostituzionalità delle disposizioni che stiamo considerando: per un verso, sotto il profilo del mancato rispetto della direttiva e quindi per violazione dell'art. 76 Cost.; per altro verso, sotto il profilo della irragionevolezza, e quindi per la violazione dell'art. 3 Cost.; e, per altro verso ancora, sotto il profilo della violazione dell'art. 42 Cost.».

¹⁸ Corte UE 30 maggio 1991, causa C-19/90 e C-20/90, *Karella e Karellas*, ECR, 1991, I, 2691; Corte UE 24 marzo 1992, causa C-381/89, *Syndesmos Melon*, ECR, 1992, I, 2111; Corte UE 12 marzo 1996, causa C-441/93, *Panagis Pafitis*, ECR, 1996, I, 1347; Corte UE, 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Alexandros Kefalas*, ECR, 1998, I, 2843; Corte UE 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Dionysios Diamantis*, ECR, 2000, I, 01705.

mantenimento del diritto di opzione dei vecchi azionisti all'atto dell'emissione di nuove azioni» (*Karella e Karellas*). In successivi casi la Corte ha aggiunto che è, *a fortiori*, illegittima la previsione che consenta «di decidere con atto amministrativo l'attribuzione delle nuove azioni senza che le stesse vengano offerte in opzione agli azionisti nella proporzione della quota di capitale rappresentata dalle loro azioni» (*Syndesmos Melon*). Del resto, non si può contestare ad un socio di abusare dei propri diritti limitandosi ad allegare «che l'aumento di capitale controverso abbia posto riparo al dissesto finanziario che metteva a rischio la società considerata e che gli abbia fatto conseguire evidenti vantaggi economici, o di non essersi avvalso del suo diritto di opzione, [di cui all'art. 29, n. 1, della seconda direttiva], sulle nuove azioni emesse in occasione dell'aumento di capitale controverso» (*Alexandros Kefalas* e similmente *Dionysios Diamantis*).

Per completezza va ricordato che tali decisioni della Corte sono state superate solo in casi peculiari ¹⁹ nei quali si trattava di valutare la legittimità di provvedimenti normativi tesi a porre rimedio a gravi perturbazioni dell'economia degli Stati membri, tali da mettere a rischio la stabilità economica non già del singolo Stato membro, ma dell'intera Unione Europea. È evidente quindi che tale condizione non possa verificarsi in modo tanto diffuso da dare corso ad una normativa generale, applicabile in tutti i casi di ristrutturazioni societarie.

Se dunque il compito del legislatore nazionale nell'attuazione della Dir. (UE) n. 2019/1023 era quello di prevedere meccanismi sanzionatori di comportamenti ostruzionistici dei soci che risultino in concreto irragionevoli alla luce di una equilibrata considerazione di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli degli stessi soci, non è certamente misura proporzionata quella che, non solo li priva del voto nell'approvazione della proposta concordataria, ma addirittura li esautorava di un potere, quello di concorrere all'aumento di capitale o, quanto meno, di esercitare il

¹⁹ Corte UE 19 luglio 2016, causa C-526/14, *Tadej Kotnik*, ECLI, 2016, 570; Corte UE 8 novembre 2016, causa C-41/15, *Gerard Dowling*, ECLI, 2016, 836. La Corte UE, peraltro, fa fatica ad ammettere di avere cambiato idea e, conformemente alle pronunce di corti di common law, preferisce sempre individuare ragioni di *distinguishing* che non qualificano il nuovo corso della giurisprudenza quale *overruling*: per alcuni spunti anche critici, v. N. DE LUCA, *European Company Law*, Cambridge, 2021, 332 ss.

diritto di opzione, che la stessa normativa europea non consente di sottrarre loro. Considerazioni non diverse si possono e si debbono fare anche per tutte le altre operazioni diverse dall'aumento di capitale che comportano modificazione dell'atto costitutivo, come la riduzione del capitale e le operazioni straordinarie (in senso stretto) di fusione, scissione e trasformazione: queste ultime, peraltro, dato il regime di stabilità dell'operazione a seguito dell'iscrizione nel registro delle imprese pongono un'ulteriormente amplificata questione di assenza di tutele²⁰.

5. Considerazioni conclusive. Il vistoso contrasto con l'*acquis communautaire* in materia di competenze inespugnabili dell'assemblea induce a ritenere che il legislatore interno debba considerare l'opportunità di correggere l'attuazione della Dir. (UE) n. 2019/1023, ripristinando l'ordinaria competenza dell'assemblea a deliberare tutte le modificazioni statutarie, anche se previste nell'ambito di una procedura di ristrutturazione, la quale non può essere irragionevolmente ostacolata dai soci, ma nemmeno può attuarsi contro la loro volontà. A tal fine, seguendo l'indicazione della direttiva, la quale suggerisce di contrastare il possibile ostruzionismo di taluni soci, verosimilmente minoritari, sterilizzando il loro voto in sede di approvazione delle modifiche proposte con il piano, ove risulti insufficiente la sterilizzazione del voto per conflitto di interessi²¹, appare utilmente perseguibile la via della temporanea attribuzione ad un terzo del diritto di voto, di tutti o di taluni soci.

Da una parte, è questa la soluzione generalmente prevista per la liquidazione giudiziale, nella quale il legislatore, pur in una situazione di sostanziale "congelamento" del diritto societario, ritiene comunque di mantenere ferme le competenze assembleari, talvolta consentendo di attribuire al curatore il voto che ordinariamente spetterebbe ai soci: *per un verso*, infatti, il programma di liquidazione può prevedere l'attribuzione al curatore, per determinati atti od

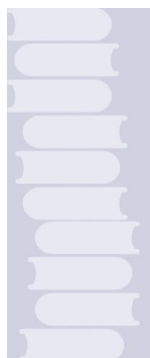
²⁰ Come puntualmente posto in evidenza da A. NIGRO, *op. cit.*, p. 12 ss.; *adde*, N. DE LUCA-L. TROISI, *La tutela dell'azionista da rapporti di cambio incongrui. Un'analisi comparatistica sull'effettività dei rimedi*, in *Soc.*, 2023, 93.

²¹ Il tema del conflitto di interessi nel concordato è stato approfonditamente indagato da G. NUZZO, *Il conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Milano, 2019.

operazioni, dei poteri dell'assemblea dei soci (art. 264, comma 2, c.c.i.) e, *per altro verso*, è stata ammessa per via interpretativa l'attribuzione al medesimo curatore del potere di votare una fusione funzionale alla realizzazione di un concordato fallimentare (*recte*, oggi, nella liquidazione giudiziale).

Dall'altra parte, l'esperienza concreta della nomina nell'ambito di procedure di ristrutturazione, quale il concordato preventivo, di amministratori giudiziari *ex art.* 185, comma 6, l. fall. (oggi art. 118, commi 5-6, c.c.i.) ha mostrato come detto rimedio sia in concreto più che sufficiente a consentire l'attuazione del piano senza privare i soci minoritari delle proprie prerogative, tra cui anche l'impugnazione davanti all'autorità giudiziaria. La conservazione di questa regola nonostante il nuovo impianto degli artt. 120-*bis*—120-*quinquies* c.c.i. potrebbe peraltro costituire *sin d'ora* adeguato rimedio all'eccesso nell'attuazione del dettato comunitario, qualora i giudici nazionali reputassero a livello diffuso di disapplicare un diritto contrastante con un consolidato *acquis communautaire*. Del resto, anche la possibilità di impugnare gli atti dell'amministratore giudiziario davanti al giudice ordinario ²², anziché davanti al giudice delegato, individuato dall'art. 264 c.c.i. come competente per l'impugnazione delle deliberazioni assunte con il voto assembleare espresso dal curatore, appare soluzione di maggiore tutela senza alcun apprezzabile costo per il buon esito della procedura. Anche quest'ultima regola, pertanto, in un'ipotesi di ripensamento della materia, potrebbe essere utilmente riconsiderata.

²² Il caso concreto menzionato alle nt. 11 e 12, di impugnazione di una delibera di aumento del capitale adottata dal commissario giudiziale in luogo degli azionisti, è stato risolto dalla sezione specializzata in materia di imprese, non dal giudice delegato alla procedura di concordato preventivo.



Il meccanismo del payback e la spesa farmaceutica al vaglio del giudice amministrativo

di **MARIANNA TRIMARCHI**

SOMMARIO: 1. LE QUATTRO SENTENZE DEL TAR LAZIO. - 2. LE MOTIVAZIONI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO. - 3. IL GIUSTO PROCEDIMENTO. - 4. IL MECCANISMO DI PAYBACK. - 5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

The so-called “payback mechanism” is the means through which the Italian government manages overspending on drugs and medicines, both inside and outside hospitals. Each year, the state balance allocates a given share of national health budget towards drug expenditures. If such expenditures go over the pre-allocated budget, the Government asks regions and firms providing, distributing and selling the medications to cover for the extra costs.

This work analyses four cases brought by pharmaceutical firms against AIFA, the Italian national drugs authority, claiming the amount asked based on the payback rule is unjust. Following a brief analysis of the cases and a review of the reasons behind the ruling, the article reviews the history of the payback mechanism and its state of the art.

Finally, the author concludes that, based on the analysed trends, it is clear that the government has shifted its economic support towards drugs purchased through the public infrastructure or hospitals rather than reimbursing private expenses. Additionally, drawing on the above, she suggests that the payback mechanism in itself is an agreeable solution to accommodate all the stakeholders’ needs, however, there is still room for improvement.

1. Le quattro sentenze del TAR Lazio. Nel dicembre 2021 sono state pubblicate quattro sentenze con cui il TAR del Lazio ha respinto i ricorsi presentati dalle aziende farmaceutiche Grifols (12750/2021), Kedrion (12757/2021), Serono (12763/2021) e Sandoz (12771/2021) avverso la determinazione DG n. 1313/2020 dell’AIFA (Azienda Italiana del Farmaco). Tale determinazione aveva ad oggetto il procedimento di *payback* e recava l’attribuzione degli oneri di ripiano della spesa farmaceutica per gli acquisti diretti per l’anno 2019.

In particolare, tenuto conto della l. n. 145/2018, rubricata “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il

triennio 2019-2021”, si era operato il procedimento di ripiano dello sfondamento del tetto degli acquisti diretti, così attestando il totale del *payback* a 1,36 miliardi di euro. Secondo l’aggiornamento al 4 maggio 2022, l’industria farmaceutica risultava aver versato complessivamente il 98% del totale. Nello specifico: per Grifols si certificava un conto di circa 4,8 milioni (100% versato), per Kedrion di 1,8 milioni (16% versato), per Serono di 1,96 milioni (100% versato) e per Sandoz di 20,5 milioni di euro (100% versato).

CODICE SIS	TITOLARE SIS	Importo di ripiano richiesto	Aggiornamento al 4 maggio 2022	% versato
2278	KEDRION	1.830.917,32 €	300.000,00 €	16%
3143	SANDOZ BV	120.239,13 €	120.239,12 €	100%
1392	SANDOZ	1.972.657,85 €	1.972.657,83 €	100%
1305	ISTITUTO GRIFOLS	4.832.607,06 €	4.832.607,04 €	100%
2392	MERCK SERONO	1.966.749,05 €	1.966.749,05 €	100%
1771	SANDOZ	18.238.328,56 €	18.238.328,57 €	100%
3700	SANDOZ A/S	220.678,42 €	220.678,42 €	100%

Tabella 1 Aggiornamento al 4 maggio 2022 del ripiano della spesa farmaceutica acquisti diretti anno 2019.

L’AIFA, nel comunicato n. 677 del 17 dicembre 2021, accogliendo favorevolmente il rigetto, ha evidenziato come «le sentenze, in netta discontinuità con quelle riguardanti i procedimenti relativi agli anni 2013-2017, abbiano

affermato la correttezza del complesso procedimento di calcolo svolto dall'AIFA e il fermo rispetto dei principi di buona amministrazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa»²³.

L'osservanza di questi principi, dimostrazione del primato della legge sull'amministrazione, riflette difatti l'assoggettamento dell'amministrazione al principio di legalità²⁴, fondamento dello stesso diritto amministrativo, in base al quale l'azione dell'amministrazione è in ogni momento tenuta ad uniformarsi alla legge nella modalità più appropriata al fine pubblico da seguire.

Negli anni, l'espansione della sfera pubblica e l'estensione della disciplina costituzionale (dall'ambito politico a quello amministrativo) hanno portato alla costituzionalizzazione dei principi amministrativi.

L'implicita tutela costituzionale del principio di legalità amministrativa dà un'efficacia superiore alle regole cristallizzate in leggi per garantirne il rispetto²⁵. Per lo stesso motivo, è stata attribuita rilevanza costituzionale anche al principio di buona amministrazione e ai criteri di economicità ed efficacia. Secondo questi principi, la pubblica amministrazione è tenuta a realizzare nel modo migliore l'interesse pubblico in termini di economicità (minor costo), efficacia (idoneità della pubblica amministrazione di conseguire i risultati prefissati) ed efficienza dell'attività amministrativa (rapporto tra risultati prefissati e obiettivi conseguiti)²⁶. In aggiunta, il principio di buona amministrazione è stato protagonista di un cambiamento essenziale, evolvendosi da "principio" a "diritto": da principio

²³ Si cita dal comunicato AIFA n. 677 del 17 dicembre 2021.

²⁴ Sul punto, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo – Parte generale e speciale*, Roma, 939 ss.; R. CHIEPPA, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 482; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 68 ss.; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, 2020, Roma, 13; V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo, Parte generale vol. I*, Torino, 2021, 206-212.

²⁵ Cfr. artt. 23 e 113 Cost. Il principio di legalità, in forma attenuata, è previsto all'art. 1 della l. 241/1990 secondo il quale «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge». In termini più ampi ma sempre indirettamente è contemplato all'art. 19 TUE per cui la Corte di giustizia dell'Unione Europea «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» e all'art. 23 TFUE per cui la Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti della Comunità europea. S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 9.

²⁶ Il principio di buona amministrazione e i criteri di efficacia ed economicità si sono sviluppati, a loro volta, dal principio di buon andamento. Cfr. art. 97 Cost.

correlato all'efficacia dell'amministrazione a diritto dei cittadini²⁷. Nell'assumere questo secondo ruolo la pubblica amministrazione si è rivolta all'esterno ed ha garantito una maggiore tutela dei diritti alla comunità.

Il presente scritto, dopo aver contestualizzato le motivazioni delle sentenze sopracitate e approfondito la posizione del TAR rispetto alle censure avanzate, intende soffermarsi sui profili di merito e di procedura che concernono la tematica in esame.

2. Le motivazioni del giudice amministrativo. Il TAR ha innanzitutto ritenuto formalmente rispettate le istanze partecipative dei privati nell'ambito del procedimento in questione, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990.

Era stato contestato, infatti, il rispetto meramente formale e non sostanziale delle garanzie previste dal legislatore relative alla comunicazione di avvio del procedimento. Al contrario, il TAR ha attestato la messa in atto, da parte dell'AIFA, della comunicazione di avvio del procedimento e ha messo in evidenza come la ricorrente non abbia chiesto tanto di partecipare quanto, invece, di coamministrare lo stesso procedimento amministrativo, prendendo parte alla fase decisionale dello stesso. L'AIFA ha inviato comunicazione di avvio del procedimento, acquisito le osservazioni richieste e risposto in modo esaustivo, se pur sintetico, alle stesse. Le osservazioni pervenute dalle aziende farmaceutiche, di numero pari a sessanta, sono state suddivise in quattro macroquestioni, analizzate in modo organico e conforme ai principi di buona amministrazione ed economicità dell'azione amministrativa.

È stata poi sollevata dalle parti l'oscurità dei dati riportati nei documenti prodotti. Ma la censura è stata ritenuta infondata da parte del giudice amministrativo, in quanto non chiara e «generica»²⁸. Il Collegio ha precisato che, trattandosi di grandi imprese, caratterizzate da efficienti sistemi organizzativi, esse possiedono certamente al loro interno la professionalità necessaria per leggere adeguatamente i citati dati numerici.

²⁷ S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 16.

²⁸ Si cita la sentenza n. 12750/2021.

Successivamente, nonostante non si fosse innescata in alcun momento una procedura di accesso difensivo – accesso documentale ai documenti amministrativi disciplinato dal Capo V l. n. 241/1990 (artt. 22 ss.) –, è stata contestata la messa a disposizione dei soli dati delle aziende farmaceutiche direttamente interessate. Si è evidenziato come «l'errore compiuto nei calcoli riguardanti i farmaci un'azienda farmaceutica»²⁹ potesse ripercuotersi «sulla correttezza dei calcoli che riguardano anche tutte le altre, andando tale errore a viziare i numeri totali sulla cui base sono quantificati i ripiani posti a carico di ognuna di esse»; motivo per cui «è necessario che i conteggi siano, anche nel sistema normativo vigente, tutti assolutamente corretti e tutti verificabili da tutte le aziende»³⁰. Si sarebbe assistito, secondo le ricorrenti, a «un generale problema di mancanza di trasparenza e verificabilità da parte delle aziende dei dati di spesa utilizzati dall'AIFA ai fini della quantificazione della richiesta di ripiano, nonché dei calcoli da essa operati nell'ambito del procedimento che ha condotto all'adozione dei provvedimenti impugnati»³¹. Tuttavia, se i dati delle aziende, diversi da quelli delle aziende interessate, fossero stati da subito disponibili, si sarebbe incorsi in una cogestione³². Il giudice di prime cure ha sottolineato come, dovendosi inizialmente ritenere prevalente l'esigenza di riservatezza, sia sempre necessario un bilanciamento tra tale esigenza e il riconosciuto diritto di accedere ai documenti amministrativi³³. Preme

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² Sul punto si segnalano numerosi precedenti giurisprudenziali. «Pretendere sin da subito che i dati di tutte le aziende siano indifferentemente conoscibili da tutte le aziende del settore (dunque una sorta di sostanziale “discovery anticipata”) equivale ancora una volta a pretendere una sorta di “cogestione” della spesa farmaceutica tra AIFA ed aziende di settore, il che – oltre a non essere contemplato dalla vigente normativa – sarebbe peraltro contrario al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., attesa la notevole mole di dati e di passaggi procedurali che sarebbero altrimenti imposti, con inevitabile e intollerabile allungamento dei tempi dell'azione amministrativa». Oltre alle sentenze in commento, in materia di accesso documentale e segretezza in materia farmaceutica, tra le altre v. Tar Lazio n. 13255/2021, Tar Lazio n. 13265/2021, Tar Lazio n. 13272/2021, Tar Lazio n. 13376/2021, Tar Lazio n. 13442/2021, Tar Lazio n. 38/2022, Tar Lazio n. 57/2022, Tar Lazio n. 61/2022, Tar Lazio n. 353/2022, Tar Lazio n. 7005/2022.

³³ L'accesso agli atti amministrativi, perseguendo l'imparzialità del procedimento amministrativo, attua i principi di legalità e trasparenza sanciti dall'art. 1 comma 1 l. 241/1990. L'art. 22 comma 2 della l. n. 241 del 1990 sancisce che “l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti

sottolineare che tale diritto di accesso presuppone la sussistenza di una situazione giuridicamente tutelata correlata ad un interesse diretto, concreto e attuale dipendente da un documento al quale è richiesto l'accesso³⁴. La legittimazione è riconosciuta a chiunque possa dare dimostrazione che gli atti oggetto dell'accesso possano produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti a prescindere da una lesione giuridica³⁵ e questo diritto può essere esercitato anche in relazione a documenti di natura privatistica riguardanti un pubblico interesse³⁶. «Più precisamente, è stata ritenuta legittimata a domandare l'accesso la società farmaceutica che dimostra di competere nel medesimo mercato delle controinteressate imprese farmaceutiche e risente economicamente dei risultati commerciali raggiungibili da queste in forza dell'accordo con AIFA; tuttavia è legittimo negare l'accesso per la conoscenza dell'accordo sulla rimborsabilità e il prezzo relativo ad un farmaco stipulato tra l'industria produttrice e l'AIFA, quando è prevista una clausola di riservatezza»³⁷.

In un ulteriore motivo di ricorso si è messa in rilievo la sussistenza di «eccesso di potere per errore – eccessiva indeterminatezza e genericità dei provvedimenti impugnati – errore di calcolo – difetto dei presupposti – illogicità manifesta – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 commi 577 e seguenti della l. n. 145/2018 – errore di calcolo per tardivo scorporo degli importi dovuti a titolo di *payback* di prodotto – difetto di motivazione – violazione del principio di trasparenza – violazione del principio di buon andamento della i ex art. 97

finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza". V. TENORE, F. CASTIELLO, *Manuale di diritto sanitario: aggiornato alla riforma Madia e alla legge Gelli*, Milano, 2018, 628 ss. In materia di accesso documentale v. D. GIANNINI, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2013; M. GIOCANDA, F. CORRADI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi dei servizi sociali e sanitari*, Rimini, 2011; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007.

³⁴ Cfr. Cons. St. n. 3461/2017, Cons. St. n. 1578/2018, Cons. St. n. 1213/2017.

³⁵ Cfr. Cons. St. n. 4372/2016.

³⁶ Cfr. Cons. St. n. 326/2016.

³⁷ Cfr. Cons. St. n. 1213/2017. Si cita dal seguente sito web: [https://renatodisa.com/il-diniego-di-accesso-esercitato-ai-fini-di-difesa-in-giudizio/#Consiglio di Stato Sentenza31 dicembre 2020 n 8543](https://renatodisa.com/il-diniego-di-accesso-esercitato-ai-fini-di-difesa-in-giudizio/#Consiglio%20di%20Stato%20Sentenza31%20dicembre%202020%20n%208543).

Cost.»³⁸. Segnatamente, si è contestata «l'errata rilevazione della spesa per i farmaci orfani che possiedono anche indicazioni non più coperte da esclusività di mercato»³⁹ e l'impossibilità di «verificare se effettivamente la spesa per tutti i prodotti contrassegnati come orfani sia stata calcolata correttamente da parte di AIFA»⁴⁰; l'inopportuna attribuzione ai farmaci scritti nei "registri nazionali" dei benefici che dovrebbero essere attribuiti esclusivamente ai farmaci orfani registrati a livello comunitario⁴¹; «l'errata rilevazione della spesa per farmaci innovativi che presentano anche una o più indicazioni non innovative – art. 1 comma 584 2° periodo l. n. 145/2018»⁴²; «l'errata applicazione dell'art. 1 comma 584 3° periodo della l. n. 145/2018 relativamente ai farmaci orfani con caratteristiche di innovatività di cui alla Tabella A3 della nota metodologica»⁴³; «l'illegittimità derivante dal ritardo del calcolo dello scorporo del tetto di prodotto operato da AIFA che deve essere detratto dal fatturato di ogni azienda per la determinazione della sua quota di mercato»⁴⁴.

È necessaria una premessa: la *ratio* alla base del nostro sistema normativo è quella di premiare le aziende farmaceutiche che si concentrano su malattie e condizioni rare che colpiscono una percentuale limitata di individui, su malattie più comuni la cui soglia di prevalenza supera le normali soglie di distribuzione e su malattie la cui prevenzione risulta realizzabile mediante immunizzazione attiva, ossia, mediante esposizione all'agente infettivo opportunamente trattato – così da renderlo innocuo – o ad una serie di componenti dello stesso.

³⁸ Si cita la sentenza n. 12771/2021.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

È risultata in questo modo privilegiata l'industria farmaceutica dedicata alla produzione, rispettivamente, di farmaci orfani⁴⁵, farmaci innovativi⁴⁶ e vaccini⁴⁷.

I farmaci orfani, essendo antieconomici per le aziende farmaceutiche, a causa del numero ridotto dei potenziali pazienti paganti e non potendo sopravvivere quindi in un ambiente competitivo, hanno bisogno di essere “adottati” dal sistema sanitario pubblico. In virtù di questa necessaria “adozione”, il nostro legislatore ha scelto di esonerare completamente dal *payback* i farmaci orfani per uso umano dell'Unione Europea nonostante gli stessi contribuiscano allo sfondamento complessivo nazionale. I farmaci innovativi, per contro, possono beneficiare di incentivi per il grado di progresso scientifico che il prodotto può contribuire a raggiungere, ma – una volta immessi sul mercato – sono in grado di sostenersi attraverso la vendita ad un gran numero di pazienti. Rientrano in due fondi speciali separati da 500 milioni di euro ciascuno, di cui ai commi 400 e 401 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, e partecipano ad un *payback* separato. I vaccini sono anch'essi esonerati dal *payback* per merito della fondamentale funzione preventiva che svolgono nei riguardi di tutta la popolazione. Infine, anche i gas medicinali che hanno ad oggi una funzione fondamentale ai fini della lotta al COVID-19 godono di un *payback ad hoc*.

La censura relativa alla «errata rilevazione della spesa per i farmaci orfani che possiedono anche indicazioni non più coperte da esclusività di mercato»⁴⁸ è stata dichiarata inammissibile dal TAR, in quanto generica. Senza fornire alcuna spiegazione e senza presentare alcun principio di prova ai sensi dell'art. 64 comma 1 c.p.a, si è messa in dubbio la metodologia di calcolo con riferimento a farmaci orfani che avrebbero perso l'esclusività sul mercato. In merito all'impossibilità di «verificare se effettivamente la spesa per tutti i prodotti contrassegnati come orfani sia stata calcolata correttamente da parte di AIFA»⁴⁹,

⁴⁵ Sul punto, si rimanda all'articolo di A. SANDULLI, *Orphan drugs for the treatment of rare diseases. A comparative public law perspective*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 11, Issue 2/2019.

⁴⁶ L'innovatività è valutata dall'AIFA sulla base di tre parametri: la necessità del trattamento, il valore terapeutico aggiunto e la qualità dell'evidenza o la solidità degli studi clinici.

⁴⁷ In argomento: <https://www.aifa.gov.it/vaccini>.

⁴⁸ Si cita la sentenza n. 12771/2021.

⁴⁹ *Ibidem*.

invece, il Collegio ha precisato, ancora una volta, come, essendo l'industria in questione dotata di efficaci sistemi organizzativi, sia da considerare sottesa la professionalità necessaria per procedere a tale verifica.

L'autorità giudiziaria ha peraltro ricordato la scelta di carattere vincolato operata dal legislatore nel d.-l. n. 95/2012: solo i farmaci orfani iscritti nel registro comunitario Reg. UE 141/2000, non quelli iscritti nei registri nazionali, beneficiano delle particolari agevolazioni sopra menzionate.

La censura sollevata sotto il profilo dell'«errata rilevazione della spesa per farmaci innovativi che presentano anche una o più indicazioni non innovative – art. 1, comma 584, 2° periodo, l. n. 145/2018»⁵⁰ si è rivelata anch'essa indeterminata e indefinita. Ai sensi della citata disposizione, nel caso di farmaci innovativi che presentano anche una o più indicazioni non innovative, «la quota di mercato è determinata attraverso le dispensazioni rilevate mediante i registri di monitoraggio AIFA e il prezzo di acquisto per il Servizio sanitario nazionale»⁵¹. Sebbene si fosse lamentata la mancanza di un «maggior dettaglio»⁵² ai fini dell'«esatta quantificazione della spesa sostenuta»⁵³, quale ostacolo alla comprensione della Tabella contenuta nell'Allegato B1 della nota metodologica, non si era offerta una qualsivoglia prova, tale da consentire una concreta disamina di quanto lamentato. In merito all'«errata applicazione dell'art. 1 comma 584 3° periodo della l. n. 145/2018 relativamente ai farmaci orfani con caratteristiche di innovatività di cui alla Tabella A3 della nota metodologica»⁵⁴, il Collegio ha ricordato che, nel caso in cui uno stesso farmaco risulti essere sia orfano che innovativo, il legislatore ha ritenuto essere prevalente il carattere dell'innovatività: la spesa di questi farmaci dovrà pertanto gravare sul fondo appositamente istituito. Dinnanzi alla contestazione della confluenza di farmaci orfani e innovativi nel canale dedicato agli acquisti diretti, il TAR ha evidenziato il corretto operato dell'AIFA. L'AIFA, nel caso di farmaci orfani con caratteristiche

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ Si cita l'art. 1, comma 584, 2° periodo l. n. 145/2018.

⁵² Si cita la sentenza n. 12771/2021.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

sia innovative che non innovative, ha opportunamente destinato le spese riferite alle indicazioni innovative nel fondo speciale per farmaci innovativi e le spese riferite alle indicazioni non innovative nel canale per gli acquisti diretti. Si è lamentato che, ai sensi del predetto periodo della citata disposizione di legge che fa riferimento a farmaci orfani «anche con caratteristiche innovative»⁵⁵, fosse assente la distinzione tra indicazioni innovative e non innovative; questa censura, secondo il TAR, non può essere accolta per due ragioni: una di carattere letterale, l'altra di carattere sistematico. Si puntualizza che la disposizione di legge si riferisce a farmaci orfani «anche con caratteristiche di innovatività»⁵⁶, dunque, solo alle indicazioni innovative di tale classe di farmaci; se il legislatore avesse voluto riferirsi anche alle indicazioni innovative avrebbe utilizzato altra differente espressione, per esempio, «con caratteristiche anche di innovatività»⁵⁷. Se si fosse ammessa l'asserzione sostenuta dalla ricorrente, si sarebbe contraddetta la stessa finalità legislativa: il legislatore, come già detto, ha voluto premiare la ricerca e l'innovazione esonerando dal *payback* le aziende produttive di farmaci orfani e istituendo un fondo speciale per farmaci innovativi. Dal momento che per le aziende produttive di farmaci orfani si è rivelata indifferente la confluenza, rispettivamente, nel fondo speciale per i farmaci innovativi o nel canale generale degli acquisti diretti, il Collegio è giunto alla conclusione che un accoglimento della prospettiva esposta nel ricorso gioverebbe non alle aziende produttive di farmaci innovative – che riscontrerebbero maggiori probabilità di essere esposte a oneri di ripiano –, ma solo alle aziende del canale degli acquisti diretti.

In relazione all' «illegittimità derivante dal ritardo del calcolo dello scorporo del tetto di prodotto operato da AIFA che deve essere detratto dal fatturato di ogni azienda per la determinazione della sua quota di mercato»⁵⁸ nel ricorso si è evidenziata, sulla base del criterio di cassa, «una illogicità e sproporzionalità oltre che un disallineamento del sistema determinato dal fatto che l'AIFA calcola i tetti

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

di prodotto, purtroppo, solo a distanza di anni rispetto all'anno di riferimento»⁵⁹. Tuttavia, non precisandosi in cosa concretamente consisterebbe il lamentato ostacolo applicativo del criterio di cassa, anche questo punto censurato è stato ritenuto generico e, conseguentemente, inammissibile. Dopodiché si è affrontato il tema della mancata previsione di un meccanismo di compensazione – ritenuta essere irragionevole – tra i tetti della spesa per gli acquisti diretti e della spesa convenzionata e tra i tetti della spesa per i farmaci oncologici e della spesa per gli acquisti diretti; correlatamente, si è considerato il tema dell'illegittimità costituzionale dell'art. 1, commi 398 e 399, della l. n. 232/2016 e dell'art. 1, comma 575, della l. n. 145/2018, nonché dell'art. 5 del d.-l. n. 159/2007, per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

A tal proposito, è necessario ricordare che il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) – baluardo di legalità per la tutela della salute dei cittadini – è stato istituito dalla l. n. 833/1978; garantendo prestazioni sanitarie e farmaceutiche all'intera popolazione, si è così passati da un sistema di previdenza sociale a un sistema di sicurezza sociale generalizzato. Una quota del finanziamento complessivo ordinario del SSN è volta a finanziare la spesa farmaceutica che costituisce una delle componenti più rilevanti della spesa sanitaria italiana. Per ciò che qui interessa, risulta fondamentale ricordare come i farmaci possano essere classificati in tre distinte fasce⁶⁰: fascia A, fascia H e fascia C. La fascia A comprende i farmaci essenziali e per le malattie croniche, integralmente rimborsati dal SSN, ciò nonostante, in base alle differenti normative regionali, si può prevedere a carico del cittadino il pagamento di un ticket di compartecipazione alla spesa pubblica statale. Tali farmaci possono essere forniti dalle farmacie territoriali o dalle strutture sanitarie pubbliche (distribuzione diretta). La fascia H comprende i farmaci di uso esclusivo ospedaliero o distribuibili solo dalle strutture sanitarie pubbliche. La fascia C comprende

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ In materia, *Classificazione dei farmaci e regime di rimborsabilità*, Camera dei deputati – Temi dell'attività parlamentare – XVII legislatura di cui al link che segue:
https://www.camera.it/leg17/561?appro=classificazione_dei_farmaci_e_regime_di_rimborsabilit

farmaci a totale carico del paziente: farmaci con o senza obbligo di prescrizione medica⁶¹.

La spesa farmaceutica si divide in convenzionata e per acquisti diretti. La spesa farmaceutica convenzionata⁶² è la spesa riferibile ai farmaci rimborsabili di fascia A, al lordo delle quote di partecipazione alla spesa a carico degli assistiti, distribuiti, in seguito alla presentazione della prescrizione medica su modulo ricettario del SSN, dalle farmacie pubbliche o private (convenzionate) che dapprima sostengono il costo dei farmaci, venendo, in un secondo momento, rimborsate dal SSN. La spesa farmaceutica per acquisti diretti⁶³ è la spesa comprendente i farmaci di classe A, in distribuzione diretta e in distribuzione per conto⁶⁴, e di classe H, acquistati o distribuiti, appunto, direttamente dalle o presso strutture sanitarie del SSN. La distribuzione diretta garantisce una maggiore continuità terapeutica tra territorio ed ospedale e prevede che i farmaci siano acquistati ed erogati direttamente presso le strutture sanitarie pubbliche. La distribuzione per conto, invece, prevede che i farmaci siano acquistati direttamente dalle strutture sanitarie pubbliche, ma erogati dalle farmacie territoriali convenzionate. In questo modo il cittadino malato, spesso anche in modo cronico, non deve recarsi presso strutture ospedaliere per rifornirsi dei farmaci necessari.

In particolare, con riferimento all'anno 2019, si è lamentata l'inutilizzazione dell'avanzo del fondo dedicato alla spesa convenzionata ai fini del contenimento della spesa per gli acquisti diretti. Secondo la ricorrente, non vi sarebbe alcuna disposizione che vieterebbe o consentirebbe un simile meccanismo di compensazione: di conseguenza, la norma andrebbe interpretata. Tuttavia, il

⁶¹ I farmaci senza obbligo di prescrizione medica si distinguono in farmaci OCT e farmaci SOP. I farmaci OCT, impiegati per patologie di lieve entità, sono accessibili al pubblico e non vedono il cittadino obbligato a rivolgersi al farmacista. I farmaci S.O.P. sono, invece, accessibili al cittadino solo tramite il farmacista.

⁶² In argomento, *La spesa farmaceutica territoriale ed ospedaliera*, Camera dei deputati – Temi dell'attività parlamentare – XVII legislatura di cui al link che segue:

https://temi.camera.it/leg17/post/app_la_spesa_farmaceutica_territoriale_ed_ospedaliera

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ La legge di bilancio del 2017, ai sensi dell'art. 1 comma 398, oltre ad aver aumentato il tetto della spesa farmaceutica ospedaliera – di cui si parlerà a breve – dal 3,5% al 6,89 %, ha anche compreso al suo interno i farmaci di classe A. *Ibidem*.

TAR, puntualmente, ha affermato che i due fondi in oggetto sono sia disomogenei tra loro sia a destinazione vincolata. Dunque, un bilanciamento di questo tipo sarebbe inammissibile, oltre che manifestamente contrario allo spirito della legge. Se si riconoscesse la possibilità di operare secondo quanto ipotizzato, le imprese, nella consapevolezza di poter trarre vantaggio dai benefici previsti per le aziende farmaceutiche che si concentrano sulla produzione di farmaci innovativi e oncologici innovativi, sarebbero meno incentivate ad investire nella ricerca ed innovazione a causa della minore convenienza economica dell'investimento in tali settori. I fondi di cui ai commi 400 e 401 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, difatti, non giungono mai alla capienza prevista e ciò appare indicativo di un non bastevole investimento nei settori sopracitati. Quanto alla prospettata incostituzionalità, essendo i due fondi destinati a finalità estremamente differenti, non appare ravvisabile alcuna violazione dell'art. 3 Cost.

Con un diverso motivo di ricorso si è segnalata anche «l'illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati per l'illegittimità costituzionale del meccanismo di ripiano del 50% del superamento del tetto della spesa farmaceutica per acquisti diretti introdotto dall'art. 15 del d.-l. n. 95/2012 e attualmente disciplinato dall'art. 1, commi 574-584, della legge n. 145/2018 per violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.»⁶⁵.

Nello specifico, si è lamentata «l'irragionevolezza della quantificazione del tetto per gli acquisti diretti, strutturalmente e sistematicamente sottofinanziato»⁶⁶ che si è riversata in «un'altrettanto sistematica e strutturale sovrastima del tetto di spesa per l'assistenza farmaceutica convenzionata»⁶⁷, con conseguente «illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 398, della l. n. 232/2016 e dell'art. 1, comma 575, della l. n. 145/2018, per violazione dell'art. 3 della Costituzione»⁶⁸. L'eccezione di incostituzionalità è stata rigettata dal TAR, adducendo le seguenti motivazioni.

⁶⁵ Si cita la sentenza 12763/2021.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ *Ibidem*.

Dapprima la ricorrente ha ritenuto inopportuno il tetto per gli acquisti diretti, in quanto non correlato né al criterio della spesa storica o incrementale – *quantum* di spesa erogato sino ad oggi per gli acquisti diretti –, né a parametri prospettici. Il punto oggetto di censura però, secondo il Collegio, alla luce della l. n. 42/2020, altro non è che espressione della volontà del legislatore di passare da modelli quantitativi a modelli qualitativi, quale è il criterio dei costi standard – fondato sul costo di un servizio specifico in un ambiente ottimale di appropriatezza ed efficienza.

Con riguardo alla censurata alimentazione della spesa farmaceutica prevalentemente da parte delle regioni, poi, si è messo in evidenza come, in realtà, le stesse aziende farmaceutiche, mediante la presentazione di ricorsi avverso provvedimenti di calmierazione dei prezzi, siano anch'esse responsabili del ritardo nella diminuzione dei prezzi dei farmaci e del conseguente costante sfioramento della spesa. Infine, il tema della sopraelevazione del tetto della spesa convenzionata e del sottofinanziamento del tetto della spesa per acquisti diretti risulta correlato a un disegno di deospedalizzazione con conseguente riduzione dei prezzi sanitari e miglioramento dell'efficienza organizzativa secondo quella che è l'esigenza di modulazione disciplinata dalla l. n. 178/2020. Citando il TAR, «il meccanismo di rimodulazione di cui alla l. n. 178/2020 [...] testimonia ancora una volta l'attenzione del legislatore verso l'esigenza di affrontare in maniera costante e regolare la questione del giusto dimensionamento della spesa diretta»⁶⁹. Il Collegio ha sottolineato anche come il previsto strumento legislativo della legge di bilancio benefici di meccanismi di preferenzialità e sia solo apparentemente più complesso di quello amministrativo – «decreto ministeriale previa intesa con il MEF, oppure interministeriale tra Ministero Salute ed Economia»⁷⁰ –, garantendo per di più una trasparenza maggiore rispetto alle alternative prospettatesi in via amministrativa, sfocianti sempre più frequentemente in trattative di tipo lobbistico.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ *Ibidem.*

Infine, si è messa in discussione, a causa della prospettata mancanza di un rapporto sinallagmatico, la «natura sostanziale di prelievo coattivo del *payback*, secondo la nozione espressa dalla stessa Corte costituzionale di “Prelievo coattivo che è finalizzato al concorso alle pubbliche spese ed è posto a carico di un soggetto passivo in base ad uno specifico indice di capacità contributiva” (sent. n. 102/2008)»⁷¹. Per contro, l'autorità giudiziaria ha sottolineato come la corrispettività caratterizzante il rapporto sinallagmatico sia ravvisabile negli indubbi benefici che le imprese trarrebbero dal sistema della rimborsabilità dei farmaci erogati dal SSN.

Dall'analisi dei diversi motivi di ricorso è apparso evidente come si contesti, da una parte, il rispetto delle garanzie fondamentali – il cui insieme è definito come giusto procedimento⁷² – e, dall'altra, il sostanziale funzionamento del meccanismo di *payback*.

3. Il giusto procedimento. La L.241/1990 ha sancito la natura partecipativa del procedimento amministrativo⁷³. Il diritto di partecipazione al procedimento amministrativo è uno strumento giuridico fondamentale e introduce nell'attività interna alla pubblica amministrazione interessi pubblici e privati - che altrimenti rischierebbero di non essere presi in esame - assicurando una migliore attività amministrativa e un'effettiva realizzazione. Il cittadino può contribuire fattivamente all'attività della pubblica amministrazione connessa all'emanazione di un provvedimento destinato a produrre effetti diretti nei suoi confronti: può partecipare al procedimento amministrativo in una sorta di contraddittorio, prendendo visione degli atti utilizzati dalla pubblica amministrazione e

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² S. CASSESE, *Un giusto procedimento globale?*, in S. CASSESE, *Oltre lo stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 120 ss.

⁷³ Sul punto, in dottrina v. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964; M. CLARICH, G. FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015; G. SALA, *Giusto procedimento e giusto processo in Amministrare*, Fascicolo 2 agosto 2018; F. CARINGELLA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2002; in giurisprudenza, cfr. Cons. St. n. 132/1996 (partecipazione al procedimento); Cons. St. n. 358/1998; Cons. St. n. 6305/2000 (comunicazione del procedimento); Cons. St. n. 16/1999; Cd.s. n. 2938/2003 (accesso agli atti); Cons. St. n. 2895/2001 (istruttoria partecipata e obbligo di motivazione).

presentando memorie scritte e documenti che la pubblica amministrazione dovrà obbligatoriamente valutare⁷⁴. La ratio si ravvisa sia nell'adozione di provvedimenti basati su una più esauriente rappresentazione della realtà, sia nella valenza deflativa propria di un impianto normativo così delineato.

Nelle sentenze in commento, le aziende ricorrenti, come già si è avuto modo di illustrare, hanno lamentato l'aver messo in atto un'attuazione esclusivamente formale e non sostanziale delle garanzie legislativamente previste a tutela del procedimento.

Anzitutto, l'AIFA risulta sia aver comunicato il procedimento, che aver chiesto, ottenuto e risposto in modo esaustivo – se pur sintetico – alle osservazioni richieste. Le sessanta osservazioni pervenute sono state, infatti, raggruppate in quattro macro-questioni, tutte valutate dal punto di vista contenutistico. Come risulta dalla documentazione, l'AIFA ha chiesto «eventuali osservazioni, controdeduzioni e/o documenti»⁷⁵.

Al contempo, dinnanzi all'avanzata censura della mancata messa a disposizione di dati diversi oltre a quelli delle aziende direttamente interessate, l'autorità giudiziaria ha sottolineato come, premessa l'esigenza primaria di salvaguardare la riservatezza degli *stakeholders*, sia in ogni circostanza necessario bilanciare il diritto di accesso ai documenti amministrativi e l'esigenza di riservatezza di tutte le aziende necessarie attraverso lo strumento dell'accesso difensivo.

Sia nel primo che nel secondo caso, la ricorrente non avrebbe tanto voluto prendere parte al procedimento, quanto piuttosto coamministrare il procedimento in oggetto: «le aziende pretendono di seguire l'AIFA in ogni suo momento decisionale, che non è proprio nello spirito di cui alle citate disposizioni sulla partecipazione procedimentale»⁷⁶. Si parla di una richiesta di coamministrazione

⁷⁴ Sul punto, C.E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in P.ALBERTI, G.AZZARITI, G.CANVESIO, C.E. GALLO, M.A. QUAGLIA, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, p. 52 ss.

⁷⁵ In argomento, si rimanda e si cita quanto riportato nel seguente link <https://www.aifa.gov.it/-/ripiano-della-spesa-farmaceutica-per-acquisti-diretti-per-l-anno-2020-avvio-del-procedimento-esposizione-dei-dati-alle-aziende-farmaceutiche>

⁷⁶ Si cita la sentenza n. 12750/2021.

e di cogestione, perché si richiederebbe di rivelare non il dato del fatturato – pubblico e controllabile –, bensì il dato del fatturato relativo a una determinata classe di farmaci – informazione riservata e dato sensibile. Il giudice di prime cure ha sottolineato come, dovendosi inizialmente ritenere prevalente l'esigenza di riservatezza, sia sempre necessario un bilanciamento tra tale esigenza e il riconosciuto diritto di accedere ai documenti amministrativi⁷⁷.

Dunque, si ritengono rispettate e attuate le garanzie del giusto procedimento, tutelate dalla nostra Carta costituzionale, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁸.

4. Il meccanismo di payback. Nel corso degli anni, lo Stato è passato da un controllo sul regime dei prezzi ad un controllo sul contenimento della spesa pubblica. Tale passaggio è evidenziato nella delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPE) emessa il 25 febbraio 1994⁷⁹. Nel 1995, la Comunità Europea (CE) ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato Italiano avente ad oggetto proprio tale delibera, contestandone la capacità di preservare un mercato privo di distorsioni. Lo Stato, dunque, ha dovuto conciliare il contenimento della spesa pubblica con le leggi di libera concorrenza a livello europeo. Nel 2003, con il d.-l. 30 settembre 2003 n. 269, è stata istituita l'AIFA allo scopo di controllare il mercato farmaceutico e regolarne la spesa pubblica⁸⁰.

⁷⁷ V. nota n. 12.

⁷⁸ V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo, Parte generale vol. II*, Torino, 2021, 1928 ss.

⁷⁹ Questa delibera anticipava la liberalizzazione del prezzo dei prodotti farmaceutici a carico del cittadino poi formalizzata nel 1995. Cfr. art. 1, comma 2, del d.-l. n. 390/95, conv. in l. n. 490/95.

⁸⁰ Il sistema della sorveglianza mirava semplicemente ad evitare rialzi ingiustificati dei prezzi con un controllo a posteriori. La delibera CIPE del 25 febbraio 1994 circoscriveva il regime di sorveglianza ai soli farmaci rimborsati dal SSN. La procedura di infrazione avviata dalla CE nel 1995 andava ad evitare che i controlli dello Stato avessero effetti equiparabili ad una restrizione al commercio. Sul tema della regolazione dei prezzi dei farmaci, vedasi A. PIOGGIA, *Il potere pubblico e il suo diritto nella regolazione dei farmaci: storia di un arretramento verso una regolazione senza diritti*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 3, settembre-dicembre 2021.

Il d.-l. n. 159/2007⁸¹ recante "Interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità fiscale", collegato alla legge finanziaria del 2007 (l. 222/2007), introduce per la prima volta in Italia il meccanismo del *payback*. L'art. 5 ha disposto che, dal 2008, l'onere a carico del SSN per l'assistenza farmaceutica convenzionata, prima del 2017 denominata "territoriale", e l'assistenza farmaceutica per acquisti diretti, prima del 2017 denominata "ospedaliera", non potesse superare, rispettivamente, il tetto del 14,00 % (comma 1) e del 2,40 % (comma 5) del Finanziamento Sanitario Nazionale (FSN).

Per quanto riguarda la spesa farmaceutica convenzionata si è disposto quanto segue: per l'anno 2009 la stessa non poteva superare il 13,60% del FSN; per gli anni 2010 e 2011, il 13,30%; per l'anno 2012, il 13,10%; per gli anni dal 2013 al 2016, l'11,35%; per gli anni dal 2017 al 2020, il 7,96%; per l'anno 2021, il 7,00%. Inoltre, sulla base della legge di bilancio 2022, la percentuale del 7,00% rimarrà invariata per il triennio dal 2022 al 2024.

Il tetto della spesa farmaceutica ospedaliera, invece, è stato rimodulato per l'anno 2013, per l'anno 2017 e per l'anno 2021. La percentuale del 2,40%, fissata per gli anni dal 2008 al 2012, è stata progressivamente incrementata, in un primo momento, dal 2,40 % al 3,50 % per gli anni dal 2013 al 2016; in un secondo momento, dal 3,50 % al 6,89 % per gli anni dal 2017 al 2020; infine, per l'anno 2021, al 7,85%. Sempre basandosi sul testo della legge di bilancio 2022, possono essere prospettate le percentuali per gli anni 2022, 2023 e 2024, rispettivamente 8,00%, 8,15% e 8,30%.

Dunque, da un tetto complessivo del 16,4%, vigente nel 2008, si è passati ad un tetto attuale del 14,85%. Ad oggi, fermo restando il limite del 14,85%, le percentuali possono essere rimodulate annualmente in sede di relazione annuale

⁸¹ Convertito dalla l. 29 novembre 2007, n. 222 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, recante interventi urgenti in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale".

del bilancio – entro il 15 novembre–, in seguito alla proposta del Ministero della Salute, sentita l’AIFA e d’intesa con il Ministero dell’Economia e delle Finanze⁸².

Benché, come appena sottolineato, le diverse percentuali siano state rimodulate più volte, il superamento dei tetti si è rivelato viziato da una sorta di “difetto” di struttura. Dal 2015 si è assistito a uno sfondamento in via crescente del tetto delineato per gli acquisti diretti.

Anno	Spesa Convenzionata (%FSN)	Spesa per gli acquisti diretti (% FSN)	(Spesa per gli acquisti diretti + Convenzionata) / FSN
2008	14,00%	2,40%	16,40%
2009	13,60%	2,40%	16,00%
2010	13,30%	2,40%	15,70%
2011	13,30%	2,40%	15,70%
2012	13,10%	2,40%	15,50%
2013	11,35%	3,50%	14,85%
2014	11,35%	3,50%	14,85%
2015	11,35%	3,50%	14,85%
2016	11,35%	3,50%	14,85%
2017	7,96%	6,89%	14,85%
2018	7,96%	6,89%	14,85%
2019	7,96%	6,89%	14,85%
2020	7,96%	6,89%	14,85%
2021	7,00%	7,85%	14,85%

⁸² Sull’evoluzione complessiva della spesa sanitaria pubblica, V. L. GEROTTO, *L’evoluzione della spesa sanitaria* in OCPI - Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani, 2020.

2022	7,00%	8,00%	15,00%
2023	7,00%	8,15%	15,15%
2024	7,00%	8,30%	15,30%

Tabella 2 Andamento del tetto di spesa convenzionata e per acquisti diretti (% del FSN)

Il ripiano della spesa farmaceutica di tale classe di farmaci, fino al 2012, è stato totalmente a carico delle regioni⁸³. Soltanto a partire dal 2013 si è applicato il seguente meccanismo di ripiano: in caso di accertato esubero, il 50% dello sfioramento è stato ripianato dalle regioni e le aziende produttrici hanno dovuto ripianare la quota restante.

⁸³ L'AIFA, secondo quanto stabilito dal comma 4 dell'articolo 5 l. 222/2007, era tenuta a monitorare la spesa farmaceutica di ogni regione. Le regioni, in caso di sfondamento del tetto prefissato, erano tenute ad adottare misure di contenimento quali anche compartecipazioni degli utenti, fino almeno al 30% dello sfioramento. G.BRUNI, *Federalismo fiscale e spesa farmaceutica*, Il Mulino – Rivisteweb, Fascicolo 3, maggio-giugno 2010, 325. L'onere di ripiano gravante sulle singole regioni aveva portato queste ultime ad intervenire in modo "creativo". Il giudice costituzionale con riferimento alla vicenda riguardante i farmaci inibitori di pompa protonica (Corte cost. n. 44 del 2010) aveva stabilito il limite entro il quale tali interventi potessero essere considerati costituzionalmente legittimi. La Corte Costituzionale aveva affermato che «la materia dell'assistenza farmaceutica rientra nel campo dei livelli essenziali delle prestazioni, di esclusiva spettanza della potestà legislativa statale e, pertanto, è illegittima la normativa regionale che si pone in contrasto con quest'ultima, la quale, viceversa, «impone che l'intervento regionale possa avvenire solo tramite un apposito provvedimento amministrativo». L. PACE, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Diritto e scienza*, Anno 201, III serie, Anno 2017, 126.

Gli interventi creativi alludevano, per esempio, all'utilizzo nella determinazione del prezzo di riferimento dei farmaci inibitori di pompa protonica dell'unico farmaco generico disponibile. Di conseguenza la regione stabiliva quello stesso prezzo quale limite di rimborsabilità da parte del SSN. Per un ulteriore dettaglio si veda G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, Bari, 2015, 176.

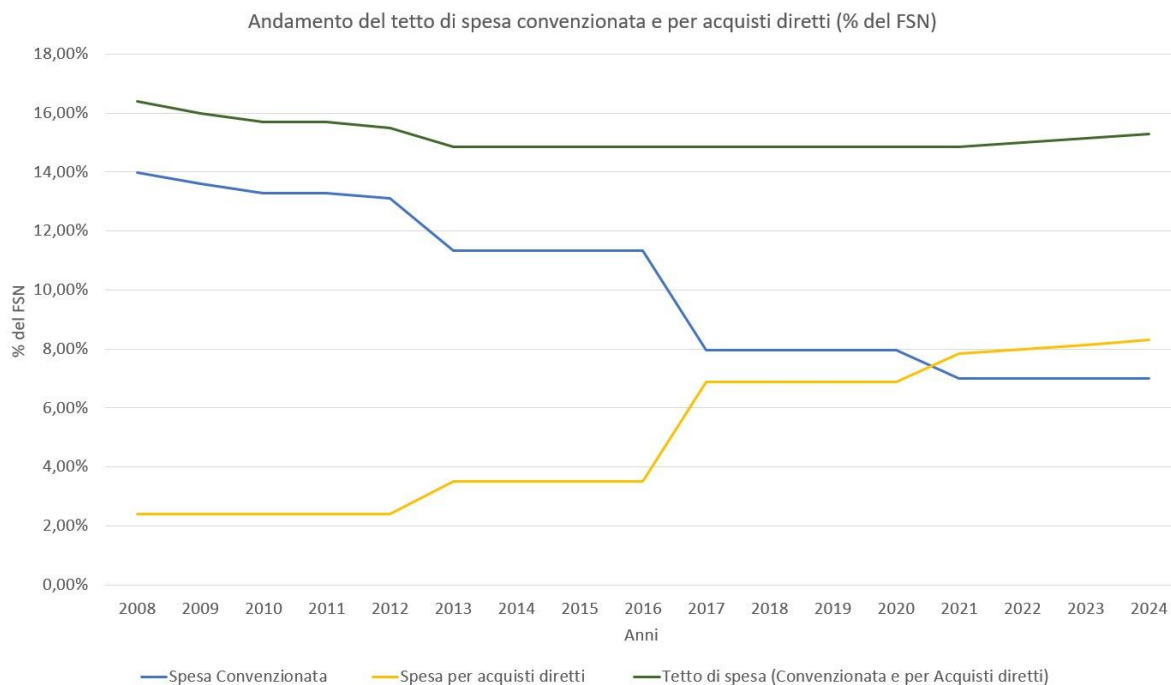


Figura 1 Andamento del tetto di spesa convenzionata e per acquisti diretti (% del FSN)

Diversamente, nel caso di superamento del tetto fisso per la spesa farmaceutica territoriale, ad oggi ancora mai verificato, si prevede un ripiano integrale dello sfioramento a carico della filiera dei privati (aziende farmaceutiche, grossisti e farmacisti), in relazione alle relative quote di spettanza sui prezzi dei medicinali.

Preme comparare il previgente sistema normativo e l'attuale sistema normativo, di cui le sentenze in commento costituiscono applicazione.

In passato, l'AIFA, dopo una prima contrattazione con le aziende produttrici avente ad oggetto la determinazione del prezzo dei farmaci rimborsabili dal SSN, attribuiva a ciascun produttore (titolare di AIC⁸⁴) un budget annuale per ciascun farmaco ai fini sia della spesa farmaceutica convenzionata

⁸⁴ Un medicinale per essere commercializzato deve aver conseguito il rilascio dell'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) dall'AIFA o dalla Commissione Europea. L'AIC viene rilasciata a seguito di una valutazione scientifica dei requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia del medicinale. Nello specifico, il richiedente deve presentare una domanda costituita da un dossier standardizzato (CDT – documento tecnico comune) riguardante aspetti chimico-farmaceutici, preclinici e clinici. In argomento, si rimanda al link che segue: <https://www.aifa.gov.it/autorizzazione-dei-farmaci>

che della spesa farmaceutica per acquisti diretti. Il budget era «calcolato sulla base dei volumi e dei prezzi degli ultimi dodici mesi per i quali sono disponibili i dati, distintamente per i farmaci equivalenti e per i farmaci ancora coperti da brevetto»⁸⁵.

La somma dei budget, in aggiunta al Fondo relativo alla spesa per i farmaci innovativi e al Fondo di garanzia per esigenze allocative in corso d'anno, doveva corrispondere alla quota del FSN destinata al finanziamento dell'assistenza farmaceutica⁸⁶.

⁸⁵ Si cita l'art. 5, comma 2, lett. a), d.-l. n. 159/2007.

⁸⁶ Il budget, in forza delle risorse incrementalmente annuali, poteva essere aumentato del 60%. Il restante 40% di queste risorse incrementalmente veniva suddiviso in due quote ciascuna del 20%: la prima quale fondo aggiuntivo per la spesa di farmaci innovativi che sarebbero stati autorizzati nel corso dell'anno; la seconda quale fondo di garanzia per le esigenze allocative determinatesi in corso d'anno.

Nel caso di sfioramento imputabile all'acquisto di farmaci non innovativi coperti da brevetto, il ripiano era a totale carico dell'azienda in proporzione al budget non rispettato. Nel caso di sfioramento imputabile, invece, all'acquisto di farmaci innovativi, il ripiano era ripartito tra tutte le aziende titolari di AIC in proporzione ai fatturati relativi ai medicinali non innovativi coperti da brevetto; senza alcuna previsione di obblighi di ripiano per le aziende produttrici degli stessi farmaci innovativi. Ciò era quanto disposto dall'art. 5, co. 3, lett. a), d.-l. n. 159 del 2007.

In un secondo momento, la legge di stabilità n. 63/2015 aveva previsto la partecipazione al ripianamento dello sfioramento per quelle aziende il cui fatturato per la commercializzazione del farmaco innovativo risultava superiore a trecento milioni di euro; in questi casi il 20% dello sfioramento era ripianato dall'azienda titolare di AIC al commercio del farmaco, mentre l'80% era ripartito fra le altre imprese titolari di AIC di farmaci non innovativi coperti da brevetto, in relazione al loro fatturato. Successivamente, il d.-l. n. 123 del 2016 aveva stabilito che, dal 2016, lo sfioramento del fondo farmaci innovativi doveva essere imputato in misura del 50% alle aziende titolari dell'AIC per gli innovativi e per il restante 50% alle altre aziende titolari di AIC per farmaci non innovativi coperti da brevetto.

L'impianto normativo descritto, come dimostrato dalla questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 70 del 2017 e sollevata dal Tar Lazio con l'ordinanza di rimessione n. 49 del 2016, ha creato non poche perplessità sul piano costituzionale.

L'azienda farmaceutica Takeda Italia s.p.a., la quale commercializza in Italia farmaci di fascia A non innovativi coperti da brevetto, ha impugnato alcuni provvedimenti dell'AIFA. L'AIFA chiamava la Takeda Italia s.p.a a ripianare pro quota lo sfioramento relativo all'anno 2013 del Fondo destinato agli acquisti dei farmaci innovativi nonostante la stessa avesse rispettato il budget assegnatole. La ricorrente sosteneva l'illegittimità dell'art. 5, co. 3, lett. a), d.-l. n. 159 del 2007 e, di conseguenza, l'illegittimità degli atti impugnati - applicazione del predetto articolo -. I dubbi di legittimità sono stati fatti propri dal giudice amministrativo che, con l'ordinanza n. 49 del 2016, ha denunciato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione degli artt. 3 e 97 della Cost. Le doglianze si basavano sulla diversità del settore dei farmaci innovativi e non innovativi coperti da brevetto dalla quale derivava «l'incostituzionalità di una disciplina che faceva gravare lo sfioramento registrato nel settore dei farmaci innovativi su aziende operanti in un altro e diverso settore». L'avvocatura dello Stato, mettendo in discussione quanto sostenuto, affermava che il settore era il medesimo per le due tipologie di aziende: il settore dell'assistenza farmaceutica. Tuttavia è ravvisabile un ulteriore profilo di incostituzionalità non considerato dalla Corte: «la norma, infatti, risulta irragionevole anche rispetto alla stessa finalità di tutela dell'innovazione farmaceutica, perché, aggiungendo alla sostanziale staticità delle quote di mercato un aggravio

Nel caso in cui i valori di spesa verificati (calcolati su due distinti periodi di 5 e 9 mesi) superassero il tetto prefissato si sarebbe giunti al ripiano dello sforamento.

Nel 2018, in base alla l. n. 145/2018 – legge di bilancio 2019 –, a partire dal 1° gennaio 2019 si è adottata una nuova procedura di calcolo di ripiano avente alla base non il budget predeterminato affidato alle aziende farmaceutiche, bensì le quote detenute sul mercato dalle stesse. La determinazione DG 1313/2020, impugnata dalla Grifols, dalla Kedrion, dalla Serono e dalla Sandoz risulta essere basata sulla predetta legge.

In particolare, l'AIFA, grazie alle fatture elettroniche rilasciate nell'anno solare di riferimento, monitora annualmente la spesa farmaceutica per acquisti diretti. Entro il 30 aprile di ogni anno (entro il 31 luglio 2020 per il 2019), «determina, con provvedimento del consiglio di amministrazione, l'ammontare complessivo della spesa farmaceutica nell'anno di riferimento per acquisti diretti, mediante la rilevazione nell'anno solare del fatturato, al lordo dell'IVA, delle aziende farmaceutiche titolari di AIC, riferito a tutti i codici AIC dei medicinali di fascia A e H per acquisti diretti, esclusi i codici AIC relativi ai vaccini e i codici AIC relativi ai farmaci innovativi e ai farmaci oncologici innovativi di cui, rispettivamente, ai commi 400 e 401 dell'art. 1 della l. n. 232/2016, dei codici AIC relativi a farmaci inseriti nel registro dei medicinali orfani per uso umano dell'Unione europea, nonché dei codici AIC per acquisti diretti di gas medicinali».⁸⁷

Ciò premesso, le motivazioni che possono aver portato il legislatore ad optare per un nuovo e diverso metodo di attribuzione delle quote di

di costi (apparentemente giustificato dall'esigenza di tutela dell'innovazione), disincentiva (o potrebbe disincentivare) nel complesso gli investimenti delle aziende nell'innovazione e nello sviluppo che la stessa norma dichiara di voler tutelare». L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, cit., 140, 146

I profili critici sollevati sono stati fronteggiati dalla previsione di due fondi ad hoc per i farmaci innovativi e oncologici innovativi. «Qualora si ecceda tale capienza, anche in questo caso scatta il payback riservato, a ogni modo, alle sole aziende di questi specifici settori ("payback separato")». Si cita la sentenza n. 12750/2021.

⁸⁷ V. l'art. 1, comma 577. l. n. 145/2018, recante "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021".

ripiamento sono molteplici. Le sentenze in commento ne individuano quattro principali: disponibilità ridotta dei dati, trasparenza verso il mercato e gli stakeholders, sostegno alle imprese di dimensioni ridotte e semplificazione delle procedure.

In prima analisi, per quanto riguarda l'individuazione dell'importo di ripiamento assegnato alle singole aziende dal d.-l. n. 159/2007, già la formulazione dell'art. 5 sopra citato, lascerebbe intendere come i dati necessari al calcolo in questione non fossero sempre e comunque disponibili. Di contro, il fatturato di un'azienda è dato pubblico e facilmente riscontrabile. Vi è di più: tale nuovo sistema si rivelerebbe molto più agevole per l'AIFA, perché le si chiederebbe solo di calcolare, sulla base dei dati di tracciabilità e della fatturazione elettronica, la spesa per l'acquisto di medicinali effettuata dalle strutture del SSN, il conseguente fatturato aziendale delle aziende farmaceutico e, di conseguenza, la loro quota di mercato.

Secondariamente, si è voluta privilegiare la determinazione di un importo che fosse, dal punto di vista delle aziende soggette ad onere di ripiano, quanto più oggettiva possibile. Invero, il processo stesso così come delineato, compatibilmente con le esigenze di riservatezza, dovrebbe apparire chiaro, trasparente e, soprattutto, basato su dati non alterabili e facilmente verificabili. Dunque, nell'adottare tale nuovo sistema il legislatore ha probabilmente sperato, sia di poter rendere più limpida la metodica della determinazione di tale importo, sia di poter fornire più chiarezza agli operatori del mercato stesso. Quanto però questo secondo scopo possa essere, in concreto, effettivamente realizzato non è chiaro.

Il TAR, come si approfondirà a breve, nell'argomentazione avverso il motivo di ricorso presentato dalla Grifols riguardante la mancata messa a disposizione di tutti i dati delle aziende chiamate a partecipare al *payback*, ha puntualizzato come risulti indispensabile rispettare esigenze di riservatezza e non incorrere in una condivisione di dati che si rifletterebbe inevitabilmente in una sorta di cogestione. La Grifols aveva, infatti, ritenuto che gli importi determinati dall'agenzia fossero «esorbitanti» e di correttezza non verificabile.

Infine, si rende necessario sottolineare la volontà del legislatore di favorire le imprese di dimensioni ridotte: nella determinazione del fatturato di un'azienda ai fini del calcolo della quota di mercato si applica una franchigia pari a tre milioni di euro.

5. Considerazioni conclusive. Quanto detto può portare a formulare alcune considerazioni conclusive.

La spesa sanitaria, sebbene inferiore alla media europea, accresce annualmente il debito pubblico⁸⁸.

Il tetto di spesa per gli acquisti diretti, ogni anno, è stato inferiore al precedente; viceversa il tetto di spesa farmaceutica convenzionata è aumentato di anno in anno. L'incremento sistematico della spesa farmaceutica per gli acquisti diretti e il decremento sistematico della spesa farmaceutica convenzionata potrebbero rivelare intrinseci squilibri: un implicito disavanzo per gli acquisti diretti e un insito avanzo per la spesa convenzionata. Come prospettato nel ricorso, sarebbe per questo auspicabile l'introduzione di un meccanismo di compensazione che, se pur parziale e condizionato, consentirebbe di superare la vincolatività dei rispettivi fondi. Secondo le stime di Farindustria⁸⁹, dal 2017 al 2021, gli avanzi dei fondi dedicati alla spesa convenzionata, ai farmaci innovativi ed oncologici innovativi, ogni anno si aggirano difatti intorno ad un valore pari alle somme da ripianare. In secondo luogo, la predeterminazione di un tetto prefissato, necessaria per contenere la spesa farmaceutica, potrebbe in qualche modo non tener conto dell'evoluzione della spesa stessa dovuta a dinamiche quali la variazione del mix prescrittivo, la scadenza di brevetti o l'introduzione di nuovi farmaci.

In secondo luogo, la predeterminazione di un tetto prefissato, necessaria per contenere la spesa farmaceutica, potrebbe in qualche modo non tener conto

⁸⁸ V. sul punto, da ultimo, il Rapporto 2021(28 maggio 2021) sul coordinamento della finanza pubblica elaborato dalla Corte dei Conti liberamente consultabile all'indirizzo www.cortedeiconti.it.

⁸⁹ Cfr. <https://www.farindustria.it/app/uploads/2022/07/IndicatoriFarmaceutici2022.pdf>

dell'evoluzione della spesa stessa dovuta a dinamiche quali la variazione del mix prescrittivo, la scadenza di brevetti o l'introduzione di nuovi farmaci.

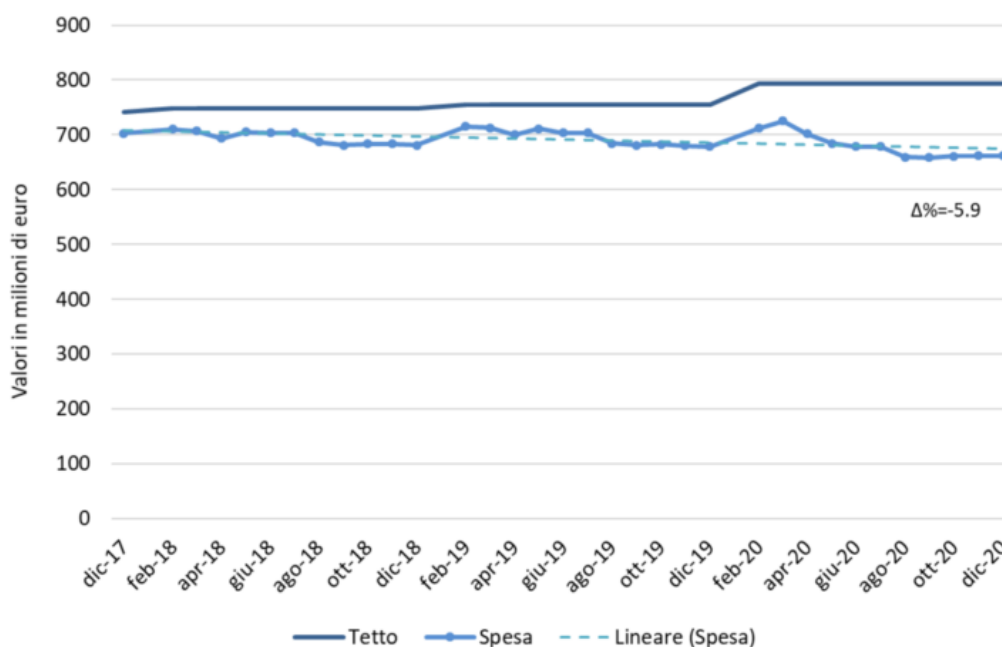


Figura 2 Andamento della spesa farmaceutica convenzionata a confronto con il tetto di spesa nazionale. Il $\Delta\%$ indica la variazione percentuale della spesa tra dicembre 2017 e dicembre 2020. Fonte: AIFA

Ancora, come evidenziato sempre da Farindustria⁹⁰, uno dei principali fattori che rende la spesa farmaceutica per acquisti diretti così elevata risulta essere il fatto che comprende al suo interno sia la distribuzione diretta che la distribuzione per conto. Valutare la possibilità di rivedere i canali distributivi potrebbe essere una strada per un tanto auspicato contenimento.

In linea più generale, una pratica di ripiano *ex post* corre il rischio di rendere “flessibile” il vincolo di bilancio, facendo sì che non venga adottata una regolamentazione rigida e puntuale. Si potrebbe incorrere in una distorsione del mercato e in una perdita di controllo delle dinamiche della spesa. Inoltre, la difficoltà di gestione alla base del meccanismo di payback, la trasparenza non pienamente concretizzabile e la sistematicità del contenzioso potrebbero

⁹⁰ *Ibidem.*

disincentivare le aziende farmaceutiche ad investire in Italia. Ciò porterebbe conseguenze molto gravi sul sistema sanitario nazionale.

Allo stesso tempo, dal punto di vista della valutazione del sostanziale funzionamento, l'originale meccanismo del *payback*, si rivela essere necessario e potenzialmente – se migliorato – funzionale in modo ottimale. Non impedisce alle aziende farmaceutiche di trarre i loro profitti, ma allo stesso tempo cerca di trovare un meccanismo di perequazione, temperando la spesa farmaceutica. Ciò detto, però, sempre avendo l'attenzione di soffermarsi in prima analisi su strumenti di regolazione idonei a rinsaldare il vincolo di bilancio e di concentrarsi, soltanto in un secondo momento, sui miglioramenti da apportare. Una diversa governance farmaceutica potrebbe consentire di riformare in modo innovativo la sanità italiana; a tal proposito, si potrebbe suggerire un incontro tra gli *stakeholders* e le stesse istituzioni, analizzando le problematiche di governo della spesa e identificando le aree di possibile miglioramento e semplificazione.

Infine, proprio in questo momento storico, i fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) potrebbero garantire un accesso più rapido ed efficace ad investimenti volti ad attuare interventi di riforme (primo pilastro) nonché interventi diretti al raggiungimento della missione "Salute".



Deepfake: quali conseguenze e rimedi se a “metterci la faccia” è l’intelligenza artificiale?

di **CARMINE ANDREA TROVATO** E **ELISA SIMIONATO**

SOMMARIO: **1.** LA TECNOLOGIA DI DEEPFAKE: INQUADRAMENTO DELLA FATTISPECIE E ANALISI DELLE PRINCIPALI CARATTERISTICHE. – **2.** LE POSSIBILI IMPLICAZIONI SUI DIRITTI FONDAMENTALI DERIVANTI DALL’UTILIZZO DEL DEEPFAKE: QUALI CONSEGUENZE IN CONCRETO? – **3.** L’APPROCCIO E LE MISURE ADOTTATE DALLE ISTITUZIONI: UNA PANORAMICA DEGLI INTERVENTI.– **4.** PORTARE IL DEEPFAKE IN TRIBUNALE: QUALI PROSPETTIVE FUTURE PER LA TUTELA DA UN USO MALEVOLO?

Abstract

Artificial Intelligence systems, and deepfake technology in particular, play an increasingly central role in everyday life. This often implies important consequences for citizens’ rights, both in a public and private way. A key to understanding the phenomenon, which is necessary to navigate the ecosystem of increasingly realistic applications, is not to demonize deepfake as a technology, rather to consider it as a mere tool. The approach of the legislator, who is proposing a systemic regulation aiming to prevent any abuse of the tool and not to ban its use, also seems to move in this direction. The human factor is given a predominant role, that is, the user’s use of the technology to pursue his own purposes.

1. La tecnologia di deepfake: inquadramento della fattispecie e analisi delle principali caratteristiche. Duecentoventimila euro. L’equivalente di duecentoquarantatremila dollari. Per perdere (o guadagnare) una cifra del genere a causa di una truffa bisognerebbe essere delle vittime piuttosto sprovvedute, o dei truffatori abbastanza scaltri. Non sarebbe esattamente il pensiero del CEO di una società inglese del settore energetico che, una mattina di marzo del 2019, si è visto passare una telefonata dalla sua segretaria. All’altro capo della cornetta, il *Chief Executive* della compagnia sorella che batte bandiera tedesca gli parla di un’operazione sulla quale i due collaborano, chiedendogli di trasferire dei fondi a un fornitore con sede in Ungheria. Duecentoventimila euro. La *deadline* è stringente, il trasferimento deve essere completato entro un’ora per confermare l’accordo. La controparte scalpita, l’azienda non può perdere

questa occasione. È chiaro che l'operazione è importante, tanto più che l'ordine arriva da una carica così alta in persona. Il CEO inglese invia il denaro. I soldi non sono mai stati recuperati¹.

La compagnia assicurativa Euler Hermes, che ha coperto la cifra pagata dalla società ai truffatori, non intende rivelare il nome della vittima del raggio, sua cliente. Sostiene, però, che si è trattato del primo caso di truffa realizzata sfruttando un "artificio" così particolare. Si è infatti andati ben oltre il classico "*man in the middle*"², che già di per sé rappresenta l'esito di un certo sforzo bellico sul piano tecnologico da parte dei truffatori: è stata utilizzata una tecnologia che ha permesso a questi ultimi di sfruttare un alter ego del CEO tedesco, esistente solo nella sua versione digitale, che appare pienamente padrone delle sue azioni al pari dell'essere umano rappresentato, mentre nella realtà dei fatti è completamente sotto il controllo dei suoi creatori. Ciò è stato possibile sfruttando l'intelligenza artificiale e, in particolare, una sua applicazione: la tecnologia deepfake.

Il tema dell'IA suscita sempre maggiore attenzione in ragione della rapidità con cui, negli ultimi dieci anni, le sue applicazioni pratiche si stanno moltiplicando ed evolvendo. Una di esse è, appunto, il deepfake, un tempo fantasia di qualche regista e, ad oggi, realtà che permette di toccare con mano i frutti (e le conseguenze) di questo particolare impiego dell'IA. Il termine deepfake si riferisce a una serie di contenuti multimediali, quali audio, foto, video aventi ad oggetto esseri umani o animali, alterati digitalmente e fra loro ricombinati allo scopo di creare un nuovo e autonomo contenuto-personaggio che interagisce con i terzi grazie a tecnologie di *machine learning* e *deep learning*³. Questi ultimi

¹ C. Stupp, *Fraudsters Used AI to Mimic CEO's Voice in Unusual Cybercrime Case*, in *The Wall Street Journal*, 2019. La notizia è stata inoltre riportata e commentata anche all'interno di CLUSIT, *Rapporto Clusit 2020 sulla sicurezza ICT in Italia*, 2020, 156.

² Con la locuzione "*man in the middle*" (anche abbreviato in *MITM*, *MIM*, *MIM attack* o *MITMA*, in italiano "uomo nel mezzo") si intende una tipologia di attacco informatico che si realizza quando un soggetto, il cosiddetto "uomo nel mezzo", segretamente si intromette all'interno di una comunicazione tra parti che credono di comunicare direttamente tra di loro. L'"uomo nel mezzo", una volta inseritosi nello scambio, può leggere i messaggi, inviarne di nuovi, oppure intercettarli e ritrasmetterli dopo averli modificati, mantenendo le parti del tutto ignare della sua presenza.

³ Ai fini di una maggiore precisione, è necessario sottolineare che i termini citati, "*machine learning*" e "*deep learning*", sono spesso utilizzati in modo intercambiabile in un contesto tecnico.

sono sistemi capaci di migliorare le proprie performance o produrne di nuove grazie a un continuo lavoro di analisi dei dati utilizzati.

Si potrebbe affermare senza timore di smentita che il personaggio “viva di vita propria” dal momento che i contenuti prodotti parlano e si muovono con una naturalezza e adesione al modello archetipico da farli percepire non quali meri prodotti digitali, ma come esseri viventi, anzi proprio come quell’essere vivente che stanno imitando⁴.

Molti sono gli esempi di deepfake ormai divenuti celebri in rete per la loro verosimiglianza rispetto ai personaggi reali che rappresentano: da Nicholas Cage inserito in film in cui non ha mai recitato come «*Fight Club*»⁵ e «*The Matrix*»⁶, al video in cui Jim Carrey sostituisce Jack Nicholson in «*Shining*»⁷. Ancora, la finta intervista a Mark Zuckerberg che ha convinto molti ingenui spettatori che il CEO

I due termini, tuttavia, rappresentano in realtà due diverse tipologie di sistemi tecnologici. Semplificando i concetti, si può percepire la differenza tenendo a mente che un sistema di “*machine learning*” identifica una “macchina” che, in modo automatico, “apprende” e migliora le proprie *performance* utilizzando una serie di algoritmi di analisi dei dati; quando si parla di “*deep learning*” si fa, invece, riferimento a un sottoinsieme dei sistemi di “*machine learning*”, caratterizzati dalla peculiarità della presenza, alla loro base, una complessa struttura di algoritmi che richiamano il modello del cervello umano. Al fine di un maggiore approfondimento sul tema, si veda, *ex multis*, L. Zhang, J. Tan, D. Han, H. Zhu, *From machine learning to deep learning: progress in machine intelligence for rational drug discovery*, in *Drug Discovery Today*, 2017, Vol. 22, n. 11, 1680-1685.

⁴ Si consenta una digressione di natura letteraria. La situazione descritta riporta alla memoria, per certi versi, l’opera di Andrew Hodges, *Alan Turing - Storia di un enigma: The Imitation Game*. Hodges, nel 1983, descriveva il lavoro e la vita del matematico Alan Turing, che durante la Seconda Guerra Mondiale prestò in suo ingegno a favore dell’Inghilterra presso Bletchley Park, il sito militare in cui l’esercito del Regno Unito istituì la principale unità di crittoanalisi del Paese. Turing contribuì in modo decisivo alla creazione di un macchinario capace di decifrare “Enigma”, il complesso sistema ideato dall’esercito tedesco per criptare le proprie comunicazioni. L’apparecchio ideato da Turing e dalla sua squadra è considerato l’archetipo degli odierni computer; se è vero, dunque, che la storia della nascita di quelli che oggi sono i nostri terminali è partita da un “*imitation game*”, c’è un che di poetico nel constatare che l’evoluzione della tecnologia sta muovendo proprio sui binari dell’imitazione.

⁵ *Fight Club*, diretto da D. Fincher (1999, USA, 20th Century Fox). Il video deepfake che riproduce le scene del film inserendo artificiosamente il volto di Nicholas Cage nei fotogrammi originariamente presenti della pellicola è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=bVy2xwW3MHc>.

⁶ *The Matrix*, diretto da A. e L. Wachowski (1999, USA e Australia, Warner Bros.). Il video deepfake che riproduce le scene del film inserendo artificiosamente il volto di Nicholas Cage nei fotogrammi originariamente presenti della pellicola è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=bVy2xwW3MHc>.

⁷ *The Shining*, diretto da S. Kubrick (1980, USA e Regno Unito, Warner Bros.). Il video deepfake che riproduce le scene del film sostituendo il volto di Jim Carrey a quello dell’attore presente nella versione originale della pellicola, Jack Nicholson, è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=Dx59bskG8dc>.

di *Facebook* stesse pubblicamente dichiarando che il social network ruba i dati degli utenti⁸, oppure, per restare entro i confini nazionali, il video andato in onda nel settembre 2019 durante la trasmissione televisiva «Striscia La Notizia» in cui l'ex primo ministro Matteo Renzi esprime alcune opinioni poco “politicamente corrette” a proposito di alcuni dei suoi colleghi parlamentari⁹. Questi esempi¹⁰ si aggiungono a quelli che avevano suscitato scalpore a partire dal 2017, anno della pubblicazione su *Reddit* dei primi video pornografici artefatti che ritraevano diverse celebrità (fra gli altri, Aubrey Plaza, Daisy Ridley, Gal Gadot, Natalie Portman, Scarlett Johansson, Meghan Markle, Taylor Swift e persino l'ex *first lady* americana Michelle Obama)¹¹.

Questo iperrealismo dipende dal fatto che il meccanismo di *deep learning* genera i *fake* imparando a replicare fedelmente la mimica, le espressioni del viso, il tono di voce, la cadenza e l'inflessione della parlata dei soggetti: da qui infatti il nome *deepfake*, combinazione dei termini “*deep learning*” e “*fake*”¹². Semplificando il concetto, si può dire che un *deepfake* opera confrontando e mappando le caratteristiche di una persona e sostituendole a quelle di un'altra, normalmente utilizzando come base diverse foto o altri contenuti originali, benché sia possibile realizzare un *deepfake* anche partendo da un singolo contenuto originale (come un banale *selfie*)¹³.

⁸ La falsa video intervista a Mark Zuckerberg è stata pubblicata sul social network *Instagram* al link di seguito riportato, diventando poi virale e venendo riportata da diverse testate giornalistiche e canali *YouTube*. Si veda per l'originale: https://www.instagram.com/p/ByaVigGFP2U/?utm_source=ig_embed&utm_campaign=embed_video_watch_again.

⁹ L'estratto della trasmissione televisiva “*Striscia La Notizia*” contenente il video *deepfake* dell'On. Matteo Renzi andato in onda il 23/09/2019 è riportato dal sito internet del programma stesso al seguente indirizzo: https://www.striscialanotizia.mediaset.it/video/il-fuorionda-di-matteo-renzi_59895.shtml.

¹⁰ Si veda L. Guarnera, O. Giudice, C. Nastasi, S. Battiato, *Preliminary Forensics Analysis of DeepFake Images*, in *2020 AEIT International Annual Conference (AEIT)*, 2020, che riporta altri esempi oltre a quelli citati nelle note precedenti.

¹¹ M. Westerlund, *The Emergence of Deepfake Technology: A Review*, in *Technology Innovation Management Review*, 2019, 9(11): 39-52. Questi esempi sono inoltre citati da M.H. Maras, A. Alexandrou, *Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of Deepfake videos*, in *The International Journal of Evidence & Proof* 1–8, 2018.

¹² Westerlund, *ibid.*

¹³ Westerlund, *ibid.*; Maras, Alexandrou, *ibid.*

Da un punto di vista tecnico, nella complessa creazione di un contenuto deepfake, vi sono due algoritmi AI che interagiscono fra loro, uno detto “*generator*” e l’altro “*discriminator*”; si tratta di reti neurali artificiali, dunque di modelli computazionali composti da “neuroni” artificiali che ricordano il cervello umano¹⁴. L’interazione fra il “*generator*” e il “*discriminator*” rappresenta un vero e proprio metodo di “allenamento” delle due reti, che determina il crearsi di una “rete generativa avversaria” (*Generative Adversarial Network*, “GAN”) in cui i due modelli implementano reciprocamente le proprie “abilità”. Il primo di questi algoritmi, il *generator*, crea un contenuto multimediale *fake* e “chiede” al secondo di determinare se tale contenuto sia reale o artificiale. Ogni volta che il *discriminator* individua dei connotati che gli permettono di determinare la falsità di un contenuto, trasmette queste informazioni al *generator* che, così, impara letteralmente dai propri errori, progredendo nella creazione di modelli sempre più verosimili. Entrambe le reti neurali, attraverso questo metodo di “allenamento”, migliorano le proprie abilità: così come il *generator* rende contenuti sempre più sofisticati, allo stesso tempo il *discriminator* aumenta con ogni test la propria capacità di individuare le “spie di falsità”¹⁵.

La creazione di un contenuto deepfake, dunque, non è particolarmente complessa: è la tecnologia AI, nelle sue accezioni di *deep* e *machine learning*, a svolgere il lavoro necessario, migliorandosi sempre più, senza richiedere alcun tipo di supervisione da parte dell’essere umano dopo l’avvio del processo¹⁶.

Questa caratteristica ha contribuito a diffondere la tecnologia deepfake rendendola facilmente accessibile e consentendo il diffondersi di prodotti che, con il passare del tempo, raggiungono livelli qualitativi sempre maggiori¹⁷.

Questo genere di contenuti iperrealistici, una volta condivisi, può generare non poche ricadute pratiche: a prima vista il personaggio raffigurato appare esattamente come il “se stesso” reale e per lo spettatore è difficile, se non

¹⁴ M. Papadatou-Pastou, *Are connectionist models neurally plausible? A critical appraisal*, in *Encephalos* 2011, 48(1):5-12, 2011.

¹⁵ Westerlund, *ibid.*

¹⁶ Maras, Alexandrou, *ivi*, 2-3.

¹⁷ Maras, Alexandrou, *ivi*, 2.

impossibile, accorgersi che sta osservando un falso. Ciò, a maggior ragione, se il soggetto ritratto è noto al pubblico -o, comunque, a chi visualizza il contenuto fasullo- per essere spesso “sopra le righe”¹⁸: si pensi, ad esempio, al poliedrico CEO di *Tesla*, Elon Musk, che da sempre è noto per le sue “eccentricità”, tanto da aver fumato della marijuana mentre veniva intervistato in diretta televisiva, come testimoniato da un video che venne a prima vista considerato un deepfake e solo successivamente dichiarato reale¹⁹. Inoltre, alla difficoltà di distinguere il vero dal falso, deve sommarsi la notevole facilità e velocità di diffusione dei contenuti attraverso internet, e l'impossibilità di controllare la loro circolazione.

Oggetto di falsificazione sono, generalmente, i contenuti fotografici, video e audio. Questi ultimi necessitano di una costruzione artificiosa che comprende anche la composizione, la lettura e l'interpretazione del testo, che vengono realizzate secondo le stesse modalità imitative sfruttate per la creazione dei contenuti per immagine²⁰. Un esempio di come ciò sia possibile è il celebre discorso di 21 minuti che pochi anni fa il defunto Presidente americano John Fitzgerald Kennedy ha tenuto «*direttamente dalla tomba*»²¹.

Ad ogni modo, deepfake è uno strumento e come tale va considerato.

È certamente indubbio che i casi di utilizzo che suscitano maggiore scalpore siano quelli in cui viene posta a rischio la reputazione dei soggetti: casi, dunque, di pornografia non consensuale, bullismo, video compromettenti utilizzati a scopi denigratori o ricattatori, sabotaggi politici²². Altrettanto allarme è generato dagli utilizzi che, come è accaduto nel caso del deepfake audio descritto all'inizio di questo paragrafo, determinano elevati livelli di rischio in termini di sicurezza.

Non a caso, le grandi multinazionali hanno reagito alzando gli scudi: *Google*, ad esempio, ha creato un database di video fasulli fruibile dai ricercatori

¹⁸ Guarnera, Giudice, Nastasi, Battiato, *ivi*.

¹⁹ J. Mullen, D. Shane, *Weed, whiskey, Tesla and a flamethrower: Elon Musk meets Joe Rogan*, in *CNN Business*, 2018.

²⁰ Un approfondimento sulle modalità di creazione dei contenuti audio da un punto di vista tecnologico è disponibile qui: G. Lawto, *Generative adversarial networks could be most powerful algorithm in AI*, in *TechTarget*, 2018.

²¹ Y. Steinbuch, *Listen to JFKspeak from beyond the grave*, in *New York Post*, 2018.

²² Maras, Alexandrou, *ivi*.

per allenare i propri sistemi di riconoscimento dei falsi²³, mentre *Facebook* e *Microsoft* hanno lanciato una *Challenge* che premia i più innovativi sistemi di individuazione delle opere deepfake²⁴.

Tuttavia, lo strumento tecnologico in sé non deve essere demonizzato in quanto tale: quando non viene sfruttata a fini malevoli, questo tipo di tecnologia permette, ad esempio, di semplificare il lavoro di artisti, storici, operatori dello spettacolo, che possono creare opere viventi di grande impatto comunicativo mediante ricostruzioni per immagini o video. Allo stesso modo, è utilizzata da medici e terapisti che possono beneficiare a vario titolo di creazioni computerizzate: dalle applicazioni che “riportano in vita” i defunti per aiutare chi è rimasto in vita a superare il trauma della perdita, ai software capaci di restituire la voce a chi ha perso la possibilità di parlare, fino ai programmi che, sfruttando l’intelligenza artificiale, sono capaci di predire l’insorgenza di patologie come il diabete²⁵.

2. Le possibili implicazioni sui diritti fondamentali derivanti dall’utilizzo del deepfake: quali conseguenze in concreto? Dal 2017, anno delle prime apparizioni dei deepfake al pubblico degli internauti, l’utilizzo di questa tecnologia ha avuto un rapido sviluppo sia in termini di miglioramento delle prestazioni, sia relativamente alle conseguenze che i deepfake determinano.

I video in circolazione, nell’ordine delle decine di migliaia, hanno generalmente contenuto di carattere pornografico: secondo alcune stime, ciò avviene in oltre il 90% dei casi²⁶, tanto da configurare quello che è stato definito un vero e proprio «abuso sessuale perpetrato per immagini» («*image-based*

²³ A. Rossler, D. Cozzolino, L. Verdoliva, C. Riess, J. Thies, M. Nießner, *Faceforensics++: Learning to detect manipulated facial images*, in *Proceedings of the IEEE International Conference on Computer Vision*, 2019, 1–11; Guarnera, Giudice, Nastasi, Battiato, *ivi*.

²⁴ Guarnera, Giudice, Nastasi, Battiato, *Ibid*.

²⁵ Maras, Alexandrou, *ivi*.

²⁶ Questi dati sono riportati da H. Ajder, G. Patrini, F. Cavalli, L. Cullen, *The State of Deepfakes: Landscape, Threats, and Impact*, in *Deeptrace*, 2019, 7; si veda anche Westerlund, *ivi*.

sexual abuse»)²⁷. Questi contenuti vengono comunemente realizzati anche tramite lo sfruttamento dell'applicativo DeepNude²⁸ che permette agli utenti di “rimuovere” digitalmente i vestiti da contenuti che, nella versione originale, rappresentano persone coperte²⁹.

Ad oggi, l'accessibilità dei software capaci di produrre deepfake espone potenzialmente chiunque abbia mai caricato una propria immagine sul web a scoprirsi, un giorno, protagonista inconsapevole di un contenuto di questo tipo³⁰. Infatti, fra i casi entrati nella cronaca più di recente, risale al maggio 2021 la notizia di novantaquattro arresti in Korea, tutti in danno di giovanissimi sospettati fra i diciotto e i vent'anni, accusati di aver compiuto reati di diversa natura mediante l'uso di tale tecnologia, utilizzata in particolare per realizzare numerosi video dai contenuti pornografici che ritraevano le vittime ignare intente in atti osceni. Le centoquattordici vittime che sono state identificate sono ancora più giovani: hanno fra i dieci e i vent'anni. Quelle ragazze non erano ovviamente consenzienti né tanto meno consapevoli di come il loro volto fosse utilizzato da completi sconosciuti che ne avevano recuperato l'immagine sui social network³¹.

²⁷ Un approfondimento sul tema, corredato da una riflessione di notevole interesse, è reperibile qui: C. McGlynn, E. Rackley, *Image-based sexual abuse*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37, n. 3, 534–561.

²⁸ DeepNude rappresenta una particolare tipologia di deepfake che utilizza la tecnologia AI per realizzare delle immagini in cui le persone appaiono ritratte senza vestiti. Definita dai suoi creatori come una “*nudifier app*”, essa permette, infatti, di ottenere ritratti senza veli altamente verisimili, grazie ad una serie di piccoli accorgimenti descritti all'utente interessato ad utilizzare il servizio: in particolare, ai fini di un miglior risultato, gli sviluppatori richiedono il caricamento di immagini in cui il soggetto sia ritratto con una buona risoluzione e indossi vestiti quanto più attillati possibile, in modo da svelare la fisionomia del corpo. I prezzi per fruire del servizio sono assai irrisori - circa 0,30 dollari per immagine -, con la possibilità di testare il servizio anche in versione gratuita. La facilità di utilizzo e l'economicità di DeepNude hanno determinato il successo del software, che, parallelamente, ha potuto migliorare notevolmente le proprie funzionalità, sfruttando set di *training* sempre più numerosi, tanto da poter vantare, ad oggi, oltre duemila ore di “allenamento” dalla sua creazione. Maggiori informazioni sono reperibili sul sito ufficiale di DeepNude al seguente indirizzo: <https://app.deepnude.cc/upload>.

²⁹ Ajder, Patrini, Cavalli, Cullen, *ivi*, 8.

³⁰ Si segnala che, per maggiore approfondimento, una densa riflessione sul tema della *deepfake pornography* e sulle implicazioni etiche e morali delle “perversioni” che trovano sfogo nel mondo virtuale è reperibile qui: C. Öhman, *Introducing the Pervert's Dilemma: A Contribution to the Critique of Deepfake Pornography*, in *Ethics and Information Technology*, 2019.

³¹ Redazione, *Police arrest 94 suspects over deepfake crimes in 5 months*, in *The Korean Times*, 2022.

Tuttavia, non sono queste le uniche implicazioni per i diritti fondamentali che possono essere determinate da un utilizzo malevolo e doloso della tecnologia deepfake.

In particolare, quando i video ritraggono artificiosamente personaggi politici, l'impatto che questi possono avere rischia di minare gli stessi pilastri alla base delle libertà e dei diritti garantiti nelle società democratiche. Screditare un avversario politico per azioni che in realtà non ha mai compiuto o fargli rilasciare dichiarazioni che diversamente non renderebbe diviene semplice quando si può istruire una macchina a tenere questi comportamenti. Sono numerosi gli esempi: da Nancy Pelosi derisa da Donald Trump perché "ubriaca" in un video³², ai membri dell'opposizione russa, nella propria "versione *fake*", inconsapevolmente a colloquio con alcuni parlamentari europei³³. Questo genere di prodotti malevoli della tecnologia deepfake, la cui creazione e diffusione è diretta a interferire con il settore pubblicitario, ha ricadute su temi di grande risonanza, tanto da avere ripercussioni in materia di democrazia a causa della diffusione di vere e proprie *fake news* che appaiono reali, influenzando fino al punto di disturbare le elezioni³⁴, o a sfociare in colpi di Stato come avvenne del 2018 in Gabon³⁵, o, ancora, a tentare di influenzare le sorti di una guerra, come nel caso del video deepfake in cui il Presidente Ucraino Volodymyr Zelensky esorta le proprie truppe, impegnate nel conflitto con la Russia scoppato nel marzo 2022, ad arrendersi³⁶.

³² S. Mervosh, *Distorted Videos of Nancy Pelosi Spread on Facebook and Twitter, Helped by Trump*, in *The New York Times*, 2019.

³³ A. Roth, *European MPs targeted by deepfake video calls imitating Russian opposition*, in *The Guardian*, 2021.

³⁴ P. Barrett, *Disinformation and the 2020 Election: How the Social Media Industry Should Prepare*, in *NYU Stern Center for Business and Human Rights*, 2019.

³⁵ A. Breland, *The Bizarre and Terrifying Case of the 'Deepfake' Video that Helped Bring an African Nation to the Brink*, in *Mother Jones*, 2019.

³⁶ Il video del Presidente Zelensky, caricato il 17 marzo 2022 sul sito di "Ukraine 24" (canale televisivo *all news* ucraino), è stato velocemente individuato come un falso e ne è stata quanto più possibile limitata la diffusione: in particolare, *Meta* e *YouTube* sono prontamente intervenuti per contenere la condivisione del video falso nelle bacheche dei profili social degli utenti ucraini. Riportano la notizia, *ex multis*, L. Nicolao, *Zelensky chiede agli ucraini di arrendersi: è il primo (e maiuscito) deepfake sulla guerra*, in *Corriere della Sera*, 2022; J. Rhett Miller, *Deepfake video of Zelensky telling Ukrainians to surrender removed from social platforms*, in *New York Post*, 2022.

Peraltro, i diritti fondamentali garantiti da una società democratica e le pubbliche istituzioni non sono che alcuni dei destinatari delle minacce derivanti dall'incontrollata preminenza della tecnologia sulla realtà. Infatti, i prodotti della tecnologia deepfake minacciano molto da vicino anche le organizzazioni economiche, sebbene il fenomeno sia, ad oggi, numericamente meno rilevante³⁷.

Una volta individuato il bersaglio da colpire, la possibilità di sfruttare software che permettono di creare contenuti personalizzati di questo tipo è sempre più accessibile, sia da un punto di vista economico che di immediata reperibilità, tanto che è possibile parlare di «*deepfake-as-a-Service*», costruiti su richiesta dei clienti dei mercati online³⁸. Il caso citato in apertura del deepfake audio che ha ingannato il CEO inglese non è il solo. Anche *Tesla*, ad esempio, è stata presa di mira nel marzo 2019, quando due account *LinkedIn* e *Twitter* di una fantomatica giornalista di *Bloomberg*, “Maisy Kinsley”, hanno cercato di connettersi a 195 *shortseller*³⁹ di *Tesla*. È risultato poi che non solo Maisy non era mai stata nel libro paga di *Bloomberg*, ma la ragazza raffigurata nella foto non era neppure mai esistita: il suo volto altro non era che un'immagine generata da una GAN, il suo profilo era stato creato artificialmente al fine di portare a termine un tentativo di furto di dati e delle azioni di spionaggio industriale⁴⁰.

Il furto o la falsificazione dell'identità rappresenta un pericolo anzitutto per le singole persone. Un volto o una voce artificiale artefatta possono, ad esempio, costituire un vero e proprio lasciapassare per superare i diversi sistemi di sicurezza basati su dati biometrici. Minacce concrete sono inoltre rappresentate dallo *spoofing*, cioè il furto di informazioni realizzato falsificando l'identità di una

³⁷ Ajder, Patrini, Cavalli, Cullen, *ivi*.

³⁸ CLUSIT, *ivi*, 156.

³⁹ Lo *shortselling*, o vendita allo scoperto, è una pratica finanziaria che consiste nella vendita di titoli presi in prestito (quindi non posseduti direttamente), che vengono restituiti al prestatore in un secondo momento, dopo che saranno stati riacquistati nell'ambito di un movimento ribassista del mercato. Il *trader* individua il momento più redditizio per la compravendita fondando le proprie previsioni sulla base dell'interpretazione dei dati di mercato in suo possesso. Nel caso in cui le previsioni siano corrette, il *trader* incasserà dunque un importo, proporzionale al numero di contatti scambiati nell'operazione, derivante dalla differenza tra il prezzo di vendita e quello di riacquisto. Si precisa, ad ogni modo, che la definizione qui resa semplifica nettamente il concetto, che imporrebbe una più ampia e dettagliata analisi degli istituti economici, che in questa sede non sarebbe tuttavia pertinente.

⁴⁰ Ajder, Patrini, Cavalli, Cullen, *ivi*, 13; CLUSIT, *ivi*, 157-8.

persona o un dispositivo, in modo da ingannare altre persone o dispositivi e ottenere la trasmissione di dati; dalla clonazione di dati biometrici per interagire con sistemi digitali che utilizzano questi dati come password (si pensi, ad esempio, al banale sblocco di uno smartphone attraverso il riconoscimento facciale, o alle autorizzazioni fornite con un comando dato a voce agli assistenti vocali); ancora, dall'uso dell'immagine o della voce di un soggetto sfruttate per carpire la fiducia dei suoi contatti stretti e convincerli con l'inganno a rivelare informazioni sensibili, o a cliccare su link, o a scaricare allegati ad un messaggio che espongono il computer del destinatario al rischio di pericolose intrusioni⁴¹.

Al tema della sicurezza informatica si associa il fattore umano: come detto, le creazioni dell'AI sono estremamente verosimili, sia che ricalchino i lineamenti di persone realmente esistenti, sia che diano vita a volti che presenti soltanto nel web⁴².

A volte i “veri” umani hanno la sensibilità necessaria per interpretare questi fenomeni, individuarne la natura e, ove necessario, prenderne le distanze: un esempio è quello dell'influencer virtuale Rozy⁴³ che, pur appassionando gli utenti di *Instagram* anche fuori dai confini coreani in cui è “nata”, è comunque oggetto di riflessioni da parte dei suoi spettatori, che si interrogano circa il suo ruolo nel processo di de-umanizzazione del marketing⁴⁴. Altre volte, invece, gli utenti non riconoscono o non sono in grado di riconoscere la falsità di queste creazioni, il loro elemento “fake”, con conseguenze immaginabili, quali la perdita di 243.000 dollari inviati con bonifico, in perfetta buona fede, ad una voce creata al computer. Se, come l'“ex Presidente Americano Barack Obama” ricorda ironicamente nel

⁴¹ GDP, *Deepfake: dal Garante una scheda informativa sui rischi dell'uso malevolo di questa nuova tecnologia*, Doc. Web 9512278, 28/12/20.

⁴² Alcuni esempi grafici della verosimiglianza delle immagini create con tecnologia deepfake sono reperibili, ad esempio, in S. Lyu, *Deepfake Detection: Current Challenges and Next Steps*, in *2020 IEEE International Conference on Multimedia & Expo Workshops (ICMEW)*, 2020, 1-6.

⁴³ Il profilo di Rozy, influencer virtuale che, nonostante la sua declamata “non-realtà”, ha guadagnato un importante seguito sui social network e in particolare su *Instagram*, è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.instagram.com/rozy.gram/>.

⁴⁴ E. Stringhi, *Deepfake e manipolazione dell'identità digitale: rischi e prospettive etico-giuridiche*, in *Agenda Digitale*, 2021.

celebre video deepfake che lo ritrae durante un'intervista mai avvenuta⁴⁵, è necessario mantenere sempre un occhio vigile sui contenuti che si ricevono, si visualizzano e si condividono, la realtà dei fatti è che questo non sempre è possibile e, anzi, è spesso l'elemento umano a mettere a rischio i diritti dei cittadini.

3. L'approccio e le misure adottati dalle Istituzioni: una panoramica degli interventi. Di fronte a una problematica che, scorrendo di ripetitore in ripetitore, oltrepassa i confini nazionali e minaccia potenzialmente ogni cittadino del mondo, i legislatori non potevano restare inermi. Se è vero che la tecnologia, come è noto, si evolve più velocemente delle norme, è altrettanto vero che le istituzioni in molti Paesi si sono mosse per far sentire la loro voce sul tema.

Nel panorama nazionale spicca la presa di posizione del Garante per la Protezione dei Dati Personali. Oltre a stigmatizzare fermamente l'utilizzo malevolo della tecnologia deepfake, in particolare la sua estrinsecazione dal contenuto pornografico, il DeepNude, e a sensibilizzare gli utenti del web su questo aspetto⁴⁶, il Garante ha diramato un *vademecum*⁴⁷ in cui affronta il tema perseguendo gli obiettivi dell'informazione e della prevenzione relativamente ai furti d'identità, al cyberbullismo, alla diffusione di *fake news*, ai crimini informatici e alla *cybersecurity*.

Oltre a spingere sulla prevenzione, le Istituzioni si sono mosse anche per definire un quadro normativo quanto più possibile condiviso. A livello Europeo, la

⁴⁵ Il celebre video deepfake che ritrae l'ex Presidente Americano Barack Obama durante un'intervista è stato pubblicato, *ex multis*, dal canale BuzzFeedVideo con il titolo "You Won't Believe What Obama Says In This Video!", disponibile al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=cQ54GDm1eL0>.

⁴⁶ Il video-intervento della Vice Presidente del Garante per la Protezione dei Dati Personali, Prof.ssa Ginevra Cerrina Feroni, intitolato *Le parole dell'AI - Deepfake e Deepnude nelle parole di Ginevra Cerrina Feroni* è disponibile al seguente indirizzo: https://www.youtube.com/watch?v=OldG6BtLgc0&ab_channel=Garanteperlaprotezionedeidatipersonali.

⁴⁷ GPDP, *Deepfake: dal Garante una scheda informativa sui rischi dell'uso malevolo di questa nuova tecnologia*, Doc. Web 9512278, 28/12/20; GPDP, *Deepfake - Il falso che ti «ruba» la faccia (e la privacy)*, 28/12/20, Doc. Web 9512226.

proposta di regolamento in materia di intelligenza artificiale (“Regolamento IA”)⁴⁸ dell’aprile 2021 ha definito alcune primarie aree di intervento. Sono state identificate infatti le applicazioni proibite in quanto causa di rischi insopportabili per i diritti e le libertà fondamentali; le applicazioni ad alto rischio, classificazione che comporta la necessità di soddisfare particolari condizioni di gestione dei rischi; quelle definite «a rischio limitato» e, infine, altre applicazioni che presentano un livello di rischio trascurabile.

Fra gli utilizzi dell’IA vietati dal Regolamento figurano «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che utilizza tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico»; «l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico»; le pratiche di social scoring ai fini «della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste»⁴⁹; i sistemi di identificazione biometrica da remoto ove il loro uso non sia strettamente necessario o determini un rischio troppo alto di effetti dannosi per i cittadini.

Sono invece previsti una serie di obblighi di informazione e trasparenza, di conformità, di valutazione, e di rispetto delle specifiche di produzione per i sistemi che, pur essendo classificati ad alto rischio, non rientrano nelle applicazioni dell’AI vietate *tout court*⁵⁰.

⁴⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts, Brussels, 21/04/2021 COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD).*

⁴⁹ Regolamento AI, art. 5, co. 1, lett. a, b, c.

⁵⁰ Questi obblighi di conformità ai requisiti sono previsti dagli artt. 8-15 del Regolamento AI. In particolare, il Regolamento AI prevede che «in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio è istituito,

Queste prese di posizione da parte del legislatore europeo devono essere considerate nell'ambito di un più ampio programma di tutele offerte ai cittadini a salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali minacciate dagli eventuali utilizzi malevoli degli strumenti tecnologici. Tali presidi poggiano, infatti, su una serie di atti emanati nel tempo e tesi a disciplinare, in modo sempre più completo, l'esperienza digitale del singolo: fin dall'entrata in vigore del noto Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR)⁵¹, infatti, l'impianto normativo comunitario si è fatto carico del compito di guidare il processo di aggiornamento digitale degli Stati Membri dettando principi comuni per i cittadini europei. Ora che l'utilizzo dell'IA rappresenta una realtà sempre più concreta, continua e si attualizza questo approccio europeo di sistema, che va a coinvolgere dunque anche applicazioni dell'Intelligenza Artificiale come deepfake.

Questo tipo di approccio è, peraltro, sistemico: non solo il Consiglio ma anche diversi organismi europei hanno contribuito e contribuiscono al delinearsi di un programma disciplinare comune. Lo European Data Protection Supervisor (EDPS), già nel 2018, si era espresso sul tema del deepfake all'interno della propria «*Opinion on online manipulation and personal data*»⁵², nella quale sottolineava le criticità derivanti da un utilizzo malevolo di tali applicativi e dagli strumenti tecnologici in generale, aggravate peraltro dalla rapida diffusione che i contenuti possono avere sul web: l'impatto veniva definito tale da avere effetti

attuato, documentato e mantenuto un sistema di gestione dei rischi » (art. 9, co. 1) «costituito da un processo iterativo continuo eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio, che richiede un aggiornamento costante e sistematico. Esso comprende le fasi seguenti: a) identificazione e analisi dei rischi noti e prevedibili associati a ciascun sistema di IA ad alto rischio; b) stima e valutazione dei rischi che possono emergere quando il sistema di IA ad alto rischio è usato conformemente alla sua finalità prevista e in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile; c) valutazione di altri eventuali rischi derivanti dall'analisi dei dati raccolti dal sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato di cui all'articolo 61; d) adozione di adeguate misure di gestione dei rischi conformemente alle disposizioni dei paragrafi seguenti» (art. 9, co. 2). L'art. 10 dello stesso Regolamento, inoltre, disciplina le caratteristiche dei set di dati di addestramento per i sistemi di AI ad alto rischio.

⁵¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Brussels, 04/05/2016.

⁵² European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion on online manipulation and personal data*, Opinion 3/2018, 19/03/2018.

sostanziali su un importante numero di diritti e libertà garanti dalla Carta Europea dei Diritti Fondamentali⁵³.

In particolare, l'EDPS sottolineava come ad essere minacciati fossero il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7 Carta Europea dei Diritti Fondamentali) e il diritto alla protezione dei dati personali (art. 8 Carta Europea dei Diritti Fondamentali), ma anche la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, di espressione e d'informazione, di riunione e di associazione (artt. 10, 11, 12 Carta Europea dei Diritti Fondamentali), oltre alle libertà connesse ai risvolti già analizzati in tema di politica e vita democratica⁵⁴.

Conseguenza diretta è il dilagare di flussi (dis)informativi che, diramandosi lungo la rete internet e raggiungendo via via un numero sempre più elevato di utenti, creano delle vere e proprie correnti di disinformazione. Rilevante dottrina ha sottolineato come l'informazione sia uno strumento fondamentale affinché gli individui possano assumere posizioni e formulare decisioni in grado di rispondere alle sfide che la società propone, basando il proprio ragionamento sulle fondamenta della conoscenza che gli stessi hanno dei fatti⁵⁵. Le decisioni informate rappresentano dunque un elemento chiave dell'autonomia degli individui. Tuttavia, quando gli individui vengono in contatto o sono bersagliati da informazioni false ma dall'aspetto realistico, si ritrovano intrappolati in una c.d. "echo-chamber"⁵⁶, ossia quella situazione in cui un'informazione, per quanto falsa, viene corroborata dal suo ripetersi all'interno di un ecosistema in cui l'utente, volontariamente o inconsciamente, si è inserito. Una volta compromessa l'attitudine dei cittadini di prendere decisioni informate e dunque fondate su un proprio personale ragionamento - in una parola, l'abilità di prendere delle decisioni libere -, anche la loro capacità di intervenire nel discorso democratico, si tratti di un dibattito o di una votazione, viene irrimediabilmente meno e, di riflesso, si incrina il sistema democratico stesso⁵⁷.

⁵³ Ivi, par. 4, 12.

⁵⁴ Ivi, par. 4.i, 12.

⁵⁵ N. Bontridder, Y. Pouillet, *The role of artificial intelligence in disinformation*, in *Data & Policy*, e32, 6, Cambridge University Press, 2021, 6.

⁵⁶ Ivi, 6.

⁵⁷ Ivi, 6.

Il tema delle implicazioni e dell'impatto dell'utilizzo di algoritmi di IA rispetto alla tutela dei diritti fondamentali ha evidenti ripercussioni, peraltro, quanto all'effetto prorompente che essi determinano in punto di libertà di espressione, *surveillance* e *censorship*. Questo fenomeno, invero, può operare in maniera bidirezionale, cioè muovendo, come si è visto, dai cittadini verso le istituzioni (ove i primi perdano la capacità di interpretare criticamente i messaggi provenienti dalle autorità) o, viceversa, in taluni casi, partire dalle istituzioni stesse ed essere indirizzato alla popolazione, rivelandosi dunque un processo connaturato da un'intrinseca natura simbiotica. È il caso, questo, per citare un esempio, del sistema di analisi realizzato dal governo cinese capace di analizzare ed interpretare il contenuto dei post pubblicati su oltre millequattrocento servizi di *social media*, al fine di valutare con un processo automatizzato l'opportunità di censurarne la pubblicazione⁵⁸. Ciò, almeno in linea di principio, non dovrebbe essere possibile nel mondo occidentale, dove il diritto di espressione è regolato dalle costituzioni nazionali e riconosciuto come uno dei principali diritti alla base della democrazia: si pensi all'art. 21 della nostra Costituzione o, spostando lo sguardo oltreoceano, al Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America. Rispetto a quest'ultimo, è noto, infatti, il tentativo di censura realizzato dall'ex Presidente americano Donald J. Trump al fine di limitare la proliferazione di critiche in risposta ai contenuti pubblicati sul proprio profilo *Twitter*, che nel 2019 ha richiesto l'intervento dell'autorità giudiziaria che si è espressa in difesa della libertà di espressione (e di critica) dei cittadini⁵⁹ (si fa riferimento al caso *Knight First Amendment Institute v. Donald J. Trump*⁶⁰).

Ancora, anche dal punto di vista della Cybersicurezza, le applicazioni malevole dei sistemi di IA, con particolare riferimento ai deepfake, hanno attirato l'attenzione delle Istituzioni Europee e dei Garanti nazionali.

⁵⁸ G. King, J. Pan, M. E. Roberts, *How Censorship in China Allows Government Criticism but Silences Collective Expression*, *American Political Science Review*, 107, 2 (May), 1-18, 2013. Si veda inoltre E. Hine, L. Floridi, *New deepfake regulations in China are a tool for social stability, but at what cost?*, *Nature Machine Intelligence*, Vol. 4, 2022, 608–610.

⁵⁹ K. Henry, *Redefining Censorship in the Digital Age*, Departmental Honors Research Paper, Hood College – English and Communication Arts, 2020, 22-26.

⁶⁰ *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 928 F.3d 226 (2019).

Uno dei più recenti report dell'Agenzia dell'Unione Europea per la Cybersicurezza (ENISA), il «*Remote Identity Proofing - Attacks & Countermeasures*»⁶¹, inserisce esplicitamente il deepfake fra gli «*attack*» che mettono a rischio i sistemi di sicurezza fondati sull'identificazione remota (*remote identity proofing*), elemento che pure è essenziale nella creazione e nel funzionamento di servizi digitali affidabili. Gli altri elementi di minaccia individuati dall'ENISA accanto al deepfake sono «*photo attack, video of user replay attack, 3D mask attack*»⁶²: si tratta di attacchi alla sicurezza realizzati mediante la presentazione di prove facciali dell'immagine di un volto stampata o visualizzata tramite lo schermo di un dispositivo, attacco che può essere compiuto anche attraverso un video; oppure, impiegando delle maschere 3D, capaci di riprodurre i tratti reali di un volto umano includendo persino dei fori per gli occhi, in modo da ingannare il rilevamento della vivacità basato sullo sguardo, l'ammiccamento e il movimento anche più impercettibile. Nella stessa sede, peraltro, ENISA propone una serie di misure di prevenzione come «*extra technical controls, process controls or organisational controls*», pur specificando che la *countermeasure* maggiormente efficiente consiste nell'adozione di più misure di protezione e nella differenziazione delle stesse, in un'ottica di rafforzamento generale della sicurezza del sistema, parametrata in considerazione del tipo di attività, del tipo e del numero di utenti e del grado di sicurezza desiderato. Nella progettazione e implementazione di contromisure, continua ENISA, si dovrebbe seguire un approccio di *security-by-design* supportato da un'analisi dei rischi in costante aggiornamento. Ciò, comunque, non significa paralizzare le attività all'atto pratico: nella scelta delle contromisure è necessario trovare il giusto equilibrio tra *effectiveness* e *usability*⁶³.

⁶¹ European Union Agency for Cybersecurity (ENISA), *Remote Identity Proofing - Attacks & Countermeasures*, 20/01/2022.

⁶² Ivi, 3.

⁶³ Ivi, 29.

Già nel dicembre 2020, peraltro, ENISA aveva messo in guardia i cittadini e le istituzioni politiche dai rischi derivanti da un utilizzo illecito dei sistemi di IA, affrontando la tematica nel proprio report sulle «*AI Cybersecurity Challenges*»⁶⁴.

Sono numerosi i richiami ai rischi, ai pericoli, alle conseguenze di un uso scorretto dei nuovi strumenti che la società si trova a maneggiare, più o meno consapevolmente, ogni giorno, attraverso il mero accesso ai più diffusi e comuni dispositivi elettronici.

All'alba della diffusione dei *social media*, ormai un decennio fa, la dottrina salutava con favore la circolazione pressoché capillare di strumenti di interconnessione fra pari che non necessitavano di filtri, fossero essi imposti dalla stampa, dalle istituzioni o da qualunque altro canale di divulgazione. Gli scambi si facevano più rapidi, le comunicazioni superavano i confini territoriali e i messaggi raggiungevano agilmente destinatari sparsi in ogni dove: attraverso tali piattaforme, «*la democrazia poteva essere vissuta più direttamente e in modo più partecipativo*»⁶⁵. Le potenzialità di questi mezzi di comunicazione sono diventate evidenti con lo scoppio della Primavera Araba che dal tardo 2010 ha attraversato il Medio Oriente e il Nord Africa; tuttavia, non molti anni dopo, con lo scandalo *Cambridge Analytica* è risultato sempre più manifesto il potenziale uso malevolo degli stessi⁶⁶, ed è bastato qualche anno perché si palesassero anche agli occhi dei più ingenui le minacce cui l'IA può esporre la democrazia mediante la diffusione di *fake news* – si vedano gli esempi citati al paragrafo precedente⁶⁷.

Eppure, di fronte ad un mondo che evolve velocemente, l'atteggiamento che traspare è sempre quello di un legislatore attento sì a normare il fenomeno,

⁶⁴ ENISA (a cura di A. Malatras, G. Dede), *AI Cybersecurity Challenges - Threat Landscape for Artificial Intelligence*, 2020.

⁶⁵ A. Kaplan, *Artificial intelligence, social media, and fake news: is this the end of democracy?*, 150, in A. Akkor Gül, Y. D. Ertürk, P. Elmer (a cura di), *Digital Transformation in Media & Society*, Istanbul University Publication, n. 5270, 2020, 149.

⁶⁶ Ivi, 150.

⁶⁷ A. Kaplan, *ivi*, 153-155, sottolinea inoltre come siano almeno tre le aree in cui l'IA potrebbe rappresentare una minaccia per i sistemi democratici, e in particolare «*supervision, manipulation, frustration*»: «*Firstly, states now have very advanced means of controlling and supervising their citizens' daily behaviour, which could be abused by governments to limit freedoms. Secondly, citizens can increasingly be manipulated in their voting behaviour by ample use of artificial intelligence and social media. Thirdly and finally, such AI-driven supervision and manipulation can, in short, lead to citizens' frustration and their deciding to no longer take part in democracy.*».

ma nell'ottica di prevenire gli abusi di uno strumento e non di vietarne l'utilizzo perché, ancora una volta, è l'elemento umano a poter fare la differenza avvalendosi di un mero strumento per perseguire le proprie finalità. Inoltre, anche spostando la lente dell'osservatore dal lato delle "istruzioni per l'uso" a quello delle tutele per le vittime di utilizzi malevoli della tecnologia in esame, esse possono essere ricercate fra gli istituti previsti dall'ordinamento, sebbene l'interprete possa incontrare alcune criticità nel compiere tale operazione di natura inevitabilmente interpretativa⁶⁸. A titolo di mero esempio, nell'ordinamento italiano potranno essere invocate le norme sulla tutela dei dati personali, oppure si potranno ottenere risarcimenti di natura civilistica determinati da danni all'immagine o, ancora, potranno verificarsi i presupposti per la realizzazione del reato di diffamazione con l'applicazione della relativa disciplina. Pertanto, anche nella situazione di "interregno" in cui il legislatore sta ancora compiendo i passi necessari per disciplinare puntualmente un tema tanto vasto quanto variegato e in continua evoluzione, sarà comunque possibile ricercare fattispecie potenzialmente assimilabili a livello interpretativo.

4. Portare il deepfake in tribunale: quali prospettive future per la tutela da un uso malevolo? Il 23 ottobre 2020 il Garante per la Protezione dei Dati Personali ha annunciato l'apertura di una istruttoria⁶⁹ nei confronti di *Telegram*, la nota piattaforma di messaggistica istantanea: come avvenuto in altri esempi citati nei paragrafi precedenti, diverse donne hanno scoperto e denunciato che alcune foto che le rappresentano nude e talvolta in posizioni particolarmente esplicite stanno rimbalzando sugli schermi di perfetti sconosciuti, fra le chat, i gruppi e i canali presenti sull'applicazione. Quelle foto, però, non sono mai state scattate, né da loro, né da nessun altro.

⁶⁸ A questa conclusione giungono, a fronte di un esame del quadro normativo statunitense, M. B. Kugler, C. Pace, *Deepfake Privacy: Attitudes and Regulation*, 116 Nw. U. L. Rev. 611 (2021), Northwestern Public Law Research Paper No. 21-04, 2021, 660.

⁶⁹ GPDP, *Deep fake: il Garante privacy apre un'istruttoria nei confronti di Telegram per il software che "spoglia" le donne*, Doc. Web 9470722, 23/10/20.

Il caso della diffusione di contenuti DeepNude su *Telegram* è solo uno degli esempi di casi in cui il Garante per la Protezione dei Dati Personali è intervenuto, negli anni, per tutelare il diritto degli interessati a veder correttamente rappresentata la propria identità personale⁷⁰ e rispettate la dimensione sociale e affettiva⁷¹ e la reputazione degli utenti⁷². In tutti i casi precedentemente affrontati dall'Autorità, tuttavia, la tecnologia aveva sempre rappresentato un mezzo di diffusione dei contenuti incriminati, non lo strumento stesso di creazione dell'offesa. Peraltro, il caso non solo solleva profili rilevanti dal punto di vista della tutela dei dati personali, ma pone anche gravi risvolti penalistici, ben potendo configurarsi una serie di reati a sfondo sessuale imputabili agli utenti che hanno creato e messo in circolazione tali contenuti. La pericolosità di DeepNude in questo senso è stata poi riconosciuta dal suo creatore, che l'ha ritirata dal mercato; ciò, tuttavia, non ha impedito ad altri *software developer* di replicare le peculiarità dell'applicazione originaria in altri prodotti tuttora facilmente reperibili online.

Ad ogni modo, una "rivoluzione" del genere ribalta completamente l'ottica con cui deve essere affrontato il caso. Ciò, anche da un punto di vista processualistico.

Ha fatto scalpore oltreoceano la storia, raccontata dai quotidiani americani, di una madre della Pennsylvania che, per agevolare la carriera da *cheerleader* della sua giovanissima figlia, ha realizzato dei video falsi delle compagne di squadra più promettenti in modo da rovinare loro la reputazione, con l'intento di farle espellere dalla squadra⁷³. Gli articoli che riportavano la notizia, raccontando con dovizia di particolari della creazione di fotografie e video artefatti in cui le studentesse facevano uso di diverse sostanze e, in alcuni casi, erano state anche sottoposte a una modifica delle loro immagini con DeepNude,

⁷⁰ Si vedano, ad esempio: GPDP, Prov. 13/09/1999, in Boll., n. 09, giugno 1999, 94, Doc. Web 1090502; GPDP, Prov. 10/10/2002, in Boll., n. 32, ottobre 2002, 3, Doc. Web 1066415.

⁷¹ Si veda, ad esempio: GPDP, Prov. del 07/07/2005, in Boll. n. 63, luglio 2005, Doc. Web 1148642.

⁷² Si vedano, ad esempio: GPDP, Prov. del 12/06/2019, Doc. Web 9126859; GPDP, Prov. del 27/11/2019 Doc. Web 9236677.

⁷³ Redazione, *Mother charged with deepfake plot against daughter's cheerleading rivals*, in *The Guardian*, 2021.

hanno raccolto commenti sdegnati. Ancora di più, però, ne ha raccolti la successiva notizia, riportata sempre dalla stampa, che, nel processo a carico della signora, l'accusa abbia incontrato notevoli difficoltà a livello probatorio, non riuscendo a provare "oltre ogni ragionevole dubbio"⁷⁴ l'artificiosità dei video e delle immagini realizzati con deepfake⁷⁵.

Non è la prima volta che i Tribunali statunitensi si pronunciano sull'ammissione di prove digitali considerandole «ammissibili nella misura in cui poteva essere verificata la loro affidabilità»⁷⁶ (*Nooner v. State of Arkansas*⁷⁷). Eppure, in questo caso il punto di vista è opposto: è infatti la non affidabilità a dover essere non solo verificata, ma anche dimostrata.

Portare il deepfake in tribunale impone e presuppone che le immagini siano analizzate da personale con una notevole preparazione tecnica nel campo dell'*image processing*, ma che abbia anche l'esperienza e le competenze necessarie a interpretare le informazioni estratte alla luce del contesto dell'ambito forense e giudiziario.

Un contenuto deepfake può infatti introdurre nel processo un certo numero di elementi: prendendo ad esempio un'immagine artefatta, con la giusta tecnica sarà possibile ricavare da essa non solo il dato relativo all'immagine falsata in sé, con l'individuazione delle spie di falsità, ma anche le informazioni lasciate dal dispositivo che l'ha generata, le modalità con cui è stata creata, la possibilità di restauro delle immagini deteriorate e/o di recupero dei contenuti originali⁷⁸.

Come una sorta di contrappasso, al fine di dimostrare la falsità di un prodotto deepfake, sono stati sviluppati algoritmi e applicazioni AI studiati per verificare l'integrità di un'immagine digitale. Questi sistemi, in costante fase di sperimentazione, parrebbero fornire risultati affidabili; tuttavia, ciò può non

⁷⁴ La Corte Suprema Americana utilizzò l'espressione per la prima volta nel 1880, nel caso *Miles v. United States*: «The evidence upon which a jury is justified in returning a verdict of guilty must be sufficient to produce a conviction of guilt, to the exclusion of all reasonable doubt».

⁷⁵ D. Harwell, *Remember the 'deepfake cheerleader mom'? Prosecutors now admit they can't prove fake-video claims.*, in *The Washington Post*, 2021.

⁷⁶ *Nooner v State of Arkansas*, riportato da Maras, Alexandrou, *ibid.*

⁷⁷ *Nooner v State of Arkansas*, 907 S.W.2d 677 (1995).

⁷⁸ S. Aterno, *Deepfake in tribunale: ecco come la digital forensics smaschera il falso*, in *Agenda Digitale*, 2019.

essere sufficiente. Infatti, in conseguenza dell'uso dell'intelligenza artificiale, potrebbero sorgere nuovi problemi legati alla difficoltà di spiegare come questi risultati siano stati ottenuti, dal momento che ad ottenerli è stato un software che compie deduzioni sulla base di analisi "proprie" e non guidate dall'essere umano. Si arriverebbe poi al paradosso in cui l'AI verrebbe utilizzata per individuare i prodotti dell'AI stessa, con una sorta di coincidenza fra controllore e controllato⁷⁹ ma, soprattutto, con un rischio di perdita totale di supervisione da parte dell'essere umano. Tuttavia, questa soluzione sembra essere la più promettente nel contrasto agli utilizzi malevoli del deepfake ed è necessario continuare a svilupparla per rintracciare e disinnescare minacce (altrettanto) tecnologiche.

Per tali ragioni la letteratura ha rilevato come si stia sviluppando un concetto di governance multilaterale, fondato sia su principi giuridici che mettono al centro la persona e la costruzione di un ambiente di fiducia nella tecnologia, sia sull'incentivo a un impiego della tecnologia come antidoto alla tecnologia stessa ogniqualvolta il contesto sia di tale complessità da rendere insufficiente e inefficace la sola prescrizione giuridica⁸⁰.

Non deve infatti essere demonizzato uno strumento in ragione dei rischi derivanti dal suo utilizzo. Certamente si verificheranno altri casi di impiegati e dirigenti d'azienda presi di mira da qualche truffatore, come capitò al CEO inglese salvato (si fa per dire) dalla Euler Hermes. Inevitabilmente i fautori di determinati interessi politici più privi di scrupoli continueranno a sfruttare ogni mezzo a loro disposizione per trarne vantaggio per la propria carriera, manipolando l'opinione pubblica e diffondendo notizie false. Passerà del tempo prima di eradicare l'abuso compiuto con tanta facilità tramite DeepNude. Ciò non significa, però, che la diretta conseguenza di questi episodi debba essere un divieto assoluto di utilizzo delle applicazioni dell'AI. Al contrario, la fruibilità dei servizi offerti dalla tecnologia è troppo significativa perché l'uomo se ne privi. Esprimere informazioni false, imprecise o fuorvianti non è di per sé condannabile in modo

⁷⁹ Maras, Alexandrou, *ibid.*

⁸⁰ G. D'Acquisto; C. A. Trovato; L. De Benedetti, *Alcune riflessioni sul concetto di autonomia decisionale della macchina e sulle sue implicazioni regolamentari*, in *La rivoluzione dell'AI: profili giuridici* (a cura di O. Pollicino e M. Bassini), Il Mulino, Bologna, 2022.

generalizzato ed astratto. Ad essere oggetto di condanna e, di riflesso, di regolamentazione, è e deve essere non tanto la qualità del *quid* oggetto della produzione IA (audio, video o grafica), quanto piuttosto lo sfruttamento di questo *tool* per finalità malevole o, nel peggiore dei casi, dolose⁸¹. Tuttavia, ove sia la tecnologia IA stessa ad offrire un sistema per arginare i propri *malus*, ciò rappresenta, in una valutazione comparativa, di fatto un incentivo all'impiego di tali sistemi e dunque un *bonus* di cui tenere imprescindibilmente conto in sede di esame degli aspetti positivi della tecnologia in questione.

L'essere umano è, peraltro, un animale computazionalmente limitato, con scarse capacità di memorizzazione, di calcolo, di analisi: le sue scelte, per quanto si sforzi, saranno sempre compiute tenendo in considerazione solo una rosa limitata di fattori⁸². L'apporto offerto dai prodotti dell'AI permette effettivamente alla persona di compiere un notevole passo avanti nel processo di evoluzione tecnologica.

Eppure, se è vero che l'essere umano ha bisogno della macchina per supplire alle proprie carenze, egli è al contempo emozionalmente più evoluto di qualunque macchinario potrà mai sviluppare. È dunque compito dell'uomo inquadrare e determinare principi e regole che governino l'utilizzo della tecnologia, anche stabilendo quando e in che modo quest'ultima possa validamente sopperire alle lacune che egli riconosce di avere⁸³.

Questa direzione è condivisa anche dalle istituzioni a livello sovranazionale: già nel 2018 l'EDPS sottolineava che, alla radice del problema delle conseguenze malevole della tecnologia AI, vi era (in parte) un utilizzo irresponsabile, illegale o non etico delle informazioni personali gestite nell'ecosistema digitale⁸⁴. La trasparenza rappresentava e rappresenta una via necessaria ma non sufficiente; allo stesso modo, un'opera di gestione dei contenuti può rivelarsi utile, ma deve essere realizzata nella misura in cui non comprometta i diritti fondamentali. Già allora, dunque, parte della soluzione è

⁸¹ N. Bontridder, Y. Pouillet, *ivi*, 10.

⁸² *Ivi*, *par. 3*.

⁸³ *Ivi*, *par. 3*.

⁸⁴ EDPS, *Opinion 3/2018*, *par. 7*, 22.

stata individuata nell'applicare le regole esistenti (specialmente il GDPR, specificava l'EDPS) con rigore e congiuntamente ad altre norme⁸⁵.

È dunque sottile l'equilibrio ideale che permette una proficua "convivenza" con i fenomeni deepfake e DeepNude: da un lato occorrono norme capaci di comprendere e analizzare queste applicazioni; dall'altro, il legislatore deve comprendere il funzionamento della tecnologia ed essere disponibile a uno scambio di mutua integrazione, di sostegno e reciproco completamento, sviluppato in un clima di fiducia per quanto riguarda l'utilizzo delle nuove tecnologie, che non dimentichi la centralità della figura dell'essere umano nel processo e all'esito del processo di regolamentazione⁸⁶. L'obiettivo cui mirano le norme tese a disciplinare deepfake, infatti, non può essere realizzato se non con un supporto tecnologico adeguato.

A questo approccio legislativo si deve affiancare poi un certo grado di consapevolezza che deve essere maturata dai destinatari delle norme e delle tecnologie: vanno incentivate, pertanto, le *corporate policies* e i codici etici da un lato e, dall'altro, le campagne di sensibilizzazione e *training*⁸⁷. Invero, queste misure sono già ad oggi adottate dalle Istituzioni⁸⁸ e auspicabilmente saranno indirizzate, nel tempo, a un pubblico sempre maggiore, fino a realizzare un progetto educativo che promuova l'analisi critica dei contenuti reperiti in rete nell'ottica di una ormai imprescindibile alfabetizzazione digitale⁸⁹.

⁸⁵ Ibid, par. 7, 22.

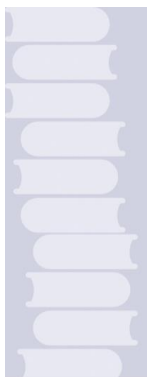
⁸⁶ G. D'Acquisto; C. A. Trovato; L. De Benedetti, *ibid*.

⁸⁷ Westerlund, *ibid*.

⁸⁸ In questo senso, si vedano ad esempio le campagne informative promosse dal Garante per la Protezione dei Dati Personali, come GPDP, *Deepfake: dal Garante una scheda informativa sui rischi dell'uso malevolo di questa nuova tecnologia*, Doc. Web 9512278, 28/12/20.

⁸⁹ Westerlund, *ibid*. Mika Westerlund, nell'accingersi a concludere tale contributo, dedica una riflessione agli obiettivi dell'alfabetizzazione digitale la cui promozione si pone come un tema imprescindibile con particolare riferimento al percorso educativo dei più giovani: «*In general, there is a need to raise public awareness about AI's potential for misuse. Whereas deepfakes provide cyber criminals new tools for social engineering, companies and organisations need to be on high alert and to establish cyber resilience plans. Governments, regulators, and individuals need to comprehend that video, contrary to appearances, may not provide an accurate representation of what happened, and know which perceptual cues can help to identify deepfakes. It is recommended that critical thinking and digital literacy be taught in schools as these traits contribute to children's ability to spot fake news and interact more respectfully with each other online*».

Nel lungo periodo, infatti, un approccio di questo genere sembra avere i presupposti per evitare – o quanto meno limitare – gli abusi compiuti a mezzo DeepNude, o la diffusione di fake news, o, ancora, le truffe ai danni di qualche azienda, come quella che coinvolse il CEO inglese salvato (si fa per dire) dalla Euler Hermes.



Libertà di stabilimento e legge applicabile alle società nell'Unione europea
di **PAOLO TULLIO**

SOMMARIO: **1.** LA QUESTIONE: L'ARTICOLO 25 DELLA LEGGE ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO È COMPATIBILE CON LE NORME EUROPEE SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO? – **2.** MOBILITÀ TRANSFRONTALIERA DELLE SOCIETÀ NELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO. – **3.** RICERCA DELLA SOLUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA. – **4.** INTERPRETAZIONE DEGLI ARTICOLI 49 E 54 TFUE – **5.** CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Abstract

Article 25 of the Italian Statute on Private International Law states that companies are governed by the law of the country where the company was incorporated and that, however, Italian law shall apply if the administrative seat or the main object of the company is located in Italy.

Is the latter part of this rule compatible with EU principles on freedom of establishment? This was recently asked by the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), which brought the matter before the Court of Justice of the European Union.

The following article attempts to answer the question.

1. La questione: l'art. 25 della legge italiana di diritto internazionale privato è compatibile con le norme europee sulla libertà di stabilimento?

Con ordinanza interlocutoria pubblicata nell'aprile 2022¹, la Corte di Cassazione ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi in via pregiudiziale (artt. 267 TFUE e 295 c.p.c.) su una nuova questione relativa all'interpretazione delle norme del TFUE sulla libertà di stabilimento delle società (artt. 49 e 54 TFUE). Perciò, potrebbe presto aggiungersi un ulteriore tassello all'ormai nutrita giurisprudenza della Corte di giustizia in materia².

¹ Corte di cassazione, sezione seconda civile, ordinanza n. 11600 dell'11 gennaio 2022, pubblicata l'11 aprile 2022.

² L'uso del condizionale è dovuto al fatto che non si può escludere a priori che la Corte ritenga la questione manifestamente irricevibile, come del resto è ultimamente accaduto, ad esempio, per una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato proprio in relazione all'interpretazione di norme su libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi (C. giust. UE, ordinanza del 30 giugno 2020, causa C-723/19, *Airbnb Ireland UC, Airbnb Payments UK Ltd c/ Agenzia delle Entrate*). Tra le principali pronunce in tema di esercizio del diritto di stabilimento da parte di società possono essere annoverate: *Segers* (C. giust. CEE, 10 luglio 1986, causa C-79/85, *Segers c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*), *Daily Mail* (C. giust. CEE, 27 settembre 1988, causa C-81/87, *The Queen c/ Daily Mail and General Trust PLC*), *Centros* (C. giust. CE, 9 marzo 1999, causa C-

La questione trae origine dalle vicende di una società italiana, la STA s.r.l., che nel 2004 si è trasformata in una società di diritto lussemburghese assumendo la nuova denominazione di STES à r.l. Pur trasferendo la sede statutaria in Lussemburgo, la società ha mantenuto in Italia il centro esclusivo della propria attività, consistente nell'offerta di una struttura destinata ad ospitare eventi e cerimonie (il Castello di Tor Crescenza, complesso immobiliare sito in Roma).

Successivamente, nel corso di un'assemblea straordinaria tenutasi in Lussemburgo nel 2010, i soci della STES hanno nominato un'amministratrice unica (*gérante*) che, a sua volta, ha nominato quale mandatario generale un soggetto estraneo alla società, attribuendogli il potere di compiere tutti gli atti rientranti nell'oggetto sociale.

Nel 2012 il mandatario ha conferito ad altra società l'intero patrimonio della STES, rappresentato dal solo Castello di Tor Crescenza. A quel punto la STES ha chiesto al tribunale civile di Roma di dichiarare l'inefficacia dell'atto di conferimento del complesso immobiliare, ritenendo invalida l'attribuzione di poteri al mandatario generale.

Dopo il rigetto della domanda da parte del tribunale, la STES ha impugnato la sentenza. La Corte di appello di Roma, ribaltando la decisione di primo grado,

212/97, *Centros Ltd. c/ Ehvers-ogSelskabsstyrelsen*), *Überseering* (C. giust. CE, 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering c/ Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*), *Inspire Art* (C. giust. CE, 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c/ Inspire Art Ltd*), *Sevic* (C. giust. CE, 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *Sevic Systems Aktiengesellschaft c/ Amtsgericht Neuwied*), *Cadbury Schweppes* (C. giust. CE, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes c/ Commission of Inland Revenue*), *Cartesio* (C. giust. CE, 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*), *National Grid Indus* (C. giust. UE, 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus BV c/ Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*), *Vale* (C. giust. UE, 12 luglio 2012, causa C-378/10, *Vale Építési kft*), *Polbud* (C. giust. UE, 25 ottobre 2017, causa C-106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. in liquidazione*). La letteratura in materia è sterminata; ci si limita qui a citare solo alcuni tra i più recenti contributi che offrono una panoramica sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia: S. CRESPI, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 159 e ss.; C. GERNER-BEUERLE – F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER – M. SIEMS, *Cross-border reincorporations in the European Union: the case for comprehensive harmonisation*, in *Journ. Corp. Law St.* 2017, p. 1 e ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES – N. DE LUCA, *Le società, III, Le società mutualistiche. Gli istituti transtipici*, Torino, 2019, p. 888 e ss.; E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di Giustizia. Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in *Percorsi di diritto societario europeo* (a cura di E. Pederzini), IV ed., Torino, 2020, p. 102 e ss.; N. DE LUCA, *European Company Law*, Cambridge, 2021, II ed., p. 93 e ss.

ha dichiarato nulla l'attribuzione dei poteri al mandatario perché in contrasto con l'art. 2381, comma 2, cod. civ., che consente al consiglio di amministrazione di delegare le proprie attribuzioni soltanto ai propri componenti e dunque non anche a soggetti estranei alla società³. Di conseguenza, la Corte di appello ha dichiarato l'inefficacia dell'atto di conferimento del complesso immobiliare compiuto dal mandatario generale. La società conferitaria⁴ ha quindi proposto ricorso per cassazione, contestando l'applicabilità della legge italiana al caso di specie.

La Corte di appello aveva ritenuto applicabile la normativa italiana poiché l'art. 25, comma 1, della nostra legge di diritto internazionale privato (legge n. 218/1995) dispone che le società sono disciplinate «dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione» e che «si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti», intendendosi per "oggetto principale" la sede effettiva della società⁵. Come accennato, la sede

³ Gli amministratori non possono «affidare a terzi la completa direzione dell'attività sociale, con un totale svuotamento dei loro poteri, e con una sostanziale abdicazione a favore di terzi delle loro funzioni gestorie» (F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, pp. 100-101), anche perché tale delega rappresenterebbe un'illegittima rinuncia all'esercizio dei poteri gestori in favore di soggetti che non sono stati nominati dall'assemblea dei soci. In giurisprudenza cfr. Cass. civ. 23 aprile 1980, n. 2663; Trib. Milano 17 giugno 1982, in *Giur. comm.* 1983, II, p. 306; Trib. Milano 9 marzo 1989, in *Soc.* 1989, p. 926; Trib. Cassino 26 aprile 1989, in *Soc.* 1989, p. 1305; Trib. Bologna 10 ottobre 1989, in *Soc.* 1989, p. 1319; App. Bari 4 dicembre 1989, in *Giur. it.* 1990, I, p. 251; Trib. Como 30 ottobre 1998, in *Soc.* 1999 (secondo cui la delega a terzi di ogni potere di gestione integra grave violazione ai sensi dell'art. 2409 cod. civ., in quanto finisce per esautorare il potere di scelta e di controllo dell'assemblea dei soci sull'organo amministrativo). Cfr. anche G.D. MOSCO, *Art. 2381, in Società di capitali. Commentario* (a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres), II, Napoli, 2004 p. 596, nonché P. MORANDI, *commento all'articolo 2384 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società* (diretto da A. Maffei Alberti), Padova, 2015, p. 625, ove ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza sul punto.

⁴ Con essa ha proposto ricorso anche altra società alla quale la conferitaria aveva poi, a sua volta, conferito il medesimo complesso immobiliare.

⁵ L'art. 25, comma 1, della legge 218/1995 recita: «Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti». Per un approfondimento su contenuto e interpretazione dell'art. 25 della legge 218/1995 si veda M.V. BENEDETTELLI, *Introduzione al diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Diritto societario europeo e internazionale* (diretto da M.V. Benedettelli e M. Lamandini), Padova, 2017, p. 11 e ss. Per una rassegna dei precedenti della nostra giurisprudenza in relazione ad operazioni trasferimento della sede all'estero da parte di società costituite in Italia, cfr. R. TORINO, *Diritto di stabilimento delle società e trasferimento transnazionale della sede: profili di diritto europeo e italiano*, in AA.VV., *Aspetti di interesse notarile nel diritto dell'Unione europea*, Viterbo, 2012, p. 172 e ss.

effettiva della STES era, appunto, localizzata in Italia, poiché l'attività della società ruotava intorno allo sfruttamento economico del complesso immobiliare di sua proprietà, situato a Roma.

La Corte di Cassazione si chiede invece se – come suggerito dalla ricorrente – l'art. 25 della legge n. 218/1995 debba essere disapplicato nella misura in cui la sua applicazione e la sua interpretazione si pongano in contrasto coi principi europei sul diritto di stabilimento delle società⁶.

In effetti, la fattispecie in esame consente – almeno astrattamente – di invocare le regole sulla libertà di stabilimento dato che, secondo l'ormai consolidato orientamento della Corte di giustizia UE, ben riassunto nel terzo considerando della direttiva (UE) 2019/2121⁷, il fatto che, come nel caso *de quo*, «soltanto la sede sociale sia trasferita – e non l'amministrazione centrale o il centro di attività principale – di per sé non esclude l'applicabilità della libertà di stabilimento in virtù dell'articolo 49 TFUE».

A detta della Suprema Corte, la libertà di stabilimento potrebbe comportare il diritto della società che abbia trasferito la propria sede statutaria in altro Stato membro ad essere assoggettata *in toto* alla *lex societatis* dello Stato di destinazione, anche qualora la società abbia mantenuto la propria sede effettiva nello Stato di origine. In particolare, con riferimento al caso di specie, la Corte si domanda se l'esercizio del diritto di stabilimento comporti l'assoggettamento della società al diritto societario dello Stato di destinazione, non solo per quanto riguarda le regole sulla costituzione, ma anche per quanto concerne le regole sul funzionamento e sulla gestione della società⁸.

⁶ Nel testo dell'ordinanza la Corte richiama anche l'art. 2507 cod. civ., secondo cui «l'interpretazione e applicazione delle disposizioni contenute nel capo [dedicato alle società costituite all'estero] è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee».

⁷ Direttiva (UE) 2019/2121 del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere. Con la legge di delegazione europea 2021 (legge 4 agosto 2022 n. 127) il Parlamento italiano ha delegato il Governo a recepire la direttiva introducendo a livello nazionale una disciplina con un ambito di applicazione più esteso: la disciplina italiana dovrebbe applicarsi anche a società diverse dalle società di capitali e a società extra UE.

⁸ Più precisamente la Corte di Cassazione fa riferimento alla «gestione, non solo interna, ma anche esterna, trattandosi nel caso in esame dell'attribuzione di poteri di gestione a un soggetto terzo rispetto alla società, che ha inciso in modo determinante sulla attività della medesima» (punto 33 dell'ordinanza).

Secondo la Corte di Cassazione, la questione si pone perché l'art. 49.2 TFUE stabilisce che la libertà di stabilimento comporta, non solo la costituzione, ma anche la «*gestione*» di società «alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento»⁹, il che – riportato al caso esaminato – lascerebbe intendere che alla STES à r.l. debbano applicarsi, non soltanto le norme sulla costituzione dettate dal diritto lussemburghese, ma anche quelle sulla gestione della società.

Ora, non v'è dubbio che nel caso in esame si applichino quanto meno le norme dello Stato di destinazione sulla *costituzione* delle società. Infatti, nel trasferire la propria sede statutaria dall'Italia al Lussemburgo, la società ha realizzato un'operazione di trasformazione transfrontaliera¹⁰, operazione che comporta l'iscrizione della società nel registro delle imprese dello Stato di destinazione (art. 86-*septiesdecies* direttiva UE 2019/2121) e che dunque si può realizzare soltanto se posta in essere conformemente alle norme di quello Stato in materia di costituzione e iscrizione della società nel registro delle imprese (art. 25, comma 3, legge n. 218/1995 e art. 86-*septiesdecies* direttiva UE 2019/2121)¹¹.

⁹ Ai sensi dell'art. 49, comma 2, TFUE «la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la *costituzione* e la *gestione* di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini» (enfasi aggiunta).

¹⁰ Nel diritto dell'Unione europea la fusione transfrontaliera è definita come «l'operazione mediante la quale una società, senza essere sciolta né sottoposta a liquidazione, pur conservando la propria personalità giuridica, muta il tipo in cui è iscritta nello Stato membro di partenza in uno dei tipi di società [...] previsti per le società nello Stato membro di destinazione, nel quale trasferisce almeno la sede sociale» (art. 86-*ter* direttiva UE 2019/2121).

¹¹ Il terzo comma dell'art. 25 della legge n. 218/1995 dispone: «I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati». Inoltre, l'art. 86-*septiesdecies* della direttiva (UE) 2019/2121 richiede a ciascuno Stato membro di designare un soggetto competente a controllare la legalità della trasformazione transfrontaliera accertando in particolare «che la società trasformata rispetti le disposizioni del diritto nazionale relative alla costituzione e all'iscrizione delle società nel registro delle imprese». Nello stesso senso, merita di essere menzionato anche il considerando n. 44 della direttiva, secondo cui la realizzazione di una trasformazione transfrontaliera non «dovrebbe determinare l'elusione dei requisiti per la costituzione di società nello Stato membro di destinazione in cui la società deve essere iscritta dopo l'operazione transfrontaliera». La circostanza che nel caso di specie l'operazione di trasformazione transfrontaliera sia stata effettuata prima dell'adozione e del recepimento della direttiva non altera la sostanza. La direttiva, infatti, non ha introdotto *ex novo* la possibilità di realizzare trasformazioni transfrontaliere, già diffuse nella pratica, ma si è limitata a dettarne una disciplina armonizzata per evitare che la frammentazione delle regole dettate nei singoli Stati

Sorgono invece dubbi circa l'applicabilità delle norme dello Stato di destinazione in materia di *funzionamento* e *gestione* della società, in presenza di una regola di diritto internazionale privato di uno Stato membro che imponga l'applicazione della legge dello Stato di origine qualora la società stabilitasi altrove abbia mantenuto la sede effettiva in quest'ultimo Stato (come dispone, appunto, il nostro art. 25, comma 1, legge n. 218/1995).

Insomma, la norma di diritto internazionale privato italiano potrebbe essere contraria ai principi europei sulla libertà di stabilimento laddove impedisce che alla società stabilitasi all'estero continui ad applicarsi, almeno in parte, il diritto societario dello Stato di origine¹². D'altro canto, sempre secondo la Suprema Corte, nel caso in esame si discute circa la validità di un atto di gestione della società che incide su un'attività interamente localizzata in Italia, il che lascia il «dubbio che l'atto di gestione in questione vada valutato alla luce del diritto e della interpretazione giurisprudenziale dell'ordinamento italiano invece di quello lussemburghese»¹³.

2. Mobilità transfrontaliera delle società nell'Unione europea e diritto internazionale privato. Prima di affrontare la questione sollevata dalla Corte di Cassazione, può essere utile richiamare alcune nozioni essenziali circa l'esercizio del diritto di stabilimento e la legge applicabile alle società aventi sede all'interno dell'Unione europea.

Come noto, la libertà di stabilimento (artt. 49 e ss. TFUE) consiste nel diritto di trasferirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine per svolgervi in maniera continua e permanente un'attività economica di natura non

membri e l'incertezza giuridica associata alla mancanza di una disciplina organica potessero rappresentare un ostacolo alla realizzazione di simili operazioni e, dunque, all'esercizio della libertà di stabilimento (v. sul punto il quinto considerando della direttiva 2019/2121).

¹² La Corte di Cassazione ha sottoposto la questione alla Corte di giustizia nei seguenti termini: «Se gli articoli 49 e 54 TFUE ostino a che uno Stato membro, in cui è stata originariamente costituita una società (società a responsabilità limitata), applichi alla stessa le disposizioni di diritto nazionale relative al funzionamento e alla gestione della società qualora la società, trasferita la sede e ricostituita la società secondo il diritto dello Stato membro di destinazione, mantenga il centro della sua attività nello Stato membro di partenza e l'atto di gestione in questione incida in modo determinante sull'attività della società».

¹³ Punto 36 dell'ordinanza.

subordinata¹⁴. Titolari di questo diritto sono sia i cittadini degli Stati membri (art. 49 TFUE), sia le società «costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità» (art. 54 TFUE)¹⁵.

Quando una società trasferisce la sede sociale, l'amministrazione o il centro di attività principale in uno Stato membro diverso da quello di origine, il diritto di stabilimento è esercitato a titolo primario¹⁶. Per sede sociale s'intende la sede indicata nello statuto, che coincide con il luogo di incorporazione e, almeno di regola, determina la nazionalità della società¹⁷; l'amministrazione centrale è il luogo in cui l'organo amministrativo assume le decisioni inerenti alla gestione della società (ad esempio, il luogo in cui si tengono le riunioni del consiglio di amministrazione); il centro di attività principale è, infine, il luogo dove si svolge in via principale (se non esclusiva) l'attività in attuazione dell'oggetto sociale.

Quando, invece, una società apre in pianta stabile una sede secondaria (un'agenzia, una succursale o una filiale) in altro Stato membro, mantenendo la sede primaria nello Stato membro di origine, il diritto di stabilimento è esercitato a titolo secondario.

Ai sensi dell'art. 49.2 TFUE, l'esercizio del diritto di stabilimento deve avvenire «alle [medesime] condizioni definite dalla legislazione del Paese di

¹⁴ Come tale, la libertà di stabilimento si distingue dalla libera prestazione dei servizi, che riguarda invece l'esercizio temporaneo e occasionale di un'attività in altro Stato membro.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 54.2 TFUE, «per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro». Come è stato osservato (cfr. D. CORAPI-B. DE DONNO, *Le società, in Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, II, Torino, 2006, p. 1280), la disposizione andrebbe letta alla luce della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, benché questa non sia mai entrata in vigore. La convenzione fa riferimento alle «società civili o commerciali, comprese le società cooperative, costituite in conformità della legge di uno Stato contraente che conferisca loro la capacità di essere titolari di diritti e di obblighi» e, più in generale, alle «persone giuridiche di diritto pubblico o privato che, a titolo principale o accessorio, hanno per oggetto un'attività economica svolta normalmente dietro remunerazione o che, senza violare la legge in conformità della quale sono costituite, esercitano di fatto ed in modo continuo tale attività».

¹⁶ Costituisce espressione del diritto di stabilimento primario anche l'avvio *ex novo* (in luogo del trasferimento) di un'attività economica in uno Stato diverso da quello di origine.

¹⁷ Può tuttavia accadere che un ordinamento definisca la nazionalità delle società sulla base di elementi diversi dal luogo di incorporazione, quali la cittadinanza delle persone fisiche che controllano il capitale sociale o amministrano la società (cfr. BENEDETTELLI, *cit.*, p. 5).

stabilimento nei confronti dei propri cittadini» (dunque anche nei confronti delle proprie società, in virtù dell'equiparazione operata dall'art. 54 TFUE). La norma attribuisce alle società che si stabiliscono in uno Stato membro diverso da quello di origine il diritto di ricevere lo stesso trattamento riservato alle società di quello Stato. In altri termini, agli Stati membri, di regola, è fatto divieto di porre in essere misure discriminatorie basate esclusivamente sulla nazionalità dei soggetti (c.d. principio del trattamento nazionale).

Solo in via d'eccezione gli Stati membri sono autorizzati ad applicare misure «legislative, regolamentari ed amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri» (o per le società straniere) con l'effetto di limitare l'esercizio della libertà di stabilimento, purché l'applicazione delle misure sia giustificata «da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica» (art. 52 TFUE).

La Corte di giustizia ha precisato che l'art. 52 deve essere interpretato restrittivamente, trattandosi di norma eccezionale che comporta una deroga a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato; come tale, può trovare applicazione soltanto in presenza di una «minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività»¹⁸. Inoltre, sempre secondo la Corte, la compatibilità con il diritto europeo delle misure nazionali restrittive è subordinata al ricorrere di quattro condizioni (c.d. test di compatibilità): oltre a non essere discriminatorie, tali misure devono essere giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, devono essere idonee al raggiungimento dello scopo e devono essere proporzionali rispetto all'obiettivo che intendono conseguire¹⁹.

¹⁸ C. giust. CEE, 27 ottobre 1977, causa C-30/77, *Bouchereau* e C. giust. CE, 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Oteiza Olazabal*.

¹⁹ C. giust. CEE, 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Dieter Kraus c. Land Baden-Württemberg*, e C. giust. CEE, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*. La formula è ripresa dalla nota sentenza *Cassis de Dijon* in materia di libera circolazione delle merci (C. giust. CEE, 20 febbraio 1979, causa C-120/78). Sul tema cfr., *ex multis*, S. LOMBARDO, *Libertà di stabilimento e mobilità della società in Europa*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, II, p. 361. È bene precisare che, come chiarito dalla Corte di Giustizia (C. giust. CEE, 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*), il divieto di applicare misure restrittive della libertà di stabilimento non riguarda soltanto le misure discriminatorie espressamente basate sulla nazionalità, ma più in generale ogni altra forma di

In questo quadro, la piena realizzazione dei principi sulla libertà di stabilimento delle società ha incontrato negli anni una serie di ostacoli rappresentati dall'adozione di misure ingiustificatamente restrittive e discriminatorie da parte degli Stati membri.

In particolare, l'esercizio del diritto di stabilimento primario delle società si è principalmente scontrato:

(i) con il problema del riconoscimento delle società straniere da parte degli Stati membri di destinazione nel caso in cui la società intenda trasferirvi la sola sede reale, cioè l'amministrazione centrale e/o il centro di attività principale (in simili casi si parla di barriera allo stabilimento "in entrata", in quanto lo Stato di destinazione ostacola l'ingresso di una società straniera);

(ii) con il problema del mantenimento della personalità giuridica e dello status di società costituita secondo il diritto dello Stato membro di origine in caso di trasferimento in altro Stato della sola sede reale o della sola sede statutaria (in simili casi si parla di barriera allo stabilimento "in uscita", in quanto è lo Stato membro di origine ad ostacolare il trasferimento della società all'estero).

Si tratta di due diversi aspetti della medesima questione²⁰, che si risolve nell'impossibilità per una società di trasferire la sede da uno Stato membro all'altro, a meno che la società non si sciogla nello Stato di origine per poi ricostituirsi *ex novo* nello Stato di destinazione. Tale vincolo rappresenta una rilevante barriera alla mobilità delle società, che dovrebbero essere libere di trasferirsi da uno Stato membro all'altro mantenendo, senza soluzione di continuità, la personalità giuridica e dunque senza essere costrette a sostenere i costi delle procedure di liquidazione e successiva ricostituzione della società (si pensi anche ai tempi tecnici necessari per la realizzazione di dette operazioni).

Simili difficoltà derivano fondamentalmente dall'applicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato che dettano i criteri di collegamento per

discriminazione dissimulata o indiretta che, pur essendo basata su parametri diversi dalla nazionalità, conduca di fatto al medesimo risultato (cosiddette misure indistintamente applicabili).

²⁰ La questione del riconoscimento delle società è legata al fatto che «diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico [...] nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento» (C. giust. CEE, *Daily Mail*, cit., punto 21).

determinare la legge applicabile alle società e dunque anche per riconoscerle come enti validamente costituiti e dotati di personalità giuridica.

Cercando di rappresentare in maniera schematica i termini di un problema invero estremamente complesso, si può affermare che le difficoltà si pongono principalmente quando lo Stato membro (di origine e/o di destinazione) riconosca le società come enti dotati di capacità giuridica soltanto se la loro sede effettiva (cioè il centro di attività principale) sia posta nel territorio dello Stato ove è collocata anche la sede statutaria. Questo approccio (criterio della sede reale o *Sitztheorie* o *real seat doctrine*) in sostanza impone una coincidenza fra sede reale e sede statutaria: pertanto, per trasferirsi da uno Stato all'altro la società non ha altra scelta che quella di sciogliersi nello Stato di origine e poi ricostituirsi secondo la legge dello Stato di destinazione.

Non si pongono, tendenzialmente²¹, problemi di questo tipo quando, invece, una società eserciti il diritto di stabilimento tra Stati membri che adottano il criterio dell'incorporazione (*Gründungstheorie* o *incorporation doctrine*). Tali Stati, infatti, riconoscono le società quali soggetti validamente costituiti secondo il diritto dello Stato di origine (nel quale pongono e mantengono la sede legale), a prescindere dalla localizzazione della loro sede effettiva, facendo così prevalere l'elemento formale a quello sostanziale. La teoria dell'incorporazione consente alle società di scegliere di costituirsi nello Stato membro che offre loro la legislazione più vantaggiosa, indipendentemente dal territorio in cui, una volta costituite, esse intendono svolgere effettivamente la propria attività²². Inoltre gli Stati che adottano la teoria dell'incorporazione lasciano le società libere di trasferire la propria sede reale da uno Stato membro all'altro conservando la

²¹ Alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, applicano il criterio dell'incorporazione con alcuni adattamenti, ispirati al criterio della sede reale, che potrebbero finire per ostacolare la libertà di stabilimento.

²² Ciò ha talora indotto gli Stati che adottano il criterio dell'incorporazione ad adottare misure volte ad arginare il fenomeno delle c.d. *pseudo foreign companies* (o *letterbox companies*), cioè delle società che non presentano alcun tipo di legame reale con lo Stato di costituzione. Un esempio è fornito dall'ordinamento danese, che per altro verso ha anche tentato di attrarre le imprese offrendo un diritto societario più appetibile (cfr. E. WERLAUFF, *A "Copenhagen Effect"? Denmark's Answer to Centros: A Far-Reaching Company Law Reform Aimed at Strengthening the "Free Movement of Companies"*, in 6 *European Company Law* 4/2009, p. 160 e ss.).

personalità giuridica e l'assoggettamento alla *lex societatis* dello Stato di costituzione.

La dicotomia tra Stati che aderiscono al criterio della sede reale e Stati che adottano il criterio dell'incorporazione non è stata ancora superata a livello europeo²³, benché si ritenga che la scelta del primo criterio abbia rappresentato, e possa tuttora rappresentare, un ostacolo al pieno esercizio del diritto di stabilimento delle società. Infatti, il legislatore europeo non ha mai armonizzato i criteri per il riconoscimento delle società, né gli Stati membri hanno mai stipulato un accordo in materia, malgrado ciò fosse espressamente previsto dal Trattato di Roma (art. 293 TCE, ormai abrogato)²⁴.

Ne deriva che – come più volte sottolineato dalla Corte di giustizia – in mancanza di armonizzazione, tutti i criteri di collegamento che determinano la legge nazionale applicabile alle società si trovano su un piano di parità e la scelta

²³ Tra gli Stati membri che adottano la teoria della sede reale si possono annoverare l'Austria, il Belgio, la Germania (peraltro, con progressivo abbandono della stessa), la Grecia, il Lussemburgo, la Polonia e il Portogallo; la teoria dell'incorporazione è invece seguita, tra gli altri, da Danimarca, Finlandia, Irlanda, Paesi Bassi e Svezia. I criteri di collegamento scelti dai singoli Stati membri sono spesso alquanto articolati, sicché non è sempre facile classificare il diritto di uno Stato membro nell'una o nell'altra famiglia. Controverso è, ad esempio, l'inquadramento del diritto internazionale privato francese, di quello spagnolo e di quello ungherese. In altri casi, la compresenza di diversi criteri di collegamento ha indotto la dottrina ad inquadrare alcuni ordinamenti in una terza categoria di Stati con criteri di tipo "misto", tra i quali rientrerebbero l'Italia, l'Estonia, la Lituania e la Slovenia (cfr. CRESPI, *cit.*, p. 14 e 15). Per un esame approfondito dei criteri di collegamento adottati da diversi Stati si rinvia a F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, p. 45 e ss. e C. GERNER-BEUERLE – F.M. MUCCIARELLI, E. SCHUSTER – M. SIEMS (a cura di), *The Private International Law of Companies in Europe*, Monaco di Baviera, 2019.

²⁴ L'art. 293 TCE prevedeva che gli Stati membri avviassero «fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini [...] il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48 [l'attuale art. 54 TFUE], comma secondo, [e] il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese all'altro». Questa norma programmatica non è mai stata attuata. Nel 1962 gli Stati membri avevano avviato dei negoziati che si erano conclusi con la sottoscrizione di una convenzione sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche (Convenzione di Bruxelles del 1968). La convenzione, tuttavia, non è mai entrata in vigore. I Paesi Bassi, infatti, non hanno mai provveduto al deposito dello strumento di ratifica, necessario ai fini dell'entrata in vigore dell'accordo. Anche la proposta di quattordicesima direttiva societaria sul trasferimento transfrontaliero della sede sociale non ha avuto seguito.

di adottare l'uno o l'altro criterio rientra nella competenza dei singoli Stati membri²⁵.

3. Ricerca della soluzione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si può a questo punto esaminare la questione sollevata dalla Suprema Corte, verificando se la giurisprudenza della Corte di giustizia sul diritto di stabilimento offra elementi utili a individuare una soluzione.

Come detto, il caso in esame trae origine da una trasformazione transfrontaliera di una società di diritto italiano in una società di diritto lussemburghese. Tuttavia, conviene precisare subito che la soluzione alla questione qui trattata non va ricercata tanto, o soltanto, nei principi affermati nelle decisioni della Corte di giustizia in tema di trasformazione transfrontaliera (*Vale* e *Polbud*), peraltro ormai recepiti a livello normativo dalla direttiva (UE) 2019/2121²⁶. Ci si riferisce, in particolare, ai principi espressi in merito all'applicazione, da parte degli Stati membri, di misure dirette ad ostacolare la realizzazione di operazioni di trasformazione transfrontaliera. Simili misure non sono state adottate nel caso *de quo*.

²⁵ Detto principio, affermato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Daily Mail*, è stato successivamente ribadito e confermato nelle sentenze *Cartesio* e *Polbud*. Lo stesso principio è ora espresso anche nel terzo considerando della direttiva (UE) 2019/2121.

²⁶ Talora viene annoverato tra le decisioni in materia di trasformazioni transfrontaliere anche il caso *Cartesio*. Tuttavia, esso nasce da un'operazione di trasferimento della sola sede effettiva della società da uno Stato membro all'altro, senza cambiamento della legge applicabile, cioè senza trasformazione dell'ente (una società costituita in Ungheria intendeva trasferire il proprio centro di attività principale in Italia, mantenendo lo status di società di diritto ungherese). La Corte di giustizia ha però colto l'occasione per affermare – seppure incidentalmente – che uno Stato membro non può imporre a una società di sciogliersi nello Stato di origine per poi ricostituirsi nello Stato di destinazione, qualora la società intenda trasferire la propria sede in altro Stato con cambiamento del diritto nazionale applicabile e conversione in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato di destinazione, dunque in caso di trasformazione transfrontaliera (v. punti 111 e 112 della sentenza). Le autorità ungheresi avevano respinto la domanda di iscrizione nel registro delle imprese della modifica della sede dell'attività sociale poiché, ai sensi della legislazione ungherese, una società costituita in Ungheria non avrebbe potuto trasferire la propria attività all'estero e continuare ad essere soggetta alla legge ungherese che ne regola lo status. Sul caso *Cartesio* si vedano, tra i molti, M.B. DELI – F. PERNAZZA, *Trasferimento della sede delle società tra libertà di stabilimento e norme internazionalprivatistiche*, in *Soc.* 2009, p. 1389 e ss.; S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.* 2009, p. 869 e ss.; P. MANZINI – F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione Cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Comm.* 2009, II, p. 614 e ss.

Nella vicenda che ci occupa, infatti, gli Stati coinvolti non hanno posto alcun tipo di vincolo o di ostacolo all'operazione di trasformazione della società da italiana a lussemburghese, che si è realizzata senza intoppi. In particolare, non vi è stato alcun rifiuto di iscrivere la società nel registro delle imprese da parte dello Stato di destinazione (com'era invece avvenuto nel caso *Vale*)²⁷, né lo Stato di origine ha subordinato l'operazione al preventivo scioglimento e alla preventiva liquidazione della società secondo il proprio diritto (com'era invece avvenuto nel caso *Polbud*)²⁸.

²⁷ Nel caso *Vale* le autorità ungheresi avevano respinto la domanda di iscrizione nel registro delle imprese da parte di una società di diritto italiano che aveva deciso di trasferire in Ungheria sia il proprio centro di attività, sia la propria sede sociale assumendo le vesti di società di diritto ungherese (da *Vale Costruzioni s.r.l.* a *Vale Építési kft.*). La legge ungherese contemplava, infatti, soltanto le trasformazioni interne e non anche quelle transfrontaliere; ne derivava un'ingiustificata disparità di trattamento tra società a seconda della natura, interna o transfrontaliera, dell'operazione da porre in essere. La Corte di giustizia ha perciò giudicato contraria al diritto di stabilimento una normativa nazionale che, come quella ungherese, «pur prevedendo per le società di diritto interno la facoltà di trasformarsi, non consente, in generale, la trasformazione di una società disciplinata dal diritto di un altro Stato membro in società di diritto nazionale mediante la costituzione di quest'ultima» (punto 63 della sentenza). Sul caso *Vale* cfr., tra gli altri, G. VAN ECK – E.R. ROELOFS, *Vale: Increasing Corporate Mobility from Outbound to Inbound Cross-Border Conversion?*, in 9 *Eur. Comp. Law* 2012, p. 319 e ss.; J. LAU HANSEN: *The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies*, in 20 *Eur. Comp. Fin. Law Rev.* 2013, p.1 e ss..

²⁸ Nel caso *Polbud* le autorità polacche avevano respinto l'istanza di cancellazione della società dal registro delle imprese per la mancata produzione di documentazione relativa al procedimento di liquidazione. La società, che avrebbe mantenuto il proprio centro di attività in Polonia, intendeva trasformarsi in una società di diritto lussemburghese conservando la personalità giuridica, cioè senza doversi preventivamente sciogliere. La Corte di giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto di stabilimento una normativa che subordini il trasferimento della sede legale di una società da uno Stato membro all'altro alla preventiva liquidazione della stessa. Ha inoltre chiarito che la libertà di stabilimento comprende il diritto per una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro di trasformarsi – conformemente alle condizioni dettate dallo Stato di destinazione – in una società disciplinata dal diritto di altro Stato membro, quand'anche detta società mantenga la sede effettiva nello Stato di origine. Sul caso *Polbud* cfr., *ex multis*, F.M. MUCCIARELLI, *Trasformazioni internazionali di società dopo la sentenza Polbud: è davvero l'ultima parola?*, in *Soc.* 2017, p. 1327 e ss.; M. PIN, *Da GmbH a S.r.l.: la trasformazione transfrontaliera di società di paesi UE*, in *Riv. dir. soc.* 2017 p. 1254 e ss.; A. BARTOLACELLI, *Trasformazione transfrontaliera e la sentenza Polbud: corale alla fine del viaggio?*, in *Giur. comm.* 2018, II, p. 428 e ss.; L. BOGGIO, *Polbud: palla al Centros! Cerchio chiuso con la libertà di trasferire la sede all'estero*, in *Giur. it.* 2018, p. 887 ss.; N. DE LUCA – A. GENTILE – F. SCHIAVOTTIELLO, *Trasformazione transfrontaliera in Europa: prime considerazioni su Polbud*, in *Soc.* 2018, p. 5 e ss.; N. DE LUCA – A. GENTILE – F. SCHIAVOTTIELLO, *Trasferimento della sede sociale all'estero ed effetto Delaware. Il caso Polbud*, in *Giur. comm.* 2018, II, p. 454 e ss.; F. PELLEGRINI: *Caso Polbud: modificare lex societatis è un diritto garantito dalla libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.* 2018, II, p. 462 e ss.; J. BENEDETTI – A. VAN WAAYENBERGE, *Structural consequences of cross-border company seat transfers within the EU in the latest Court of Justice case law: Polbud*, in 44 *Eur. Law Rev.* 2019, 3, p. 416 e ss.; E. STABILE, *La libertà di stabilimento e la trasformazione transfrontaliera: la sentenza Polbud*, in *Riv. dir. soc.* 2019, p. 755 e ss.

Analogamente, nel caso in esame non si è posto neanche il problema del mantenimento della personalità giuridica o del riconoscimento di società che esercitino il diritto di stabilimento dissociando la sede reale da quella statutaria, oggetto di altre decisioni della Corte di giustizia in materia di stabilimento primario (*Daily Mail*, *Überseering* e *Cartesio*)²⁹.

La questione qui affrontata ha natura diversa. Si tratta di stabilire se il criterio di collegamento previsto dal diritto internazionale privato italiano, che àncora (almeno in parte) la *lex societatis* alla sede effettiva, non sia contrario ai principi sul diritto di stabilimento, in quanto potenzialmente in grado di dissuadere o rendere meno attraente l'esercizio di tale diritto da parte delle società³⁰. In sostanza, una società italiana non riuscirebbe a beneficiare (appieno) del cambiamento della legge applicabile associato allo stabilimento in altro Stato membro qualora il trasferimento della sede statutaria non dovesse essere

²⁹ Nel caso *Daily Mail* l'amministrazione fiscale inglese aveva negato ad una società l'autorizzazione a trasferire la propria amministrazione centrale nei Paesi Bassi mantenendo lo status di ente di diritto inglese. Nel caso *Überseering* le autorità tedesche avevano negato il riconoscimento della capacità giuridica e processuale a una società costituita secondo il diritto dei Paesi Bassi che aveva trasferito la sede amministrativa in Germania. Per il caso *Cartesio* si rinvia alla nota 26. Una menzione a parte merita il caso *Sevic*, che riguarda un'operazione di fusione transfrontaliera: le autorità tedesche avevano respinto la richiesta di iscrizione nel registro delle imprese di una fusione per incorporazione di una società lussemburghese in una società tedesca. La legge tedesca (UmwG - *Umwandlungsgesetz*) faceva esclusivo riferimento alle fusioni interne, così creando una disparità di trattamento fra società secondo la natura, interna o transfrontaliera, della fusione, che la Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto di stabilimento. Sulle sentenze qui citate, tra i numerosi contributi, si segnalano quelli di V. ALLOTTI – F. PERNAZZA, *Trasferimento delle sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*, in *Soc.* 2003, p. 893 e ss.; T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.* 2003, p. 669 e ss.; G. COLANGELO: *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. Giur.* 2003, p. 307 e ss.; S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering": tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa tit. cred.* 2003, I, p. 456 e ss.; E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.* 2003, p. 723 e ss.; P. KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56/CE in Germania*, in *Banca borsa tit. cred.* 2006, I, p. 479 e ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.* 2006, II, p. 417 e ss.; M. SIEMS, *Sevic: Beyond Cross-Border Mergers*, in *8 Eur. Bus. Organ. Law Rev.* 2007, p. 307 e ss.

³⁰ Oltre alle misure che vietano od ostacolano il diritto di stabilimento, devono essere considerate come restrittive del diritto di stabilimento anche le misure che semplicemente scoraggiano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà (C. giust. UE, *National Grid Indus*, cit., punto 36; C. giust. UE, *Polbud*, cit., punto 46). Cfr. anche C. giust. CEE, *Gebhard*, cit., punto 37; C. giust. CE, 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, punto 11; C. giust. CE, 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co.*, punto 34.

accompagnato anche dal trasferimento della sede effettiva. In tal caso, infatti, continuerebbe ad applicarsi, almeno in gran parte (norme sul funzionamento e sulla gestione della società), la *lex societatis* italiana.

Così impostata la questione, conviene allora prendere le mosse da quella giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui la scelta di una società di costituirsi in un certo Stato membro al solo fine di beneficiare del miglior diritto societario di quello Stato, non costituisce di per sé abuso del diritto di stabilimento, anche allorché la società eserciti interamente la propria attività in altro Stato³¹. Principio, questo, applicabile anche quando la scelta dello Stato che offre il regime più favorevole non avvenga in sede di costituzione della società, ma sia realizzata in un momento successivo, trasferendo la sede statutaria attraverso un'operazione di trasformazione transfrontaliera³² – come è avvenuto nel caso della STA s.r.l. – o di fusione o scissione transfrontaliera³³.

³¹ Cfr. C. giust. CEE, *Segers*, cit., punto 16; C. giust. CEE, *Centros*, cit., punti 27 e 29; C. giust. CE, *Inspire Art*, cit., punto 96. Fanno eccezione solo i casi di frode o abuso (ad esempio, l'elusione di norme fiscali imperative), da stabilirsi caso per caso (C. giust. CE, *Inspire Art*, cit. e C. giust. CE, *Cadbury Schweppes*, cit.), fermo restando che «la mera circostanza che una società trasferisca la propria sede in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di frode» (C. giust. UE, *Polbud*, cit., punto 63). In tema si vedano, *ex multis*, S. FORTUNATO, *La libertà di stabilimento delle società in una recente sentenza della Corte di Giustizia: il caso Centros*, in *Dir. Un. eur.* 2000, p. 83 e ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso "Centros"*, in *Riv. dir. internaz.* 2000, p. 71 e ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.* 2000, II, p. 559 e ss.; F. MUNARI – P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of and EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.* 2001, p. 1 e ss.; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul "caso Centros"*, in *Riv. soc.* 2001, p. 1292 e ss.; G. COLANGELO, *Il caso Inspire Art*, in *Merc. conc. reg.* 2003, p. 355 e ss.; M. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art: libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contr. impr. Eur.* 2003, p. 1220 e ss.; M. COLANGELO, *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo "mercato europeo delle regole"?*, in *Riv. dir. civ.* 2005, p. 257 e ss.

³² Come osservato nella sentenza *Polbud* (punto 38), «la situazione in cui una società costituita secondo la legislazione di uno Stato membro desidera trasformarsi in una società retta dal diritto di un altro Stato membro [...] rientra nella libertà di stabilimento, quand'anche detta società svolga l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche nel primo Stato membro».

³³ Secondo la Corte di giustizia «le operazioni di fusione transfrontaliera, al pari delle altre operazioni di trasformazione di società, rispondono alle esigenze di cooperazione e di raggruppamento di società stabilite in Stati membri differenti. Esse costituiscono modalità particolari di esercizio della libertà di stabilimento, importanti per il buon funzionamento del mercato interno, e rientrano pertanto tra le attività economiche per le quali gli Stati membri sono tenuti al rispetto della libertà di stabilimento» (C. giust. CE, *Sevic*, cit., punto 19); lo stesso dicasi per le scissioni transfrontaliere, come si evince dai considerando e dalla disciplina della direttiva (UE) 2019/2121. In senso critico si veda P. KINDLER, *cit.*, p. 481, secondo il quale la fusione darebbe luogo a un fenomeno estintivo della società fusa/incorporata e «un soggetto venuto

Bisogna a questo punto chiedersi se ciò significhi che il diritto di stabilimento comprenda anche un vero e proprio diritto di scegliere liberamente la *lex societatis* di uno degli Stati membri e non solo il diritto di scegliere liberamente lo Stato membro nel quale collocare la sede sociale, l'amministrazione centrale e/o il centro di attività principale.

Infatti, solo laddove la libertà di stabilimento avesse ad oggetto anche il diritto di scegliere la *lex societatis*, una norma nazionale che – come l'art. 25 della nostra legge n. 218/1995 – impedisse la piena applicazione della legge dello Stato di destinazione, scelta dalla società mediante trasferimento della (sola) sede statutaria, sarebbe tale da dissuadere o rendere meno attraente l'esercizio di tale libertà e quindi dovrebbe considerarsi incompatibile col Trattato (a meno che la misura non trovasse giustificazione ai sensi dell'art. 52 TFUE)³⁴.

Non pare, tuttavia, che la libertà di stabilimento possa comprendere anche un simile diritto. Il mutamento della *lex societatis* non può essere considerato l'*oggetto* dell'esercizio del diritto di stabilimento, ma ne è semmai soltanto un *effetto*. Il cambio della *lex societatis* non può rappresentare niente più che una conseguenza di un trasferimento di sede da uno Stato membro all'altro. La società che eserciti il diritto di stabilimento può liberamente beneficiare di questo effetto (o, se vogliamo, di questa opportunità), ma non può arrivare a pretendere l'applicazione della *lex societatis* di un certo Stato, invocando le norme sulla libertà di stabilimento, qualora i criteri di collegamento degli Stati coinvolti conducano all'applicazione del diritto di altro Stato.

Del resto, neanche la Corte di giustizia ha mai parlato di un vero e proprio diritto di scelta della legge applicabile³⁵. Anzi, è significativo che la Corte abbia

meno, per definizione non può stabilirsi in un altro Stato». In realtà, le fusioni non costituiscono un fenomeno estintivo, ma semplicemente modificativo della società. Una conferma in tale senso si può trarre, ad esempio, dalla lettura dell'articolo del 2504-*bis* del codice civile italiano, che dispone: «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione». L'omissione di qualsiasi allusione all'estinzione e l'esplicito riferimento alla prosecuzione dei rapporti anteriori alla fusione porta a concludere che la fusione costituisca un evento modificativo e a respingere la tesi della fusione quale fenomeno estintivo.

³⁴ Sull'art. 52 TFUE si rinvia al precedente paragrafo.

³⁵ Nella sentenza *Centros* (punto 27) la Corte fa riferimento al «diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro» e non anche ad un ipotetico diritto della società,

dichiarato che lo stabilire la sede in un certo Stato al fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa non possa «costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento»³⁶ (dimostrando così di considerare detto beneficio solo un particolare risvolto dell'esercizio di quel diritto), quando avrebbe potuto affermare direttamente, e più recisamente, che la scelta della *lex societatis* costituisca essa stessa esercizio di quel diritto (ma non a caso non l'ha fatto).

Inoltre, la decisione di collocare la sede sociale in un certo Stato potrebbe essere dettata anche da motivazioni diverse dalla ricerca di una *lex societatis* più favorevole³⁷, come ad esempio la scelta di un regime fiscale più vantaggioso³⁸; il che conferma che il diritto di stabilimento non può identificarsi con il diritto di scegliere la disciplina societaria più favorevole.

A ciò si aggiunga che la ricerca di norme più favorevoli potrebbe essere ottenuta anche trasferendo all'estero, non già la sede statutaria, ma proprio la sede reale (anche solo l'amministrazione centrale), sfruttando criteri di collegamento analoghi a quello del nostro articolo 25. Lo suggerisce la stessa Corte di giustizia dove associa il fine di beneficiare di una legislazione più vantaggiosa al «fatto di stabilire la sede, legale o *effettiva*, di una società, in conformità alla legislazione di uno Stato membro»³⁹. Ed è in effetti quanto è avvenuto, per esempio, nel caso *Daily Mail*, nel quale una società di diritto inglese intendeva spostare la sola sede amministrativa nei Paesi Bassi per godere di un miglior trattamento fiscale.

Di conseguenza, non si può affermare a priori che l'esercizio del diritto di stabilimento risulti scoraggiato dalla parziale applicazione della *lex societatis* di uno Stato diverso da quello in cui la società abbia scelto di collocare la sede statutaria. Infatti, non si può escludere che una società accetti di buon grado

una volta costituita, di essere assoggettata in via esclusiva alla *lex societatis* di quello stesso Stato membro.

³⁶ C. giust., *Polbud*, cit., punto 40, richiamando quanto già affermato in *Centros* e *Inspire Art*.

³⁷ Anche perché il diritto societario dei vari Stati membri è stato ormai ampiamente armonizzato dalle direttive societarie, per cui difficilmente la *lex societatis* di uno Stato membro può essere significativamente più vantaggiosa di quella di altro Stato.

³⁸ In tema si veda F. PERNAZZA, *La mobilità delle società in Europa da Daily Mail a Fiat Chrysler Automobiles*, in *Dir. comm. int.* 2015, p. 439 e ss.

³⁹ C. giust., *Polbud*, cit., punti 40 e 62.

l'applicazione del diritto societario straniero, diritto che potrebbe essere più favorevole di quello dello Stato in cui la stessa società potrebbe essersi costituita (o trasferita) per motivi completamente diversi dalla scelta di una migliore *lex societatis*. Neanche nel caso di specie si conoscono le ragioni che abbiano indotto la società italiana a trasformarsi in società di diritto lussemburghese, ma non è escluso che la principale – se non esclusiva – motivazione sia stata proprio di natura fiscale.

4. Interpretazione degli articoli 49 e 54 TFUE. Le conclusioni sin qui raggiunte sono solo apparentemente contraddette dall'art. 49.2 TFUE, ove afferma che «la libertà di stabilimento importa [...] la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società [...], alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini». La norma sembrerebbe in effetti attribuire alle società stabilite un vero e proprio diritto a vedersi applicata la *lex societatis* dello Stato di destinazione.

In realtà l'art. 49.2 si limita a sancire un principio di parità di trattamento tra soggetti nazionali e stranieri⁴⁰. Esso statuisce che se, e solo se, in base ai criteri di collegamento degli Stati coinvolti (Stato di origine e di destinazione)⁴¹, la norma di diritto sostanziale applicabile a un determinato aspetto sia quella dello

⁴⁰ Si tratta del cosiddetto principio del trattamento nazionale, che trova una deroga nell'eventuale applicazione dell'art. 52 TFUE. Sul punto si rinvia al paragrafo 2.

⁴¹ A seconda dello Stato giurisdizionalmente competente, potrebbe trovare applicazione il diritto internazionale privato dello Stato di stabilimento, ovvero quello di altro Stato membro. Ciascun giudice applica, infatti, la propria *lex fori*. A differenza della disciplina sul diritto applicabile alle società, quella sulla giurisdizione è stata armonizzata: le regole sono dettate dal regolamento (UE) n. 1215/2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ("Regolamento Bruxelles I bis), e si applicano a tutte le società che abbiano la sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno dell'Unione europea (art. 67 del regolamento). Il regolamento prevede un criterio di giurisdizione generale, coincidente con il luogo in cui il convenuto sia domiciliato (art. 4.1), e criteri di giurisdizione speciali, che si applicano indipendentemente dal domicilio delle parti: «una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro [...] qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui essa è situata» (art. 7 n. 5); «in materia di validità della costituzione, nullità o scioglimento delle società o persone giuridiche, o riguardo alla validità delle decisioni dei rispettivi organi, [hanno competenza esclusiva] le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui la società o persona giuridica ha sede» (art. 24 n. 2).

Stato di destinazione, quest'ultimo non può riservare alla società stabilita un trattamento diverso da quello riservato alle società nazionali, ma deve applicare quella medesima norma all'una e alle altre⁴². In altri termini, il diritto della società stabilita di essere sottoposta alle medesime condizioni definite dallo Stato di destinazione nei confronti delle proprie società rileva solo nella misura in cui, in base al diritto internazionale privato degli Stati coinvolti, alla società stabilita trovi applicazione il diritto sostanziale dello Stato di destinazione e non il diritto di altro Stato.

La stessa norma non esclude, dunque, che a varie società stabilite nel medesimo Stato membro possano trovare applicazione anche regole diverse, vigenti in altri Stati membri, qualora l'applicazione dei criteri di collegamento nazionali (dello Stato membro di stabilimento o di altro Stato, a seconda delle regole sulla giurisdizione⁴³) conducano al diritto straniero in relazione alla disciplina di fattispecie relative alla gestione sociale o ad altri aspetti societari.

Del resto, il fatto che a diverse società stabilite nel medesimo Stato membro possano trovare applicazione regole differenti a seconda dell'eventuale collegamento che queste presentino con altri Stati membri (quale la localizzazione del centro di attività principale all'estero, come nel caso *de quo*), non contraddice il principio della parità di trattamento che – come noto – impone, non solo che situazioni comparabili non siano trattate in maniera diversa, ma anche che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale⁴⁴.

Pertanto, le norme del Trattato sul diritto di stabilimento non sembrano impedire che, in relazione a determinati aspetti inerenti alla gestione e al funzionamento di una società stabilitasi in uno Stato membro, possano applicarsi anche norme di altri Stati membri, qualora quella società presenti elementi di collegamento con quegli altri Stati.

⁴² L'art. 49.2 TFUE andrebbe letto aggiungendo l'attributo "medesime" riferito a "condizioni" e cioè: «la libertà di stabilimento importa [...] la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società [...], alle [*medesime*] condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini».

⁴³ Si veda la nota 41.

⁴⁴ Cfr. C. giust. CE, 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Stato belga — SPF Finances c/ Truck Center SA*, punto 37 e la giurisprudenza ivi richiamata.

La soluzione qui prospettata sembra poter essere avvalorata dal fatto che – come accennato – è ormai consolidato il principio secondo cui, in assenza di armonizzazione del diritto dell’Unione europea, «la definizione del criterio di collegamento che determina il diritto nazionale applicabile ad una società rientra, conformemente all’articolo 54 TFUE, nella competenza di ciascuno Stato membro, avendo tale articolo posto sullo stesso piano la sede sociale, l’amministrazione centrale e il centro d’attività principale di una società come criteri di collegamento»⁴⁵.

Muovendo da questa interpretazione dell’art. 54 TFUE, la Corte di giustizia ha affermato che ogni Stato membro dispone «incontestabilmente» della facoltà di definire, sia il criterio di collegamento richiesto perché una società possa ritenersi costituita secondo il proprio diritto nazionale, sia il criterio necessario per continuare a mantenere detto status⁴⁶. Tale facoltà – ha ulteriormente precisato la Corte⁴⁷ – include la possibilità per uno Stato membro di impedire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status quando trasferisca la sede (effettiva) in altro Stato membro facendo in questo modo venir meno il collegamento previsto dal diritto dello Stato di costituzione⁴⁸.

Ne deriva che potrebbe essere preclusa alla società la possibilità di costituirsi in un certo Stato membro al solo fine di beneficiare del regime favorevole di quello Stato, collocando sin dal momento della costituzione, ovvero trasferendo in un secondo momento, il centro di attività in altro Stato.

Ciò conferma quanto detto sinora e cioè che la scelta di collocare la sede statutaria in un certo Stato membro pur esercitando l’attività in altro Stato – ove consentita – non può essere considerata di per sé una condotta abusiva, ma non può neanche essere considerata un intangibile diritto attribuito alla società dalle

⁴⁵ In questi termini si è espressa la Corte di giustizia nel caso *Polbud*, cit., punto 34, confermando la validità del principio, già enunciato in precedenti occasioni.

⁴⁶ C. giust CE, *Cartesio*, cit., punto 110; C. giust UE, *National Grid Indus*, cit., punto 27; C. giust. UE, *Vale*, cit., punto 29; C. giust. UE, *Polbud*, cit., punto 43.

⁴⁷ C. giust CE, *Cartesio*, cit., punto 110.

⁴⁸ Tendenzialmente saranno gli Stati membri che adottano il criterio della sede reale ad impedire la conservazione dello status di società soggetta al diritto dello Stato di origine, quando il trasferimento della sede reale da parte della società faccia venir meno la necessaria coincidenza di sede reale e sede statutaria (v. *supra*, par. 2).

norme sul diritto di stabilimento: gli Stati membri sono infatti liberi di impedire alle società di godere dei benefici di un'eventuale dissociazione tra sede reale e sede statutaria.

Ora, se è ritenuto compatibile col Trattato un criterio di collegamento che impedisca a una società di separare sede reale e sede statutaria, a maggior ragione dovrebbe esserlo anche un criterio – come quello dell'art. 25 della legge n. 218/1995 – che, invece, ammetta detta separazione e si limiti a collegare alla sede effettiva l'applicazione delle sole norme su funzionamento e gestione della società, e non anche quelle sulla sua costituzione e sul suo status di persona giuridica.

5. Considerazioni conclusive. Per le ragioni sopra esposte, l'art. 25 della legge n. 218/1995 appare norma compatibile con gli artt. 49 e 54 TFUE. Non trattandosi di norma che ostacola o scoraggia l'esercizio della libertà di stabilimento, è superfluo verificare se la sua applicazione possa essere giustificata in base all'art. 52 TFUE⁴⁹ e al superamento del “test di compatibilità” enunciato nei casi *Kraus e Gebhard*⁵⁰.

Va tuttavia segnalato che, prima ancora che la Corte di Cassazione sottoponesse la questione alla Corte di giustizia, certa dottrina aveva sostenuto che l'art. 25 della legge 218/1995 fosse incompatibile con le norme sul diritto di stabilimento⁵¹. La motivazione, però, appare non del tutto convincente in quanto fondata sul richiamo alla sentenza *Überseering* e sul presunto primato del criterio dell'incorporazione rispetto a quello della sede reale, che non trova invero riscontro nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale – come già osservato – ha sempre posto su un piano paritario i diversi criteri di

⁴⁹ In ogni caso, la Corte di Cassazione non ha sollevato la questione relativa alla possibile giustificazione della misura in ragione di motivi imperativi di interesse generale.

⁵⁰ V. *supra*, paragrafo 2.

⁵¹ S. BALSAMO TAGNANI, *Mobilità transnazionale e stabilimento delle società nell'odierno mercato unico europeo*, in *Contr. impr. Eur.* 2015, p. 289, e E. PEDERZINI, *Alla ricerca del diritto applicabile: società italiane e società straniere*, in *Percorsi di diritto societario europeo*, (a cura di E. Pederzini), IV ed., Torino, 2020, p. 25 e 26.

collegamento adottati dai singoli Stati membri (da ultimo in *Polbud*, oltre che nella direttiva 2019/2121).

A ben vedere, in *Überseering* la Corte di giustizia ha solo imposto agli Stati membri un obbligo di riconoscimento delle società validamente costituite secondo il diritto di altri Stati membri. Ciò implica che lo Stato di destinazione debba astenersi dall'applicare alla società straniera le proprie regole di costituzione e attribuzione della capacità giuridica (qualunque essi siano), perché quella della regolare costituzione è questione che rientra nella competenza esclusiva dello Stato di origine della società. In altri termini, la Corte ha voluto dire semplicemente che ogni Stato membro è libero di applicare i propri criteri, compreso quello della sede reale, alle sole società nazionali, ma non anche a quelle straniere, sulle quali non esercita la giurisdizione. Il che non equivale a sancire in generale che il criterio della sede reale sia incompatibile con la libertà di stabilimento e che debba essere abbandonato in favore del criterio dell'incorporazione; anzi, la società straniera di cui si impone il riconoscimento potrebbe essere costituita proprio in applicazione del criterio della sede reale previsto dallo Stato di origine e lo Stato di origine – come detto – potrebbe impedirne il trasferimento della sola sede effettiva all'estero con mantenimento della personalità giuridica. Pertanto, il richiamo operato alla sentenza *Überseering* per sostenere la prevalenza della teoria dell'incorporazione, non tiene conto del fatto che tale decisione si riferisce esclusivamente al riconoscimento delle società estere da parte dello Stato di destinazione (barriera in entrata). Viceversa, non è mai stato superato il principio, espresso in *Daily Mail* e ribadito in *Cartesio*, secondo cui nei rapporti interni con le società costituite secondo il diritto nazionale gli Stati membri rimangono liberi di adottare qualsiasi criterio di collegamento e lo Stato membro di origine che applichi il criterio della sede reale può subordinare il trasferimento della sede effettiva all'estero al preventivo scioglimento della società (barriera in uscita)⁵².

⁵² Nelle sentenze *Cartesio* (punto 107) e *National Grid Indus* (punto 27) si rammenta come, nella stessa sentenza *Überseering* (al punto 70), la Corte abbia «desunto che la facoltà, per una società costituita in conformità alla normativa di uno Stato membro, di trasferire la sua sede, sociale o effettiva, in un altro Stato membro senza perdere la personalità giuridica di cui essa

Inoltre, se lo Stato membro di costituzione deve necessariamente avere la competenza esclusiva a regolare la costituzione e l'attribuzione (e il mantenimento) della capacità giuridica alle società, non altrettanto può dirsi per le regole sulla gestione delle società. Infatti, per le regole sulla costituzione e sul riconoscimento della capacità giuridica la competenza esclusiva dello Stato di costituzione trova la sua ragion d'essere nel fatto che le società sono enti creati da un ordinamento giuridico ed esistono solo in forza delle regole dettate da quello Stato (come affermato per la prima volta in *Daily Mail*). Lo stesso principio non può evidentemente estendersi alle regole sulla gestione delle società, né si ravvisa altro valido motivo che porti a sostenere la necessaria competenza esclusiva dello Stato di costituzione a disciplinare anche la gestione delle società ivi costituite.

Vero è che la Corte di giustizia (in *Inspire Art*), nel trattare un caso assai simile a quello che ci occupa (società inglese con centro di attività principale nei Paesi Bassi), ha ritenuto incompatibile col diritto di stabilimento l'applicazione alla società straniera della *lex societatis* dello Stato nel quale essa aveva collocato la sola sede effettiva. Si trattava, tuttavia, di norme relative ad obblighi pubblicitari e al capitale sociale minimo, cioè di norme stabilite «per la *costituzione* di una società», come ha precisato la Corte⁵³ (come già anche in *Centros*), e non già di norme sul funzionamento della società⁵⁴.

gode nell'ordinamento giuridico dello Stato membro di costituzione e, eventualmente, le modalità di tale trasferimento sono determinate dalla normativa nazionale secondo la quale tale società è stata costituita. Essa ne ha concluso che uno Stato membro ha la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del suo ordinamento giuridico restrizioni al trasferimento della sede effettiva di quest'ultima al di fuori del suo territorio affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Stato membro». Va inoltre sottolineato che la stessa sentenza *Überseering* precisa che, «diversamente dalla sentenza *Daily Mail and General Trust*, cit., che riguarda i rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa essa è stata costituita [...], la causa principale si riferisce al riconoscimento da parte di uno Stato membro di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro» (punto 63).

⁵³ C. giust. *Inspire Art*, cit., punti 101, 105, 135 e 143.

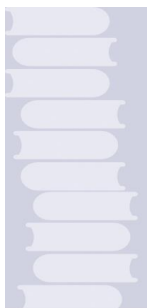
⁵⁴ Insomma, come osservato da certa dottrina (proprio in commento a *Centros* e *Inspire Art*), sono applicabili «alle società straniere anche costituite nell'UE le disposizioni del paese, diverso da quello di costituzione, ove esse sono stabilite che non incidono sulla struttura e sulla organizzazione degli enti come, ad esempio, quelle che disciplinano lo svolgimento dell'attività», cosicché le «disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni» sono «compatibili con il diritto dell'Unione in quanto per

Divergente dall'opinione qui espressa è anche quella di autorevole dottrina, secondo cui l'art. 25 sarebbe norma restrittiva della libertà di stabilimento nella parte in cui conduce all'applicazione della *lex societatis* italiana ad un ente di diritto straniero; come tale, il criterio di collegamento previsto dall'art. 25 dovrebbe operare soltanto in via eccezionale, cioè solo quando lo Stato italiano sia in grado di giustificare l'applicazione in relazione alla tutela di un interesse pubblicistico e sia in grado di dimostrare che la misura sia necessaria, proporzionata e non discriminatoria⁵⁵.

Questa diversa impostazione muove evidentemente dalla tesi, qui non condivisa, secondo cui la libertà di stabilimento avrebbe ad oggetto un vero e proprio diritto della società di scegliere una certa *lex societatis* e di essere poi assoggettata in via esclusiva alla stessa (salva, appunto, la possibilità per lo Stato membro di applicare eccezionalmente misure suscettibili di limitare tale diritto, al fine di tutelare interessi pubblicistici). Tesi, questa, che si basa su un'interpretazione ampia dei principi enunciati a partire dal caso *Centros*. Un'interpretazione troppo ampia di tali principi? L'auspicio è che la Corte di giustizia colga l'occasione per fare chiarezza sul punto.

l'appunto non interferiscono con gli aspetti "strutturali" dell'ente straniero, limitandosi a stabilire regole sull'attività d'impresa». Cfr. CRESPI, *La mobilità*, cit., p. 68, la quale però riferisce – troppo restrittivamente – la propria affermazione alle sole regole che riguardano l'esercizio dell'impresa, e non anche alle norme di diritto societario sul funzionamento della società. Nel contributo si citano, a titolo di esempio, le regole sulle «scritture contabili, quelle che stabiliscono la soggezione a controlli da parte di autorità amministrative o ad obblighi di natura fiscale, nonché le disposizioni che disciplinano in modo imperativo il rapporto di lavoro con i dipendenti e il relativo trattamento previdenziale o la sicurezza nei luoghi di lavoro».

⁵⁵ BENEDETTELLI, *cit.*, pp. 16 e 21. In senso analogo cfr. anche S. CRESPI, *La mobilità*, cit., p. 17 e 18 (ove il richiamo a D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004, p. 70 e ss.), la quale, pur non esprimendosi circa la compatibilità o meno dell'art. 25 con le norme sul diritto di stabilimento, osserva che l'applicazione del diritto italiano alle società straniere che abbiano localizzato nel nostro Paese la sede amministrativa o l'oggetto principale sarebbe consentita solamente «in ragione di particolari esigenze, nonché mediante norme imperative o di applicazione necessaria»; al contempo, riconosce come un simile approccio possa essere foriero di incertezze legate alla difficoltà di identificare le norme italiane di volta in volta applicabili al caso concreto. Sostengono, invece, un'implicita abrogazione dell'art. 25, comma 1, seconda parte, A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. impr.* 2006, p. 778, ove ulteriori richiami bibliografici.



L'intervento pubblico per contrastare la povertà tra teoria e prassi ()*

di **ALDO SANDULLI**

SOMMARIO: **1.** I LIMITI DELLA GLOBALIZZAZIONE ECONOMICA. - **2.** ALCUNI DATI SULLA POVERTÀ IN ITALIA. - **3.** LE BASI COSTITUZIONALI. - **4.** LA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SUL CONTRASTO ALLA POVERTÀ. - **5.** SUSSIDI E CONTROLLI AMMINISTRATIVI. - **6.** PIANIFICAZIONE E PROMOZIONE. - **7.** IL PILASTRO DELLA COMUNITÀ LOCALE.

Abstract

The essay aims to deepen the topic of public tools to overcome poverty, which is constantly growing following the economic and financial crises of recent years. The article starts from the Italian constitutional framework and the judgements of the Constitutional Court and then examines the public instruments introduced by the government to fight increasing poverty. In particular, the essay analyzes the legislative discipline of citizenship income, highlighting the critical issues of this tool, but also highlighting that, by eliminating this tool, there will be a need for effective active employment policies and alternative tools to keep growing poverty under control.

1. I limiti della globalizzazione economica. La globalizzazione economica ha prodotto alcune conseguenze positive, perché ha consentito ad alcuni Paesi poverissimi e sottosviluppati (in particolare, nell'estremo oriente) di elevare rapidamente il reddito medio *pro capite*. Tuttavia, alcuni fenomeni distorsivi che si sono accompagnati alla globalizzazione, hanno determinato anche gravi distorsioni.

Tra queste ultime ve n'è una che si è potuta sperimentare plasticamente nel corso della pandemia: quella del massiccio accumulo della ricchezza nelle mani di poteri privati¹.

Si è avviata l'analisi con questo riferimento periferico rispetto al tema di indagine perché il problema odierno è che, con lo spostamento del baricentro

* Relazione al Convegno su "La povertà e le sue declinazioni nell'economia globalizzata", organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche dell'Università di Pisa, dalla Fondazione Livorno e dalla Fondazione Caritas Livorno Onlus, in occasione della presentazione del libro di Claudio Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021 (Livorno, venerdì 4 novembre 2022).

¹ Ci si riferisce a poche aziende globalizzate, nei settori delle *Big Tech*, delle *Big Pharma*, delle grandi banche internazionali, dei fondi di investimento, delle società di revisione (le cd. *Big Four*), che hanno bilanci spesso molto superiori a quelli degli Stati nazionali.

verso gli aspetti finanziari e degli affari dell'alta finanza speculativa, si è determinato un processo di finanziarizzazione nella valutazione degli interessi e delle funzioni, anche pubbliche, per cui si guarda agli obiettivi finalistici attraverso il prisma distorto dei riflessi sulla finanza pubblica e delle conseguenze sui mercati.

I poteri pubblici sovranazionali e nazionali hanno così perso una parte della capacità decisionale, essendo essa condizionata all'approvazione dei mercati e dei poteri privati. Le ricadute finanziarie sulle politiche pubbliche del *welfare* sono evidenti: si pensi ai tagli che, per vent'anni, sono stati prodotti sui diritti finanziariamente condizionati, come la sanità, l'istruzione, l'assistenza sociale, e così via. Ma, d'altra parte, anche la titubanza euro-unitaria nell'affrontare il drammatico tema del cambiamento climatico va letta pure in questa chiave.

Ciò introduce un ulteriore elemento di analisi nell'esaminare l'intervento pubblico di contrasto alla povertà, nel senso che vi sono una serie di limiti esterni, esogeni, che devono essere presi in considerazione e che condizionano l'intervento degli Stati. Tra questi limiti esterni il più rilevante è senz'altro il condizionamento dei mercati internazionali e il dominio di poteri privati globali.

Si produce, da un lato, un restringimento delle misure di contrasto alla povertà che i poteri pubblici possono mettere in campo e, dall'altro, la crescita delle diseguaglianze, con l'accumulo di ricchezze sempre più consistenti in una piccolissima percentuale di popolazione e il conseguente impoverimento della fascia con redditi medi e bassi.

2. Alcuni dati sulla povertà in Italia. Nel Rapporto Caritas 2022 queste tendenze trovano plastica conferma. I poveri assoluti in Italia sono circa il 10% (sei milioni di persone) e tale percentuale cresce tra i giovani, a dimostrazione che, per le generazioni future l'orizzonte si fa sempre più scuro. L'ascensore sociale non funziona ormai da tempo, non soltanto nel nostro Paese, e questo emerge molto bene nel Rapporto: gli *sticky grounds and sticky ceilings* non

consentono neppure ai capaci e meritevoli di elevarsi e di poter aspirare ad abbandonare lo stato di povertà².

La perdita della speranza di elevazione per i giovani è il dato più preoccupante, perché è alla base di una serie di ulteriori dati gravissimi, come il 25% di NEET [*Not (engaged) in Education, Employment or Training*], cioè di ragazzi tra i 15 e i 29 che non studiano, non lavorano e cercano neppure lavoro. C'è poi il fenomeno dei *working poors*, il cui simbolo è costituito dai *riders*, con multinazionali (poteri privati) dall'altra parte della barricata.

La crisi pandemica e la crisi bellica ed energetica hanno ulteriormente drasticamente accentuato la situazione di disagio e di povertà, con più del 25% della popolazione in condizioni di povertà relativa ossia intorno a quindici milioni di persone, un numero veramente impressionante. Stiamo parlando anche delle persone della porta accanto, di famiglie che, fino a poco tempo fa, appartenevano alla medio-piccola borghesia. Tra gli Stati membri dell'Unione, l'Italia è il sesto Paese tra quelli a maggior rischio di povertà.

Tutto ciò richiede che siano messe in campo, a livello europeo e nazionale, un intervento pubblico di grande impatto, adeguato alla gravità dei tempi che stiamo vivendo. Ma il prioritario problema europeo, che tracima nelle politiche nazionali, è sempre stato ed è tuttora quello della tenuta finanziaria e della crescita economica. E questo nonostante che i Trattati europei contemplino la solidarietà e la coesione tra i principi fondanti dell'Unione (e che il NGEU abbia aperto una breccia nella direzione dell'alimentazione delle politiche di coesione; breccia che parrebbe essersi ristretta a seguito delle divisioni seguite alla crisi energetica).

Insomma, alla base del tema oggetto di analisi, vi è una risposta da dare alla decisiva domanda: che tipo di società vogliamo lasciare alle generazioni future?

² Per un'interessante analisi di dati sulla povertà, aggiornata al 2020, si v. V. Cerulli Irelli, A. Giurickovic Dato, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 189 ss.

3. Le basi costituzionali. Sul piano costituzionale, in termini di enunciazione di principi, non vi sono dubbi su quale sia il ruolo dei poteri pubblici. I legami stretti tra gli artt. 2, 3, 4, 32, 33, 37, 38 della Costituzione indicano la strada che conduce al pieno sviluppo della persona per il tramite dell'eguaglianza sostanziale³.

Qual è, quindi, il patto tra cittadini nella Costituzione? Qual è il progetto di trasformazione della società che rinveniamo in essa? Sono la solidarietà, la pari dignità sociale, l'eguaglianza sostanziale i principi base, ai quali si accompagnano le declinazioni dei diritti sociali, nei quali si fa riferimento, di volta in volta, agli indigenti (per le cure gratuite), ai privi di mezzi (per l'istruzione superiore e per l'assistenza), agli inabili al lavoro (sempre per l'assistenza).

Quello tracciato dalla Costituzione, peraltro, è l'esito di un percorso bicentenario⁴.

È ben noto, difatti, che gli Stati nazionali sono stati coinvolti attivamente nelle dinamiche sociali soltanto un paio di secoli fa, a seguito del processo di secolarizzazione.

L'Italia, peraltro, ha operato in tale direzione più tardi, nell'ultimo quarto dell'Ottocento, mentre, in altri paesi europei, primi tra tutti il Regno Unito e la Germania, la legislazione sociale era stata sviluppata precedentemente.

Soprattutto a seguito delle spinte all'eguaglianza sociale provenienti dal basso, sotto i governi di Crispi e Giolitti, sono stati improntati interventi fondamentali nei settori dell'assistenza, dell'istruzione, del lavoro, alla protezione sociale.

Anche nel ventennio fascista furono messi in campo importanti interventi volti a contrastare la povertà, pur se gestiti dal Partito Nazionale Fascista fattosi

³ Circa le origini e l'evoluzione storica che ha condotto all'attuale assetto costituzionale e circa il fondamentale contributo della Corte costituzionale, si v. i capitoli 2 e 3 del bel libro di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, il quale spiega molto bene anche come vi siano una pluralità di declinazioni della povertà (alimentare, abitativa, educativa, sanitaria, digitale, energetica, ecc.). Si v. anche V. Cerulli Irelli, A. Giurickovic Dato, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, cit., 202 ss.

⁴ Sul percorso storico sia consentito rinviare anche ad A. Sandulli, *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 753 ss.

Stato: si pensi all'edilizia popolare, ma anche alle pensioni di vecchiaia, alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro, agli assegni familiari, e così via.

È la Costituzione repubblicana, ancor oggi, la nostra base giuridica per l'intervento pubblico per il contrasto alla povertà.

Se si passa, tuttavia, dai principi alle azioni che i pubblici poteri devono porre in campo per attuarli, la situazione diviene più complessa. Poiché la Costituzione, ovviamente, non indica anche i modi per perseguire i principi, occorre poi valutare le scelte effettuate dai vertici politici per capire se esse vadano nella direzione tracciata dalla Carta costituzionale. Come è stato rilevato, si tratta di un vaglio di compatibilità e non di conformità alla Costituzione⁵.

Il punto di maggior frizione sul piano interpretativo è costituito dall'art. 38 della Costituzione⁶, poiché, come è noto, vi è chi sostiene che l'assistenza sia dovuta esclusivamente agli inabili al lavoro, mentre vi sono interpretazioni meno strette, per cui l'art. 38 andrebbe inteso nel suo complesso e in coordinamento con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, con la conseguenza, sposata talvolta anche dalla Corte costituzionale, per la quale l'assistenza sociale è il diritto «alla rimozione di situazioni di svantaggio o di bisogno, per la promozione del benessere fisico e psichico della persona» (sentenza n. 287 del 2004)⁷. Peraltro, la stessa Corte costituzionale è ondivaga nel propendere verso la direzione mutualistico-assicurativa ovvero quella solidaristica, con la conseguenza per la quale al legislatore è lasciata ampia discrezionalità nell'identificare i modi di attuazione dell'art. 38 della Costituzione.

Si collega a questo discorso il tema della condizionalità finanziaria del soddisfacimento dei diritti sociali, su cui anche vi è un acceso dibattito da più di mezzo secolo. Nel 1990, ad esempio, la Corte costituzionale ha sostenuto

⁵ Su questo punto e sul percorso argomentativo sviluppato in questo paragrafo, si v. l'importante contributo di M. Cinelli, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giurisprudenza costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 2019, 1 ss.

⁶ Per le due opposte tesi, si v., tra gli altri, M. Persiani, *Articolo 38*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Art. 35-40*, I, Bologna Roma, Zanichelli Foro italiano, 1979, 240 ss., e R. Pessi, *La tutela previdenziale ed assistenziale nella Costituzione. Sostenibilità economica e sostenibilità sociale*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 2019, 50 ss.

⁷ Su questi profili si v., in particolare, C. Pinelli, *I dilemmi della povertà*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 283 ss.

compatibile con la Costituzione che la «tutela, costituzionalmente obbligatoria, di un bene (...) avvenga gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale o obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione; bilanciamento che è pur sempre soggetto al sindacato di questa Corte nelle forme e nei modi propri dell'uso della discrezionalità legislativa». La Corte ha ulteriormente precisato che ogni diritto a prestazioni positive deve intendersi «basato su norme costituzionali di carattere programmatico»; sicché, «è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà (...), tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento».

Di qui si è sviluppato il tema del condizionamento finanziario nella soddisfazione dei diritti sociali⁸. Tale condizionamento è vicenda tarda, che è frutto, da un lato, dell'accumulo del debito pubblico e, dall'altro, dell'interrelazione finanziaria a seguito dello sviluppo globale dei mercati. Al proposito, è stato molto bene messo in evidenza come anche i diritti di libertà richiedano una spesa pubblica per essere adeguatamente assolti.

Su questo dibattito, poi, vi sono ulteriori pesi che vanno considerati. Quanto incide, ad esempio, il fatto che le attuali generazioni godono del massimo livello di protezione sociale, mentre è probabile che non sarà così per le generazioni future? Quanto deve essere tenuta in conto la cd. solidarietà intergenerazionale⁹?

Quanto pesa, anche rispetto ai passati orientamenti della Corte costituzionale, la necessaria garanzia dell'equilibrio di bilancio ormai costituzionalizzata nell'art. 81 della Costituzione (e ribadita anche in avvio dell'art. 97)¹⁰, con la conseguente esigenza di contenimento del debito pubblico?

⁸ F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990, 30.

⁹ G. Ludovico, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Dir. relaz. industr.*, 2019, 28 ss.

¹⁰ Sull'art. 81 Cost., si v., tra gli altri, F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 349 ss.

Certo, completamente diverso è il discorso tra l'intervenire sulla spesa pensionistica (in particolare, sul taglio delle pensioni più elevate) e sul contrasto alla povertà.

Vi sono una serie di ulteriori variabili di contesto che intervengono e devono essere considerate. Va ricordato, ad esempio, che, tra i compiti della Repubblica, vi è quello di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro, per cui, nel momento in cui si va a considerare la platea degli «inabili al lavoro», di cui all'art. 38 della Costituzione, va necessariamente monitorata la presenza di adeguate ed efficaci politiche attive sul lavoro. In presenza di esse, infatti, potrebbe essere anche ragionevole applicare in senso più stretto la formulazione dell'art. 38 della Costituzione, ma in assenza di esse alla categoria degli inabili può essere ragionevole dare un'estensione ampia.

4. La recente giurisprudenza costituzionale sul contrasto alla povertà. La Corte costituzionale è stata più volte molto chiara nel tutelare il nucleo incompressibile dei diritti sociali, quella protezione minima essenziale che deve essere garantita a tutti e che non può essere pretermessa sulla base dei dati finanziari e dei tagli alla spesa pubblica¹¹. La discrezionalità del legislatore viene meno, pertanto, in ordine a questo nocciolo duro, alla «garanzia delle esigenze minime di protezione della persona» (sentenza n. 180/2001).

Questo elemento è emerso in più occasioni nella giurisprudenza della Corte ed è stato ribadito anche in recentissime pronunce. Le più significative sono senz'altro le sentenze gemelle sulla legittimità del reddito di cittadinanza e del reddito di inclusione (le sentenze n. 19 e 32 del 2022).

Già nella sentenza n. 137 del 2021 la Corte costituzionale aveva affermato che «È compito della Repubblica, in attuazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3 e 38, primo comma, Cost., garantire, apprestando le necessarie misure, il diritto di ogni individuo alla “sopravvivenza dignitosa” e al “minimo vitale”».

¹¹ Questo profilo è sottolineato in più punti da C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit.

Dunque, l'intervento di contrasto alla povertà è, ai sensi del patto sociale inscritto nella Costituzione, un intervento necessitato e imperativo, che rinviene la sua base nel principio fondante della dignità della persona. Mettere chiunque nelle condizioni di formare una personalità, di acquisire conoscenze e uno spirito critico, di contribuire al benessere sociale con il proprio lavoro, di godere in tarda età il frutto delle opere svolte costituisce la ragione prioritaria dello stare insieme, in un'ottica solidaristica.

Peraltro, anche se si dovesse guarda al tema da un'angolazione individuale ed egoistica, comunque a quel risultato si dovrebbe giungere, perché la ricchezza delle nazioni e degli individui è fondata sulla conoscenza e sulla qualità dei suoi lavoratori, per cui l'elevazione dell'istruzione, la specializzazione professionale e la speranza data dall'ascensore sociale rappresentano delle promesse di crescita economica e di ricchezza sociale.

La sentenza n. 19/2022 esprime almeno ulteriori due concetti importanti.

Da un lato, ricorda che i temi della dignità, della solidarietà, dell'inclusione sociale, che implicano l'intervento necessitato dello Stato, non sono presenti soltanto nella nostra Carta costituzionale, ma anche in riferimenti internazionali ed europei. Ad esempio, non si può discriminare uno straniero rispetto a un cittadino italiano nel garantire una misura di sostentamento. Dice la Corte: «Ove si versi in tema di provvidenza destinata a far fronte al "sostentamento" della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 CEDU».

Certo, questo la Corte lo sostiene per giustificare la legittimità delle misure adottate dai precedenti governi con il reddito di inclusione e con il reddito di cittadinanza. Si tratta, infatti, di misure la cui erogazione è legata a condizionalità, tra cui la residenza nel territorio nazionale da almeno dieci anni. Ciò ha portato a escludere dal novero dei percettori una larga fetta (pare, intorno al 50%) dei poveri assoluti presenti nel nostro Paese¹². E proprio sulla sproporzione

¹² Su questi profili, D. Loprieno, *Riflessioni sul reddito di cittadinanza e gli stranieri alla luce della sent. n. 19 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2022, 252 ss.

temporale una nuova questione di legittimità è stata sottoposta alla Corte costituzionale.

Quest'ultima ha comunque dichiarato legittime tali misure sussidiarie, in virtù della finalità anfibia delle stesse: «Il reddito di cittadinanza, pur presentando anche tratti propri di una misura di contrasto alla povertà, non si risolve in una provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale».

Ci sarebbe molto da ragionare sul secondo scopo, cioè quello di incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, che, palesemente, non ha dato i risultati sperati dal legislatore. Ma l'efficace promozione dell'occupazione è sempre stato l'anello debole nella storia italiana dei diritti sociali. Su questo occorre glissare, perché non rappresenta l'oggetto principale dell'incontro odierno.

Il fatto che circa il 40% degli individui in età da lavoro al di sotto dei 29 anni percepisca il reddito di cittadinanza è certamente un forte campanello d'allarme sociale, ma anche economico, per il Paese.

Ma, d'altra parte, la povertà assoluta è inversamente proporzionale all'età, per cui il paradosso è che le fasce più deboli della società sono proprio quelle più giovani (questo dato emerge in modo inequivocabile dal recente rapporto di Save the Children di fine 2021).

E c'è anche da aggiungere che, in tempi emergenziali come i nostri, occorrono misure idonee a tamponare e a fungere da frangiflutti¹³.

¹³ S. Giubboni, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".It, n. 401/2019, 23, ha qualificato il RdC il primo generale strumento di contrasto alla povertà adottato ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost. Si v., inoltre, l'articolata ricostruzione di V. Casamassima, *Reddito di "cittadinanza" e politiche di contrasto alla povertà. Riflessioni alla luce dei più recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 2020, 418 ss. In precedenza, si v. anche i contributi di F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano, 2004; C. Tripodina, *Il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli Torino, 2013; A. Alaimo, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *Riv. dir. sicur. soc.*, 2017, 428 ss.; F. Ravelli, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; V. Casamassima, E. Vivaldi, *Ius existientiae e politiche di contrasto alla povertà*, in *Quad. cost.*, 2018, 115 ss.; A.I. Arena, *Reddito: di inclusione, di cittadinanza, come diritto? (Profili costituzionali)*, in *Costituzionalismo*, 2018, 31 ss.

5. Sussidi e controlli amministrativi. Gli interventi dello Stato degli ultimi anni (ancora una volta, il reddito di inclusione e il reddito di cittadinanza sono gli esempi più emblematici) hanno rivestito la natura assistenziale e sussidiaria¹⁴, giungendo *ex post* a cercare di porre rimedio allo squilibrio prodotto dalle divaricazioni sociali e dalla carente redistribuzione della ricchezza. Oltretutto, i percettori sono stati per lo più giovani, così disincentivati dal cercare lavoro e dall'accettare le soluzioni lavorative proposte.

Il governo, come è noto, è recentemente intervenuto, in sede di legge di bilancio, sui profili di maggiore criticità dell'istituto. La legge 29 dicembre 2022, n. 197, ha introdotto modifiche alla disciplina del reddito di cittadinanza, applicabili nell'anno 2023, in previsione della soppressione di tale istituto e della pensione di cittadinanza dal 2024, con l'intento di riformare le misure di sostegno alla povertà e di inclusione attiva. La legge ha inoltre istituito un Fondo per il sostegno alla povertà e all'inclusione attiva, nel quale sono confluite parte delle economie derivanti dalla soppressione dell'istituto del reddito e della pensione di cittadinanza e dell'azzeramento della relativa autorizzazione di spesa.

In attesa di poter valutare le conseguenze di tale riforma, ci si può qui soffermare sulle maggiori criticità che hanno riguardato il reddito di cittadinanza.

Innanzitutto, vi è una questione di sistema, nel senso che, come detto in precedenza, avrebbero dovuto essere sviluppare adeguate politiche attive del lavoro e idonee politiche di alta formazione professionale e di riqualificazione in grado di far fronte sia alla disoccupazione giovanile sia alla disoccupazione di ritorno. Allo stesso modo, avrebbero dovuto essere adottati efficaci interventi pubblici di inclusione sociale.

¹⁴ Sul reddito di cittadinanza (e, prima, sul reddito di inclusione) è stato scritto molto. Oltre al citato volume di Claudio Franchini, che esamina in profondità la disciplina, si v. anche, tra i molti, P. Tullini, *Opinioni a confronto sul reddito di cittadinanza. Un dialogo aperto*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 2018, 687 ss.; C. Del Bò, *Il reddito di cittadinanza: uno sguardo diacronico sul dibattito e qualche considerazione sulla giustificabilità morale*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 2018, 711 ss.; F. Polacchini, *Principi costituzionali e reddito minimo di cittadinanza*, in *Federalismi*, 2019, n. 5, 1 ss.; M. D'Onghia, *Il Reddito di cittadinanza un anno dopo: eppur si muove ma con troppe funzioni e a doppia velocità*, in *Labor*, 2020, n. 1, 27 ss.

Lo strumento emergenziale del reddito di cittadinanza non avrebbe dovuto essere lasciato isolato, ma avrebbe dovuto essere circondato e accompagnato da idonee misure di sistema¹⁵.

Oltre alla scarsa efficienza dei Centri per l'impiego (ennesima struttura organizzativa che, nel nostro ordinamento, produce costi senza garantire apprezzabili risultati), le carenze nei controlli amministrativi hanno rappresentato senz'altro la disfunzione principale relativa al reddito di cittadinanza. Sono mancate le risorse per operare i controlli estesi e capillari che sarebbero necessari, per cui quotidianamente si sono registrati casi di frodi, cioè di percettori che hanno presentato una falsa dichiarazione.

Una catena dei controlli funzionante è necessaria per evitare le frodi, ma soprattutto per dare fiducia alla collettività che siano ben impiegate le risorse pubbliche recuperate tramite la leva tributaria. Il rinforzo dei controlli, pertanto, è necessario sotto svariati versanti, non ultimo anche al fine di contrastare il lavoro in nero.

Problema connesso, ma anche più generale, ha riguardato l'ISEE (l'Indicatore della Situazione Economica Equivalente)¹⁶. Come è noto, la disciplina di determinazione dell'ISEE è mutata più volte e ora è regolata dal d.P.C.M. n. 159/2013. L'ISEE è la somma dell'indicatore reddituale e del 20% dell'indicatore patrimoniale (immobiliare e mobiliare) ed è calcolato in relazione al nucleo familiare di appartenenza. L'ISEE è autocertificato attraverso la dichiarazione unica sostitutiva (DSU), per cui fondamentali si rivelano i controlli sulla veridicità delle dichiarazioni.

Insomma, l'ISEE è l'indicatore da cui dipende l'erogazione di una serie di misure di riequilibrio sociale, ma, se i controlli sono inefficienti o fallaci, esso può divenire strumento di distorsioni e di frodi. Da questo punto di vista, un passo importante in avanti potrebbe essere prodotto dalla digitalizzazione

¹⁵ Anche su questi profili si v. il capitolo IV del libro di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 165 ss.

¹⁶ Sui problemi giuridici legati all'ISEE e ai meccanismi di accesso ai benefici pubblici si sono succedute diverse normative, ma sono ancora attuali i rilievi argomentativi formulati nell'approfondito volume di H. Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

dell'amministrazione pubblica e dall'interoperabilità dei dati, perché questi strumenti dovrebbero facilitare i controlli e consentire praticamente in tempo reale di valutare la veridicità delle dichiarazioni.

È stato inoltre evidenziato che, ancora oggi, i modi di determinazione dell'ISEE sono carenti, essendovi dati occultati o male utilizzati, per cui si rischiano di creare ulteriori diseguaglianze attraverso gli strumenti volti ad assicurare l'eguaglianza.

Infine, vi è il tema della soglia reddituale da non superare per la percezione dei benefici e sussidi. Sicché, per coloro che sono sul crinale della soglia, vi è il rischio che si sia incentivati a non lavorare, a lavorare di meno, a lavorare in nero.

Insomma, lo strumento sussidiario andrebbe circondato di idonee politiche attive e di misure volte a limitare gli effetti distorsivi.

6. Pianificazione e promozione. Sin qui ci si è fermati sull'intervento pubblico sussidiario.

Tuttavia, occorre essere chiari nel dire che queste misure, isolatamente, non possono consentire di risolvere il problema. Il reddito di cittadinanza non ha sconfitto la povertà, come era stato prematuramente annunciato. Gli interventi sussidiari possono consentire di contenere gli effetti immediati della povertà assoluta e relativa e della vulnerabilità, ma non di affrontare organicamente il fenomeno: semmai ciò si può conseguire con l'intervento dello Stato pianificato e organizzato, attraverso una serie di misure organiche di sistema e meccanismi di prevenzione¹⁷.

I pubblici poteri devono essenzialmente pianificare e promuovere¹⁸: studiare e percepire in profondità il problema; elaborare un coordinato programma di azione di medio-lungo periodo, mirante alla rimozione degli ostacoli allo sviluppo della personalità; promuovere l'intervento dei privati, nell'ottica della sussidiarietà orizzontale; assicurare la flessibilità di azione

¹⁷ Sull'esigenza di prevenzione accanto a quella della cura, si v., in particolare, B.G. Mattarella, *La tutela contro la povertà in Italia*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, 273 ss.

¹⁸ Su questo punto è molto efficace il capitolo IV del libro di C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit., 165 ss.

necessaria per consentire ai privati di rinvenire le soluzioni più adatte allo specifico e situato contesto; adottare misure sussidiarie, che si accompagnino agli interventi anzidetti.

Allo Stato, dunque, dovrebbe spettare quel ruolo che, nel basket, spetta al pivot e, nel calcio, al regista di centrocampo. Ossia, il compito di organizzare, strutturare, coordinare, sollecitare, promuovere, che, in verità, costituisce uno dei punti più deboli dell'apparato amministrativo dell'ultimo mezzo secolo. Quell'attività di *project management* che manca all'amministrazione italiana praticamente in tutti i settori.

Si è ritornati, di recente, con il PNRR, a parlare di pianificazione economica¹⁹ e allora è forse giunto il momento di pensare a una pianificazione sociale, intesa, come si è detto, nel senso dello studio del problema e del coordinamento delle forze in campo. Lasciando però ai privati il compito di scegliere le misure più appropriate per assistere il territorio e contrastare la povertà in quella specifica area, sulla base delle caratteristiche proprie del fenomeno.

7. Il pilastro della comunità locale. Il vincolo finanziario per il contrasto alla povertà esiste o non esiste? La Corte costituzionale, si è detto, ritiene che le misure vadano valutate caso per caso, ma che il bilanciamento degli interessi debba prescindere dalla disponibilità delle risorse economiche quando si tratta di incidere sul nocciolo duro dei diritti sociali della persona.

E, quindi, in tutti i casi in cui la povertà, come condizione permanente della vita, impedisce di poter aspirare alle opportunità di elevazione, non consentendo lo sviluppo della personalità a livello individuale e nelle formazioni sociali, lo Stato deve creare debito ovvero recuperare le risorse in modo da poter fronteggiare la situazione di bisogno.

¹⁹ Sia consentito, per tutti, il rinvio ad A. Sandulli, *Economic Planning and Administrative Transformations in the NGEU and PNRR: a Paradigm Shift*, in *Italian Journal of Public Law*, 2022, 3 ss.

Il problema è che, in concreto, non funziona in questo modo, perché gli Stati sono comunque soggetti alla valutazione delle istituzioni sovranazionali e al giudizio dei mercati. Si guardi al recente esempio della Gran Bretagna: il Primo Ministro di quello che un tempo era l'impero più potente al mondo è stato sfiduciato e mandato a casa dai mercati finanziari nell'arco di poche ore.

Ciò significa che occorre guardare oltre l'orientamento della Corte costituzionale. Per un mutamento effettivo, è necessario che sia universalmente chiaro il cambio di paradigma rispetto agli ultimi decenni. Ciò che occorre abbandonare è la fiducia cieca nel mercato che ha prodotto conseguenze nefaste nelle nostre società. Da questo punto di vista, il ritorno all'intervento pubblico nei vari settori è la premessa necessaria per l'auspicato cambio di paradigma. Ma, come si è detto, coinvolgendo il privato e, si precisa, il privato che non abbia fine di lucro, ma che operi a fini sociali.

Nel 2019 è stato pubblicato *Il terzo pilastro* di Raghuram Rajan²⁰, un economista indiano ed ex governatore della Reserve Bank of India. In questo libro, Rajan mette in rilievo come si sia assistito, nel corso dell'ultimo mezzo secolo, a una sempre più accentuata emarginazione e limitazione del ruolo delle comunità, al fine di espandere il mercato, per il tramite di privatizzazioni, liberalizzazioni, nonché della rivoluzione tecnologica. Tutto ciò ha prodotto diffuse diseguaglianze economiche, con pochi ricchi che continuano ad accumulare ricchezze sempre più ingenti e la crescita delle percentuali di povertà relativa e assoluta anche in società come la nostra che sono comunque tra le più benestanti al mondo.

È assolutamente urgente, pertanto, l'intervento del pilastro dei poteri pubblici. Per quanto riguarda il nostro Paese, sin qui, le generazioni più anziane hanno supplito, nei nuclei familiari, consentendo alle generazioni successive e, in particolare, ai più giovani, di sopportare la crisi. Ma certamente il futuro è ad altissimo rischio. Le diseguaglianze poggiano, come si è accennato, nella struttura del processo economico, da cui dipendono le cause della povertà e della

²⁰ R. Rajan, *The Third Pillar. How Markets and the State Leave the Community Behind*, Penguin Books, 2019 (trad. it., *Il terzo pilastro*, Milano, Bocconi University Press, 2020).

ricchezza. Quale società stiamo edificando seguendo l'ottica neoliberista? Il rischio è quello di finire come in Brasile, con i pochi ricchi che vivono prigionieri delle loro zone recintate, con le guardie del corpo che proteggono loro e le loro famiglie, circondati dalle favelas. Sarebbe un futuro da incubo. Su questi temi, tuttavia, l'intervento pubblico di un solo Stato non può essere risolutivo, perché occorre incidere prima di tutto sulle regole delle organizzazioni internazionali, dell'ordinamento sovranazionale e, soltanto a quel punto, sulla normativa nazionale. Lo abbiamo visto, d'altra parte, con la recente crisi energetica: la speculazione finanziaria e le grandi compagnie multinazionali nel settore energetico hanno speculato e lucrato senza ostacoli. Soltanto l'intervento coordinato di molti Stati può contrapporsi agli appetiti del mercato e dei poteri privati. E invece si sta pericolosamente affermando il populismo nazionalista, che, paradossalmente, favorisce la speculazione finanziaria globale, isolando uno Stato dagli altri Stati nel contrasto all'attuale sistema economico-finanziario.

Altrettanto fondamentale, però, è il contributo del terzo pilastro ovvero delle comunità. L'inclusione sociale deve partire dal basso, dal livello locale, ed essere veicolata dalle comunità: la catena deve partire dalle comunità locali e deve assicurare il collegamento, tramite le amministrazioni locali e regionali, con lo Stato.

Un aspetto ulteriormente importante è che tutti e tre i pilastri devono essere presenti.

L'intervento pubblico per il contrasto alla povertà è fondamentale, ma gli strumenti devono essere plurimi e congiunti. Da un lato, la promozione delle attività di contrasto, anche attraverso interventi correttivi del sistema; ma, dall'altro, al contempo, anche il sostegno al reddito e alle opportunità.

Devono esserci, però, anche gli altri due pilastri.

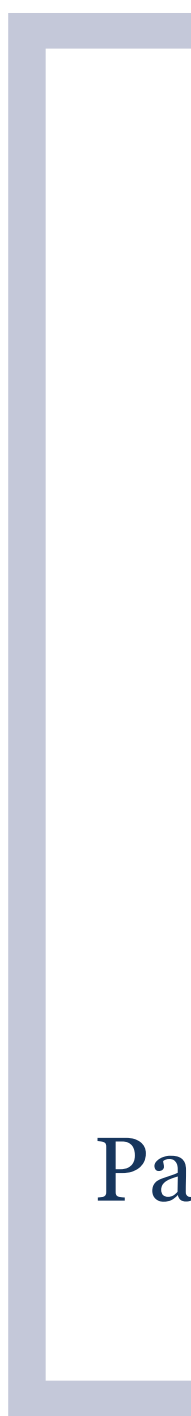
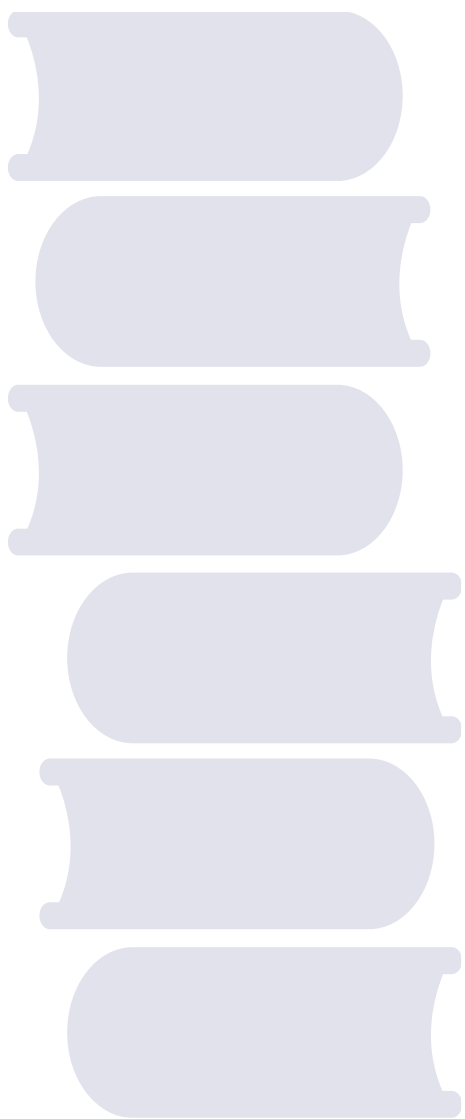
Innanzitutto, si deve favorire e promuovere l'intervento delle comunità locali e delle organizzazioni private senza fini di lucro.

Ma anche, in secondo luogo, fare il possibile per un miglior funzionamento del mercato, nel tentativo di arginare l'economia parassitaria e la finanza speculativa.

Senza un approccio glocal, l'intervento pubblico da solo non può condurre a risultati positivi. L'opera dei poteri pubblici nazionali è certamente opportuna e necessaria, ma non è sufficiente.

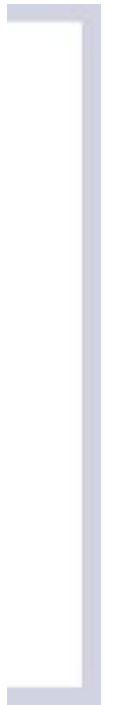
Può essere emblematico concludere con il richiamo alla parabola di Sant'Agostino e del Bambino: ritenere di sconfiggere la povertà con le sole forze dello Stato sussidiario equivale a pensare di riuscire a travasare il mare in una buca.

Occorre una trinità di forze convergenti e l'intervento pubblico, pur essendo in posizione centrale, va considerata soltanto una tra queste.



Parte seconda

Note a sentenza degli studenti





Nota a sentenza Cass. pen., Sez. II, 07/07/2022, n. 27023

di DAVIDE SCHETTINI

1. Massima. La Corte di Cassazione sezione penale, analizzando il caso in questione in sede di ricorso avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale Libertà Milano, conferma la misura cautelare, affermando che la compravendita di criptovalute può integrare gli estremi del riciclaggio o autoriciclaggio se ostacola la provenienza delittuosa del denaro.

I giudici di legittimità hanno inoltre evidenziato il pericolo correlato alla detenzione e all'impiego di criptovalute, in particolare sostenendo che l'anonimato delle criptovalute favorisce l'autoriciclaggio.

2. Il caso. L'imputato aveva creato un sito internet di aste immobiliari in cui organizzava incanti su un falso sito del tribunale, firmandosi come avvocato.

La vittima della truffa è una donna, la quale versa una caparra confirmatoria di ventisette mila euro per un ipotetico appartamento. Tre giorni dopo, il presunto truffatore la richiama per comunicarle che si è aggiudicata l'appartamento poiché tutte le altre offerte pervenute erano state escluse per vizi formali e che per completare la pratica avrebbe dovuto versare in giornata altri quaranta mila euro per "spese per prenotazione rogito notarile".

La donna, insospettata, effettua delle verifiche e si rende subito conto di essere vittima di un raggio, e decide così di presentare una denuncia. Qui partono le indagini della guardia di finanza che accertano l'inesistenza dell'appartamento e la falsa identità dell'avvocato, nel senso che il truffatore si è appropriato dell'identità di un legale di Genova realmente esistente e del tutto estraneo alla vicenda.

Il truffatore, nel frattempo, converte il denaro che aveva ricavato dalla truffa tramite un Exchange in bitcoin, qui scatta la contestazione da parte della Corte che afferma che i bitcoin, e le monete virtuali più in generale, rientrerebbero nel novero degli strumenti finanziari (a carattere speculativo) idonei a integrare il reato di autoriciclaggio.

3. Prodotti finanziari e strumenti finanziari. Preliminarmente, affinché si possa capire l'indirizzo della giurisprudenza, è bene andare a rivedere alcune nozioni di diritto finanziario e ripercorrere i precedenti orientamenti della Corte.

I prodotti finanziari sono una categoria più ampia definita dal Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria che ricomprende al suo interno anche quella degli strumenti finanziari.

I prodotti finanziari trovano una definizione positiva nel TUF, e vengono definiti *come gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari.*¹

Dunque, nei prodotti finanziari sono compresi anche i mezzi di pagamento, che però non sono considerati strumenti finanziari, mentre vengono espressamente esclusi i depositi bancari o postali.

La nozione di prodotti finanziari, nella parte in cui definisce *“e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”*, permette di allargare il perimetro ad altre forme di trasferimento monetario funzionali al conseguimento di un rendimento come quelli delle cc.dd. *cripto-attività.*²

¹ Art. 1, co. 1, lett. U, TUF

²In dottrina, sulla nozione di prodotto finanziario come categoria aperta, cfr. Perrone, *Il diritto del mercato dei capitali*. Giuffrè Editore. 2016; R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2016, 8 ss.; F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2020, 91 ss.

Ed infatti, nel caso di specie, parlando di criptovalute³, in particolare di bitcoin⁴, la Corte di Cassazione con due diverse sentenze, una del 2020⁵, ed una del 2021⁶, qualifica bitcoin come prodotto finanziario.

L'orientamento degli "ermellini" sembra essere condiviso anche da gran parte della dottrina⁷.

Diversamente, gli strumenti finanziari identificati dall'art. 1, co. 2, TUF mediante il rinvio all'Allegato I, sez. C, TUF, che, a sua volta, riproduce l'Allegato I sez. C, MiFID II, sono una categoria chiusa e ben delineata⁸.

Con la sentenza in esame, la Cassazione afferma: *La moneta virtuale, secondo la condivisibile prospettazione del tribunale, basata su pertinenti richiami legislativi, giurisprudenziali e dottrinari, non può essere esclusa dall'ambito degli strumenti finanziari e speculativi ai fini di una corretta lettura dell'art. 648 ter.1 cod. pen.*

³ Una criptovaluta è una valuta virtuale che, secondo la definizione di Banca d'Italia, costituisce una rappresentazione digitale di valore ed è utilizzata come mezzo di scambio o detenuta a scopo di investimento. Le criptovalute possono essere trasferite, conservate o negoziate elettronicamente. Alcuni esempi tipici sono il Bitcoin, Litecoin, Ripple, Ethereum, Cardano, Tron.

⁴ Per un approfondimento sulle caratteristiche del bitcoin si veda: S. Nakamoto, *Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system*, 2008.

È importante stabilire subito una questione definitoria, per convenzione se il termine Bitcoin è utilizzato con l'iniziale maiuscola si riferisce alla tecnologia e alla rete, mentre se minuscola (bitcoin) si riferisce alla valuta in sé.

⁵ Cass. pen., Sez. II, 17/09/2020, n. 26807

⁶ Cass. pen., Sez. II, 10/11/2021, n. 44337 nella cui motivazione si legge: "allo stato attuale, può ritenersi il bitcoin un prodotto finanziario qualora acquistato con finalità d'investimento".

⁷ In dottrina, cfr. Capaccioli, S. "Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica." Giuffrè Editore, 2015., 118 ss.; Gasparri, Giorgio. "Timidi tentativi giuridici di messa fuoco del bitcoin: miraggio monetario crittoanarchico o soluzione tecnologica in cerca di un problema?". *Diritto dell'informazione e dell'informatica* 31.3 (2015): 415-442; Cerrato, S., Morone, R. M., & Dal Checco, P. "Criptoattività, criptovalute e bitcoin" Giuffrè Editore, 2021;

⁸ L'elenco comprende (1) *gli strumenti di debito, anche nelle forme degli «strumenti del mercato monetario» (buoni del tesoro, certificati di deposito e carte commerciali: art. 1, co. 1-ter, TUF), nonché qualsiasi titolo che permette di acquistare o vendere tali strumenti;* (2) *gli strumenti di capitale, nonché qualsiasi titolo che permette di acquistare o vendere tali strumenti;* (3) *le quote di Oicr;* (4) *gli strumenti derivati, analiticamente indicati dall'Allegato I, sez. C, nn. 4-10, TUF (art. 1, co. 2-ter, lett. a, TUF), anche quando incorporati in un titolo di credito (c.d. covered warrant), secondo quanto previsto dall'art. 1, co. 1-bis, lett. c, TUF. Tale categoria consente di identificare alcune tra le principali attività disciplinate dal diritto dei mercati finanziari: quanto alle attività degli intermediari, la prestazione di servizi di investimento (art. 1, co. 5, TUF); quanto ai servizi di trading e post trading, la gestione di mercati regolamentati (art. 1, co. 1, lett. w-ter, TUF), la compensazione (art. 2, n. 3, Regolamento (UE) 648/2012: d'ora in poi, "EMIR") e la gestione accentrata (art. 79-decies, lett. b, TUF).*

In questa motivazione viene dunque affermato un orientamento in senso contrario rispetto a quello delle due precedenti sentenze sopra citate.

Il ruolo di indirizzo della giurisprudenza, qualificando la criptovaluta come strumento finanziario, e non più come un prodotto finanziario, crea un precedente di particolare rilievo applicativo. L'innovativo orientamento, in questo modo assoggetta coloro che intermediano bitcoin - ovvero le "*Exchange Platform*"⁹ - agli obblighi legali previsti per i soggetti autorizzati da parte della società di vigilanza CONSOB e dunque equiparandoli ad operatori finanziari¹⁰.

La rilevanza delle conseguenze sul piano regolatorio e sanzionatorio impongono un'analisi dal punto di vista logico e giuridico: come si può interpretare un dato letterale come l'art. 1, co. 2, TUF in modo da far rientrare in un elenco di una categoria chiusa le criptovalute, le quali non sono menzionate?

4. Strumento speculativo ed attività speculativa. Occorre ora esaminare un secondo aspetto della pronuncia, ovvero il riferimento all'attività speculativa. Per potersi configurare il reato di autoriciclaggio, l'art. 648 ter. 1 c.p. richiede che vi sia un reimpiego in attività anche speculative. Nel ricorrere alla nozione di speculazione delle criptovalute, la sentenza richiama un parere della banca centrale del 2016¹¹, poi recepito nella V direttiva UE antiriciclaggio¹². Questo parere ha modificato la definizione comunitaria di valute virtuali definendole: *"una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a 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, memorizzata e scambiata elettronicamente."*

⁹ *L'Exchange Platform* è una piattaforma tecnologica che permette: 1) servizi di scambio di "crypto" con "crypto" o di questi strumenti con valute fiat; 2) altri servizi connessi con quelli di custodia di cripto-attività (cd. "portafogli digitali").

¹⁰Tra gli operatori finanziari vigilati rientrano Banche, SGR, SICAV, SICAF, Imprese di assicurazione, SIM, Imprese di investimento comunitarie, Imprese di investimento extracomunitarie, promotori finanziari, consulenti finanziari, Gestori di portali di Equity Crowdfunding.

¹¹ GU C 459 del 9.12.2016, pag. 3.

¹² Direttiva (Ue) 2018/843 Del Parlamento Europeo e Del Consiglio.

Questa direttiva viene poi recepita all'interno del nostro ordinamento con il d.lgs. 125/2019, che definisce la valuta virtuale come *“La rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita 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 o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente”*¹³.

Dunque, fare riferimento alla direttiva UE antiriciclaggio per ricondurre le valute virtuali alla dizione di *“attività speculativa”* non sembrerebbe conforme con le definizioni nel nostro ordinamento, dal momento che la definizione positiva non fa alcun riferimento né all'attività di investimento, né all'attività speculativa.

Orbene, indicare il solo fatto di comprare bitcoin come un'attività speculativa non rispecchia le definizioni che abbiamo nella nostra legislazione.

5. Bitcoin. Questioni tecniche. Terminate le questioni definitorie, passiamo brevemente alla disamina della questione tecnica. La sentenza in commento asserisce: *la configurazione del sistema di acquisto di bitcoin si presta ad agevolare condotte illecite, in quanto - a differenza di quanto rappresentato in ricorso con il richiamo alle registrazioni sulla blockchain e sul distributed ledger - è possibile garantire un alto grado di anonimato (sistema c.d. permissionless), senza previsione di alcun controllo sull'ingresso di nuovi "nodi" e sulla provenienza del denaro;*

Il sistema c.d. *permissionless*¹⁴ in bitcoin non significa garantire un alto grado di anonimato, bensì vuol dire permettere l'accesso ad ogni utente che decida di connettersi e partecipare, senza dover richiedere un'autorizzazione e

¹³ Art. 1, comma 2, lett. qq) d.lgs. 231/2007 in seguito alle modifiche apportate con il d.lgs. 125/2019.

¹⁴ Per un approfondimento cfr. Miller, A. “Permissioned and permissionless blockchains.” *Blockchain for distributed systems security* (2019): 193-204.; John, K., O'Hara, M., & Saleh, F. Bitcoin and beyond. *Annual Review of Financial Economics*, 14 2021.; Ammous, S. *The bitcoin standard: the decentralized alternative to central banking*. John Wiley & Sons, 2018. Per un approfondimento sulle DLT *permissionless* analizzato dalla Banca d'Italia v. *“Comunicazione della Banca d'Italia in materia di tecnologie decentralizzate nella finanza e cripto-attività”* del 15 giugno 2022.

poter concorrere insieme ad altri alla validazione delle transazioni, avendo anche una funzione sociale nel mantenere attiva la rete.

Infine, l'ultimo tema che mette in evidenza la Corte è l'assenza del controllo sulla provenienza del denaro convertito.

Anche in questo caso bisogna fare attenzione all'analisi della Suprema Corte, dacché le criptovalute si acquistano sulle c.d. *exchange platform*.

Gli "exchange", per poter convertire il denaro a corso legale in criptovalute devono essere collegati ad un conto corrente bancario, e dunque i soggetti che utilizzano la piattaforma sono sottoposti a tutte le normative previste in materia di *due diligence* bancaria, in particolare rispetto alle procedure di "KYC"¹⁵.

In ultima istanza, a seguito dell'entrata in vigore del Decreto MEF del 13 gennaio 2022 è divenuta obbligatoria per le piattaforme Exchange, l'iscrizione alla sezione speciale del Registro dell'OAM¹⁶ - Organismo Agenti e Mediatori - per tutte le persone fisiche e giuridiche che prestano servizi in materia di valuta virtuale, con lo specifico obiettivo di incrementare la trasparenza delle operazioni che coinvolgono le criptovalute¹⁷.

6. Considerazioni conclusive. A seguito della breve disamina dell'orientamento giurisprudenziale devono rassegnarsi due conclusioni con una nota di chiusura.

In primo luogo, contrariamente a quanto affermato nelle due sentenze precedenti e da parte maggioritaria della dottrina, configurare bitcoin come uno strumento finanziario, argomentando in maniera quanto meno succinta l'impianto

¹⁵ Il KYC, acronimo di Know Your Customer (letteralmente: "conosci il tuo cliente"), è l'insieme di procedure che devono essere attuate da alcuni istituti e professionisti per obbligo di legge. Queste procedure servono per acquisire dati certi e informazioni sull'identità dei loro utenti e clienti. Le procedure KYC costituiscono un obbligo di legge e sono solo una parte degli adempimenti normativi dettati dalle più ampie direttive europee antiriciclaggio (racchiuse sotto l'acronimo di AMLD – Anti Money Laundry Directives), il cui ultimo aggiornamento è stato recepito in Italia con il decreto legislativo 90/2017.

¹⁶ L'OAM è l'Organismo competente in via esclusiva ed autonoma per la gestione degli Elenchi degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi.

¹⁷ Per approfondimenti v. Minto, A. "Disciplina antiriciclaggio e obbligo di adeguata verifica della clientela: aspetti normativi e regolamentari legati all'outsourcing ad external service providers." *Banca Impresa Società* 41.2 (2022): 295-322.; Tomassini A. "Criptovalute, NFT e Metaverso" Giuffrè editore. 2022. Pag. 45 – 48.

motivazionale della sentenza rischia di creare un precedente con evidenti ripercussioni sulla disciplina applicativa.

In secondo luogo, cercare di utilizzare la nozione di “attività speculativa” in senso soggettivo, per andare a rappresentare la criptovaluta come un mezzo di mera speculazione dedito esclusivamente all’attività illecita, laddove la normativa interna ed europea non dà alcuna definizione in questo senso, andrebbe a mio parere argomentato con una motivazione rafforzata.

È comprensibile la prudenza e la cautela con la quale la Corte affronta il tema della criptoattività visto l’incerto quadro normativo, ma proprio per questo motivo la giurisprudenza dovrebbe a mio giudizio evitare qualsiasi tipo di fraintendimento sui temi definitivi, giacché nell’attuale quadro giuridico, la Corte svolge sulla materia quasi una supplenza all’inerzia del legislatore.

In questo modo, si rischia inoltre di mandare vano le ricostruzioni in categorie giuridiche elaborate fino ad oggi dagli operatori del diritto.

AUTORI

NICOLA DE LUCA, Professore di Diritto commerciale nell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ALDO SANDULLI, Professore di Diritto amministrativo nell'Università LUISS Guido Carli di Roma

DAVIDE SCETTINI, Studente corso di laurea a ciclo unico in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

ELISA SIMIONATO, Legal Counsel ICT Legal Consulting

MARIANNA TRIMARCHI, Laureata in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma

CARMINE ANDREA TROVATO, Consigliere giuridico della Vice presidente del Garante per la protezione dei dati personali

PAOLO TULLIO, Ricercatore nell'Università del Salento

LLR - LUISS Law Review
Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM
Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016
ISSN 2531-6915
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009